

EMERSON SOARES MENDES

**ANÁLISE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS À LUZ DO  
DIREITO DE EMPRESA**

Tese de Doutorado

Versão Original

Orientador: Professor Associado Doutor Mauro Rodrigues Penteadó

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo

2019

EMERSON SOARES MENDES

**ANÁLISE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS À LUZ DO  
DIREITO DE EMPRESA**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Professor Associado Doutor Mauro Rodrigues Penteado.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo

2019

Autorizo a reprodução e divulgação total deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade de São Paulo

Biblioteca

---

Mendes, Emerson Soares.

Análise das Relações Contratuais Fáticas à Luz do Direito de Empresa / Emerson Soares Mendes. –

2019.

357 f.

Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação  
em Direito, São Paulo, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Mauro Rodrigues Penteadó.

1. Contrato. 2. Relação Contratual. 3. Responsabilidade pré-contratual. 4. Sociedade em comum. 5. Comportamento  
concludente. I. Título.

Nome: Mendes, Emerson Soares.

Título: Análise das Relações Contratuais Fáticas à Luz do Direito de Empresa.

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências.

Julgamento em:

Banca Examinadora

Presidente Prof. Dr. Mauro Rodrigues Penteado

Instituição: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.: \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## RESUMO

Mendes, Emerson Soares. *Análise das Relações Contratuais Fáticas à Luz do Direito de Empresa*. 2019. 357 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

A presente tese possui como tema central a análise da teoria da relação contratual de fato sob a visão do Direito de Empresa. Iniciando com a apresentação das bases da teoria da relação contratual de fato proposta por Günter Haupt, bem como do desenvolvimento da referida teoria por Karl Larenz, prossegue-se com a análise dos elementos estruturais do negócio jurídico e após do contrato comercial no Direito de Empresa Brasileiro, fazendo-se, ainda, uma análise do mesmo na Experiência Jurídica Romana, no Direito Inglês e no Direito Alemão. Posteriormente, segue uma análise da distinção entre contrato, relação contratual e instrumento contratual, para, então, analisar-se a natureza da responsabilidade civil pré-contratual em confronto com as relações contratuais de fato decorrentes do denominado contato social, a denominada sociedade de fato (atualmente denominada de sociedade em comum) como espécie de relação contratual de fato decorrente da inserção em uma relação comunitária, findando com o estudo do comportamento concludente como meio exteriorizador da vontade negocial na contratação da prestação de serviços públicos em confronto com a denominada relação contratual de fato decorrente da obrigação social de prestar imputada à Administração Pública.

Palavras-chave: Contrato. Relação contratual. Responsabilidade pré-contratual. Sociedade em comum. Comportamento concludente.

## ABSTRACT

Mendes, Emerson Soares. Contractual Relationship of Fact Analysis before Business Law. 2019. 357 f. Thesis (Doctorate in Commercial Law) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

This thesis has as central issue the analysis of contractual relationship of fact theory under the Business Law vision. Beginning with the presentation of the foundations of contractual relationship of fact theory proposed by Günter Haupt and its development by Karl Larenz, this study proceeds with the analysis of structural elements of legal transaction and afterwards of commercial contract in Brazilian Business Law and the analysis at Roman Law Experience, English Law and German Law. Subsequently follows the analysis of the difference between contract, contractual relationship and contractual instrument to then analysing the nature of pre-contractual civil liability before contractual relationship of fact derived from the nominated social contact, the known partnership at will (currently nominated as common company) as specie of contractual relationship of fact derived from the insertion in a community relationship, ending with the study of conclusive behavior as a mean of negotial will exteriorization in service public contracting also before contractual relationship of fact arising from the Public Administration social obligation of rendering.

Keywords: Contract. Contractual relationship. Pre-contractual liability. Common company. Conclusive behavior.

## RÉSUMÉ

Mendes, Emerson Soares. Analyse de le Rapport Contractuel de Fait à la Lumière du Droit d'Entreprise. 2019. 357 f. Thèse. (Doctorat en Droit Commercial) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2019.

La présente thèse a pour thème central l'analyse de la théorie de le rapport contractuel de fait à la lumière du Droit d'Entreprise. À partir de la présentation des les bases de la théorie de le rapport contractuel de fait proposée par Günter Haupt, ainsi que le développement de ladite théorie par Karl Larenz, il a poursuivi par l'analyse des éléments structurels de l'act juridique bilatéral ou multilatéral et après de le contrat commercial dans le Droit d'Entreprise Brésilien, et une analyse de ceux-ci dans l'Expérience Juridique Romaine, dans le Droit Anglais et dans le Droit Allemand. Ensuite, suivie d'une analyse de la distinction entre contrat, rapport contractuel et instrument contractuel afin d'analyser la nature de la responsabilité civile précontractuelle en comparaison les rapports contractuelles de faits résultant de ce que on appelle le contact social, l'appellé société de fait (actuellement connue sous le nom de société en commun) comme une sorte de rapport contractuel résultant de l'insertion dans une relation communautaire, se terminant par l'étude du comportement concluant comme moyen d'extérioriser la volonté de négocier dans l'embauchage de services publics en comparaison de le rapport contractuel de fait résultant de l'obligation sociale de rendre imputée à l'Administration Publique.

Mots-clé: Contrat. Rapport contractuel. Responsabilité précontractuelle. Société en commun. Comportement concluant.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 – AS BASES DA TEORIA DA RELAÇÃO CONTRATUAL FÁTICA.....</b>	<b>15</b>
<b>1. A PROPOSIÇÃO DA TEORIA DA RELAÇÃO CONTRATUAL FÁTICA POR GÜNTER HAUPT.....</b>	<b>15</b>
<b>2. O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA POR KARL LARENZ.....</b>	<b>23</b>
<b>CAPÍTULO 2 – O CONCEITO ESTRUTURAL DE NEGÓCIO JURÍDICO E OS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CONTRATO COMERCIAL.....</b>	<b>33</b>
<b>1. A AUTONOMIA PRIVADA.....</b>	<b>33</b>
<b>1.1. O DIREITO CONTRATUAL COMERCIAL E SUAS FUNÇÕES ECONÔMICAS.....</b>	<b>62</b>
<b>2. O CONCEITO ESTRUTURAL DE NEGÓCIO JURÍDICO.....</b>	<b>96</b>
<b>3. OS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CONTRATO COMERCIAL.....</b>	<b>113</b>
<b>4. NOTÍCIAS DO DIREITO COMPARADO ACERCA DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CONTRATO.....</b>	<b>123</b>
<b>4.1. A CONCEPÇÃO DE CONTRATO NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ITALIANA: UMA TENTATIVA DE ABSTRAÇÃO NO DIREITO ROMANO.....</b>	<b>133</b>
<b>4.2. A NOÇÃO DE CONTRATO NO DIREITO INGLÊS.....</b>	<b>138</b>
<b>4.3. A NOÇÃO DE CONTRATO NO DIREITO ALEMÃO.....</b>	<b>149</b>
<b>5. CONCLUSÃO PARCIAL ACERCA DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CONTRATO NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO DIREITO BRASILEIRO... </b>	<b>157</b>
<b>CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS NO ÂMBITO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO.....</b>	<b>161</b>
<b>1. O CONTRATO, A RELAÇÃO CONTRATUAL E O INSTRUMENTO CONTRATUAL.....</b>	<b>161</b>
<b>2. A FASE DAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS E A NATUREZA DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA ENTRE AS PARTES.....</b>	<b>177</b>
<b>3. A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA E NO DIREITO COMPARADO ACERCA DA RELAÇÃO CONTRATUAL FÁTICA E A FASE PRÉ-CONTRATUAL DAS NEGOCIAÇÕES.....</b>	<b>200</b>
<b>4. O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS.....</b>	<b>230</b>
<b>4.1. A SOCIEDADE EM COMUM E A RELAÇÃO CONTRATUAL DE FATO.....</b>	<b>231</b>
<b>4.2. A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E A RELAÇÃO CONTRATUAL DE FATO: OBRIGAÇÃO SOCIAL DE PRESTAR.....</b>	<b>251</b>

4.3. O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE COMO <i>CORPUS</i> EXTERIORIZADOR DA VONTADE NEGOCIAL.....	259
5. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO DIREITO COMPARADO ACERCA DA SOCIEDADE EM COMUM E O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE.....	280
5.1. A SOCIEDADE “DE FATO” OU A SOCIEDADE EM COMUM.....	280
5.2. A OBRIGAÇÃO SOCIAL DE PRESTAR.....	303
NOTAS CONCLUSIVAS.....	317
BIBLIOGRAFIA .....	337
1. DOUTRINA.....	337
2. JURISPRUDÊNCIA .....	352
3. LEGISLAÇÃO .....	356

## INTRODUÇÃO

Deve-se a Günter Haupt o início da teorização da relação contratual de fato, a partir da publicação de seu ensaio *Über faktische Vertragsverhältnisse*<sup>1</sup>, em que cuidou das relações contratuais que, em tese, davam origem a relações obrigacionais, sem, contudo, ter origem na formação de um contrato pelo modelo clássico de proposta e aceitação veiculadas por declarações de vontade.

A teoria concebida por Günter Haupt foi, posteriormente, desenvolvida pelo também jurista alemão Karl Larenz, que publicou, em 1956, o artigo *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*<sup>2</sup>.

O presente trabalho tem por objetivo estudar alguns aspectos da teoria da relação jurídica contratual fática - criada no âmbito do Direito Civil Alemão- à luz do Direito Empresarial Brasileiro.

Não obstante a importância das relações contratuais de consumo, o presente estudo cuidará apenas das relações contratuais de fato comerciais, ou seja, o foco da análise serão aquelas relações contratuais fáticas estabelecidas entre sociedades comerciais e empresários no âmbito do mercado e no exercício de atividade econômica.

As relações contratuais comerciais, em breve síntese, podem ser classificadas, quanto ao momento de execução das prestações, em relações contratuais de execução imediata, de execução continuada e de execução diferida.

O exercício da atividade econômica apresenta um caráter tipicamente contínuo e sequencial, de forma que raramente há simultaneidade, instantaneidade no cumprimento das obrigações contratuais atribuídas às partes, o que implica em maiores riscos na operação de trocas voluntárias (maximizadoras de valor), pois os agentes econômicos apresentam uma racionalidade limitada, o que os impede de ter plena informação, quando da formação da relação contratual, tampouco plena previsibilidade das contingências futuras e possíveis no curso da execução contratual, além de não permitir a previsão dos respectivos remédios contratuais para cada contingência futura possível, sem se considerar também os custos

---

<sup>1</sup> Tradução livre: “Sobre a Relação Contratual de Fato”.

<sup>2</sup> Tradução livre: “O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico.”

envolvidos na tentativa de elaboração de um contrato mais completo possível, o que serve de desestímulo econômico aos agentes econômicos.

Desse modo, no exercício da atividade econômica, recorre-se pouco aos contratos de execução imediata, também conhecidos por contrato *spot*, justamente porque estes tipos contratuais proporcionam um baixo grau de vinculação e de confiança<sup>3</sup> entre as partes, além da pouca ou até inexistente coordenação e planejamento de atividades entre as partes, propiciando a adoção de condutas oportunistas (não necessariamente disfuncionais em uma visão macro do mercado como um todo) pelos agentes econômicos e, assim, inviabilizando a busca pela maior previsibilidade e segurança jurídica nas relações contratuais comerciais, motivo pelo qual são utilizados com maior frequência os contratos denominados híbridos ou de colaboração não societária.

Por estes motivos, este estudo visará à análise das relações contratuais fáticas comerciais que estabeleçam uma relação de colaboração entre as partes e, por isso, um maior grau de vinculação entre elas, de coordenação e de planejamento de atividades, além de maior confiança, cujas prestações tenham sua execução prolongada no tempo, não importando sua periodicidade, visto que a execução das prestações pode exigir um único comportamento continuado da parte que se prolonga no tempo (contratos de execução continuada) ou, então, pode exigir a prática de diversos atos individuais executados escalonadamente no curso do tempo (contrato de execução periódica)<sup>4</sup>, além da execução das prestações poder ser, ainda, esporádica, isto é, embora haja uma relação contratual fática comercial duradoura, as prestações são de execução episódica e conforme a necessidade dos agentes econômicos.

Desse modo, neste trabalho, pretende-se analisar as relações contratuais fáticas comerciais de longa duração, cuja execução das prestações não seja imediata, instantânea, mas, de alguma forma, sejam protraídas no tempo, no âmbito dos contratos denominados

---

<sup>3</sup> Segundo Charles Fried, a confiança, nas relações contratuais, é instrumentalizada por meio de promessas e de compromissos. (FRIED, Charles. **Contracts 2017**. Notas taquigráficas das aulas proferidas no Curso de Extensão Universitária, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, 2017)

<sup>4</sup> “Come noto, i contratti ad esecuzione continuata, che richiedono cioè un comportamento continuativo di esecuzione protratto nel tempo, e i contratti ad esecuzione periodica, che richiedono invece una pluralità di atti di esecuzione scagliomati nel tempo, rientrano nella categoria dottrinale dei contratti di durata.”

Tradução livre: “Como conhecido, os contratos de execução continuada, que requerem um comportamento continuado de execução protraída no tempo, e os contratos de execução periódica, que requerem, ao invés, uma pluralidade de atos de execução escalonados no tempo, entram na categoria doutrinária de contrato de duração.” (PICCIN, Elisabeta; TRANFAGLIA, Maria Elena. **I Rapporti Contrattuali di Fatto**. Milão: CEDAM, 2010, p. 315)

híbridos ou de colaboração não societária<sup>5</sup>, exigindo das partes maior colaboração e planejamento de atividades, além de confiança e vinculação.

Para tanto, o presente estudo iniciará com a apresentação das bases da teoria da relação contratual de fato, que foi criada por Günter Haupt na década de 40 e terminará o Capítulo 1 com a apresentação do desenvolvimento da teoria da relação contratual de fato proporcionado pelos estudos de Karl Larenz na década de 50, culminando com o agrupamento das relações contratuais fáticas em três grandes grupos: **(i)** a relação contratual fática decorrente do contato social; **(ii)** a relação contratual fática decorrente de uma relação comunitária; e **(iii)** a relação contratual fática decorrente da obrigação social de prestar serviços essenciais.

Após, no Capítulo 2, serão analisados os elementos estruturais do negócio jurídico, de acordo com o conceito estrutural desenvolvido por Antônio Junqueira de Azevedo<sup>6</sup>, para, então, serem verificados os elementos estruturais dos contratos comerciais, fazendo-se uma análise dos elementos estruturais dos contratos na experiência jurídica romana, que tentou atingir uma abstração da noção de contrato, bem como na experiência do direito comparado, tanto em países pertencentes ao sistema da *common law*, quanto em países pertencentes ao sistema da *civil law*.

Por fim, no Capítulo 3, será feita uma análise da relação contratual fática no âmbito do Direito Empresarial Brasileiro, iniciando-se com a diferenciação entre contrato, relação contratual e instrumento contratual. Após, será feito um estudo acerca da natureza das negociações pré-contratuais em confronto com o grupo de relações contratuais fáticas decorrentes do contato social, o qual será seguido de uma análise sobre o tratamento dado pela jurisprudência brasileira, inglesa e alemã ao tema.

A seguir estudar-se-á o comportamento concludente enquanto *corpus exteriorizador* da vontade negocial e, portanto, capaz de concluir a celebração de um contrato instrumentalizado pelo comportamento das partes, bem como o uso de serviço público por

---

<sup>5</sup> Nos contratos de colaboração ou híbridos, os agentes econômicos buscam obter uma associação entre agentes econômicos horizontal ou verticalmente, como forma de conferir maior segurança nas relações estabelecidas entre os agentes, sem, contudo, que haja um alto grau de vinculação entre eles, tal como ocorre com a celebração do contrato de sociedade, não obstante o fim de ambos os tipos contratuais seja a colaboração por meio da associação de esforços visando, respectivamente, a um fim interdependente ou comum. Veja, a propósito, FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 172-178.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

agentes econômicos por meio do comportamento concludente, não obstante tenham Günter Haupt e Karl Larenz identificado duas hipóteses distintas, quais sejam, respectivamente, as relações contratuais fáticas decorrentes de uma relação comunitária (leia-se sociedade de fato) e aquelas decorrentes de uma obrigação social de prestar.

Por fim, verificaremos como julgados nacionais e estrangeiros, em especial das cortes inglesas e alemãs, têm tratado as relações contratuais de fato nestas duas últimas hipóteses catalogadas por Günter Haupt e por Karl Larenz, culminando com algumas notas conclusivas a respeito dos trabalhos daqueles juristas alemães, sob a ótica da Teoria Pura do Direito, que foi desenvolvida primordialmente, mas não exclusivamente, por Hans Kelsen.

## **CAPÍTULO 1 – AS BASES DA TEORIA DA RELAÇÃO CONTRATUAL FÁTICA**

### **1. A PROPOSIÇÃO DA TEORIA DA RELAÇÃO CONTRATUAL FÁTICA POR GÜNTER HAUPT**

Em 1941, o jurista alemão Günter Haupt publicou um artigo seminal denominado *Über faktische Vertragsverhältnisse*, o qual reproduzia de forma mais ampla a aula inaugural proferida na Universidade de Leipzig, em 29.01.1941.

A partir desse ensaio, referido jurista alemão e a doutrina de um modo geral passou a cogitar com maior vagar e profundidade a respeito da “Teoria da Relação Contratual de Fato”<sup>7</sup>. Segundo Günter Haupt, o contrato é considerado o instrumento mais importante na disciplina da circulação de riqueza, ou seja, do tráfego jurídico de bens e dentro da esfera da liberdade contratual, que confere às partes a liberdade e o poder de decidir se vão constituir uma relação jurídica, ou não, de escolher com quem contratarão e, ainda, de determinar o objeto e o conteúdo do contrato.

A legislação, na época do desenvolvimento da teoria da relação contratual de fato e de acordo com a visão de Günter Haupt, regulava a formação dos contratos por meio da conformidade existente entre uma proposta e uma aceitação, que seriam veiculadas por meio de declaração de vontade, que faz subsistir a expressão da vontade das partes, isto é, perpetua a vontade expressada pelo comportamento exterior ou pela comunicação da vontade efetivada pela declaração.

A concepção de declaração de vontade teria de ser demasiadamente ampliada para manter sua aplicabilidade aos casos em que não haveria contrato formalmente

---

<sup>7</sup> No presente trabalho, utilizaremos a tradução da expressão alemã “faktische Vertragsverhältnisse” como sendo relação contratual de fato, pois é a expressão mais disseminada na doutrina nacional e estrangeira para referir-se à teoria proposta por Günter Haupt. No capítulo 3, apresentaremos nossas considerações acerca da expressão “relação contratual de fato”, bem como sobre as críticas feitas por Karl Larenz, cuja transcrição encontra-se adiante na nota de rodapé nº 34.

celebrado, especialmente nas *fattispecie* que não correspondiam à formação clássica do contrato, de forma que a relação contratual existiria, mas surgiria de maneira diversa à regulada no Código Civil Alemão.

Assim, Günter Haupt observou que havia situações, na praxe do tráfego jurídico de diversos setores, em que uma parte não podia escolher a outra parte para celebrar o contrato ou, então, determinar o conteúdo do contrato, de maneira que, naquelas situações, o acordo de vontade deixava de ter valor constitutivo, tal como prescrito pelo Código Civil Alemão então vigente, sendo que deixava de haver a formação do contrato pelo modo clássico proposta-aceitação veiculadas por declarações de vontades correspondentes.

Nas situações que davam origem à relação contratual, sem que houvesse a formação de um contrato, Günter Haupt observou que a doutrina e a jurisprudência, por intermédio de interpretação harmonizadora, buscavam identificar, na situação de fato, os elementos necessários para a formação do contrato, recorrendo à “ficção harmonizadora”, pois, na realidade, não havia manifestação da vontade das partes.

Justamente isso levou o jurista alemão a revisar a concepção de constituição da relação contratual e, assim, a contribuir para o estudo acerca da desnecessidade de haver proposta e aceitação para a formação de uma relação contratual, sem ter de recorrer à declaração de vontade tácita, que era considerada uma ficção jurídica por Günter Haupt, apenas para subsumir a situação de fato à formação clássica dos contratos de acordo com a legislação.

Todavia, ao contrário do que possa parecer de uma primeira leitura do texto publicado por Günter Haupt, e como ele próprio advertiu, a *fattispecie*, que ele tinha por objetivo estudar, não se limitava apenas às relações contratuais decorrentes de contrato formado por uma declaração de vontade fictícia.

Na realidade, eram situações, cuja abrangência era mais ampla e que estavam fundadas basicamente em dois aspectos: **(i)** as situações de fato das quais não se podia presumir a declaração de vontade fictícia; e **(ii)** as situações de fato que apresentavam uma vontade comum, à qual não era possível atribuir valor constitutivo que é fundamental para dar origem a uma relação contratual, bem como para determinar seu conteúdo.



Para as situações acima indicadas, Günter Haupt utilizou a expressão *faktische Vertragsverhältnisse*, que foi traduzida por diversos doutrinadores de diversos países como relação contratual de fato, que foi consagrada na doutrina e na jurisprudência.

De acordo com Günter Haupt, as relações contratuais de fato não surgiam da celebração de um contrato nos moldes da constituição prevista no Código Civil Alemão, que era baseada na aceitação de uma proposta, ambas contidas em uma declaração de vontade, mas decorriam de fatos. Não obstante, Günter Haupt entendia que as relações contratuais de fato eram equivalentes, em substância, às relações contratuais decorrentes da celebração de contrato, o que, inclusive, permitia a aplicação das regras relativas aos contratos às relações contratuais de fato.

Segundo os estudos a partir da casuística alemã, Günter Haupt concluiu que as relações contratuais de fato não permitiam formar uma *fattispecie* unitária e orgânica, mas apenas indicar três grupos congregados a partir dos julgados dos tribunais alemães, quais sejam: **(i)** a relação contratual de fato decorrente do contato social; **(ii)** a relação contratual de fato decorrente da inserção em uma relação comunitária; e **(iii)** a relação contratual de fato decorrente da obrigação social de prestar.

Em relação às relações contratuais de fato decorrentes do contato social, neste grupo, procurou-se dar uma solução à responsabilidade decorrente da denominada culpa na conclusão do contrato (*culpa in contrahendo*), ou seja, no momento em que ainda não havia efetivamente contrato celebrado, situação esta que apresentava uma dificuldade, pois a conduta do agente causador do dano não poderia ser subsumida *a posteriori* à relação contratual que, porventura, viria a surgir com a possível celebração do contrato.

Este grupo de relação contratual de fato foi representado pela decisão tomada, em 07.12.1911, pela então Corte Imperial Alemã (*Reichsgericht*) no processo RGZ 78, 239, que ficou conhecido pelo caso do linóleo<sup>8</sup>.

No caso em questão, ainda quando não havia sido celebrado o contrato de compra e venda de produtos em uma loja de departamentos alemã, a autora pediu para verificar os tipos de linóleo para escolher qual compraria. Ao tentar pegar os tipos de linóleo

---

<sup>8</sup> ALEMANHA. Reichsgericht Zivilsenat. **RGZ 78, 239**, de 07.12.1911. Disponível em <<http://germanlawarchive.iuscomp.org>>. Acesso em 03.12.2017.

e mostrar à cliente, o vendedor da loja derrubou alguns rolos do tecido e feriu a cliente e seu filho.

A questão central do julgado referiu-se à existência de uma relação jurídica preparatória para a relação jurídica decorrente da celebração do contrato de compra e venda, que, embora não decorria de um contrato propriamente dito, tinha natureza equivalente e produzia obrigações jurídicas, tais como o dever de cuidado, o que levou a Corte Imperial Alemã a condenar a empresa de maneira ampla e incondicional, não limitando sua responsabilidade civil ao disposto no § 831 do Código Civil Alemão<sup>9</sup>.

Segundo Günter Haupt, o caso retratado no julgado acima poderia ser resolvido com a aplicação das regras relativas ao ato jurídico ilícito, diante da ausência de um contrato celebrado. Contudo, esta solução não seria adequada, pois a mesma não levaria em consideração as peculiaridades da situação fática.

Por outro lado, não se poderia alegar que teria havido a celebração de um contrato em conformidade com o modelo clássico de proposta-aceitação, tal como o previsto no Código Civil Alemão, o qual, por sua vez, apresentaria uma lacuna na regulamentação dessas hipóteses, que se situavam entre o contrato e a relação jurídica não contratual.

Logo, Günter Haupt entendia que às relações contratuais de fato deveria ser aplicado o regime dos contratos, mas com a ressalva de que a relação contratual de fato existia, sem que tivesse sido celebrado o contrato, pois não decorria de um acordo negocial, mas sim dos dados de fatos realizados objetivamente dentro do âmbito do contato social, pois se tratava de uma relação social particular entre interessados, que se situavam em

---

<sup>9</sup> “§ 831 Haftung für den Verrichtungsgehilfen

(1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

(2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.”

Tradução livre: “§ 831 Responsabilidade por agentes delegados

(1) Aquele que comissiona a um outro uma atividade é obrigado ao ressarcimento do dano que o outro causar ilicitamente a um terceiro na execução da atividade. A obrigação de ressarcimento não surge se o titular do negócio, na escolha da pessoa encarregada do gerenciamento ou da direção, observar a diligência requerida no tráfico jurídico ou se o dano seria causado mesmo com o emprego de tal diligência, na medida em que ele deve obter dispositivo ou equipamento ou dirigir a execução da operação.

(2) A mesma responsabilidade recai sobre aquele que assume, por contrato, a execução de uma das transações especificadas na subseção (1), frase 2, por conta do titular do negócio.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Instituí o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

condição distinta da condição de meros terceiros diante de relações contratuais decorrentes da celebração de contratos.

Ademais, ainda segundo os ensinamentos de Günter Haupt, as estipulações do contrato principal, que será celebrado ainda, não se justapõem à relação contratual de fato precedente, mas, sim, ligam-se a ela formando uma unidade orgânica.

Outro problema enfrentado pelas relações contratuais de fato diz respeito à natureza da responsabilidade civil. Segundo Haupt, a existência da relação contratual de fato levaria à aplicação das regras da responsabilidade civil contratual diante da natureza da relação jurídica.

Em relação ao segundo grupo de relações contratuais de fato, estão inseridos os casos<sup>10</sup> em que a relação contratual decorre da inserção em uma relação comunitária, tal como ocorre nos casos de sociedade de fato, que surge em virtude da nulidade do contrato social desde a sua origem.

Para Haupt, o elemento constitutivo da relação contratual de fato deste segundo grupo seria a inserção em uma relação comunitária. Neste caso específico da sociedade comercial de fato, poder-se-ia pretender a aplicação das normas relativas ao enriquecimento ilícito constantes dos §§ 812 a 822 do Código Civil Alemão ou, então, as normas da comunhão por quotas, que estão tratadas nos §§ 741 a 758, também do Código Civil Alemão.

Todavia, Haupt entende que tais soluções não seriam satisfatórias. Ademais, a doutrina alemã prevalecente, segundo noticia Günter Haupt, pregava que, nestes casos de sociedade de fato decorrente da nulidade do contrato social desde a sua celebração, deveriam ser aplicadas as consequências naturais da nulidade da relação entre os sócios retroativamente.

Já a jurisprudência, por sua vez, entendia que os sócios de uma sociedade de pessoas, que são dotados de capacidade de exercício, responderiam perante terceiros como se a sociedade existisse validamente, apesar da nulidade do contrato social. Por fim, a legislação alemã, nas palavras de Haupt, era muito menos ortodoxa, pois, considerando que a sociedade possui personalidade jurídica própria, determinava que, vindo à tona a nulidade

---

<sup>10</sup> Günter Haupt também inclui neste segundo grupo a relação de emprego estabelecida entre uma sociedade empresária e um empregado, mas que é fundada em um contrato de trabalho nulo. Por se tratar de uma relação jurídica regida pelo Direito do Trabalho, esta hipótese não será abordada no presente trabalho, que tem como grande área de pesquisa o Direito Comercial, de forma que o tratamento dado pelo Direito do Trabalho às relações jurídicas de fato de emprego não se enquadra no enfoque dado neste trabalho.

do contrato social, dever-se-ia proceder à liquidação da mesma. Esta solução legal, na opinião de Günter Haupt, estaria em conformidade com a situação de fato, pois, apesar da nulidade, a união associativa entre os sócios teria sido efetivamente formada no âmbito dos fatos e isto não poderia ser ignorado juridicamente.

Contudo, para Haupt, a existência, no plano dos fatos, de uma sociedade de fato seria fonte suficiente para sustentar a sociedade comercial de fato e, conseqüentemente, ensejar a aplicação das normas societárias nas relações internas entre os sócios, bem como nas relações externas da sociedade com terceiros.

Por fim, Günter Haupt indica a existência do terceiro grupo de relações contratuais de fato, que é formado por aquelas relações derivadas de uma obrigação social de prestar, as quais seriam marcadas por uma grande redução da importância do acordo como fator constitutivo da relação contratual e, ainda, apresentariam uma mera obrigação de contratar.

A supramencionada obrigação de contratar surgiria como uma obrigação social de prestação, decorrente do dever da Administração Pública de assegurar a assistência à existência das pessoas, em relação aos bens mais elementares da vida.

A obrigação social de prestar asseguraria a celebração de um contrato e garantiria o direito à prestação contratual, consistindo, a obrigação de contratar, na obrigação de concluir um contrato de conteúdo previamente determinado, o que demonstraria a ausência da liberdade contratual.

Nas relações contratuais de fato do terceiro grupo, não existiria um acordo sobre o conteúdo do contrato, tampouco a constituição negocial da relação de fornecimento, visto que inexistiria declaração que concluísse a formação do acordo e, portanto, do contrato, mas, sim, haveria o fornecimento direto, sem que tivesse havido uma oferta contratual, tratando-se, na visão de Haupt, de um modo de satisfação da necessidade existencial com base na lei, que impõe o fornecimento daqueles bens elementares à existência.

Assim, na prestação envolvendo bens elementares à vida, a celebração de contrato teria perdido importância.

Após o levantamento casuístico dos grupos de relação contratual de fato, Günter Haupt asseverou que a conclusão negocial por meio da forma proposta-aceitação, tal como previsto no Código Civil Alemão, teria perdido a importância nas hipóteses de relações

contratuais, que seriam similares às relações contratuais fundadas no acordo negocial celebrado com base no modelo proposta-aceitação. Em tais casos, bastaria o comportamento das partes de acordo com as previsões legais ou com os usos e costumes do tráfico ou, ainda, bastaria a inércia para que a relação contratual de fato fosse constituída, sem que a existência do consenso recíproco das partes.

Assim, Günter Haupt conclui que:

“(...) foi desenvolvida uma nova situação social que, independentemente do esquema tradicional de constituição de uma relação contratual, exige uma apropriada disciplina concreta. Certamente o conceito de contrato deriva do fato que as partes acordam entre si. Mas a relação contratual que vem a existir como resultado da conclusão negocial do contrato não é, todavia, exatamente idêntica às declarações de vontade que são o instrumento da sua constituição. Ao invés, dedicando-se ao caso, a relação contratual explica seus efeitos de modo completamente diferente da ideia e da intenção dos contratantes, cuja liberdade de determinar o conteúdo é, em todo caso, limitada objetivamente. Por isso, é preciso acentuar, mais que o aperfeiçoamento do negócio jurídico, o fato que é realizada uma relação jurídica, a qual – com fundamento no seu significado social - apresenta-se como uma relação de fornecimento, locação, transporte ou como uma outra relação da vida de relacionamento submetida à regra do direito contratual segundo sua tipologia. Caso se entenda, neste sentido, que a relação da vida de relacionamento, que é considerada juridicamente não apenas no seu nascimento, mas antes de mais nada na sua existência, não possa ser ignorada, então deve-se consentir com a equiparação das relações contratuais de fato às relações contratuais criadas pelo trâmite recíproco de declarações de vontade, ao seu próprio modo, que não se pode também denominar contrato ditado. Mas isso não pode significar de modo algum que o ato constitutivo torna-se indiferente a tudo, uma vez que tenha cumprido seu escopo primário, que é dar vida à relação jurídica. Isso resta absolutamente essencial para determinar com maior precisão os direitos e as obrigações das partes. Abandona-se apenas a ideia que fundamenta o código civil, que proposta e aceitação são os únicos meios de portar o nascimento de uma relação contratual. Por fim, talvez, definir os contratos, as relações contratuais de fato e o contrato ditado é apenas uma questão terminológica. Todavia, a favor do reconhecimento deles, deve-se levar em

conta a consideração prática que a relação jurídica existente nestes casos vai julgar com base na regra do direito contratual”<sup>11</sup> (Tradução livre)

Desse modo, ainda de acordo com Günter Haupt, estando, a relação contratual de fato, em conformidade com a legislação e com os bons costumes, a ela aplicar-se-iam os princípios gerais dos contratos e toda a disciplina geral dos contratos, mesmo diante da ausência de um acordo negocial formado pelo modo clássico proposta-aceitação, pois, na realidade dos fatos, relações contratuais de fato surgiriam de um mero estado de fato social que acabaria por vincular, tanto quanto se tivesse havido a efetiva celebração de um contrato por meio do modo clássico proposta-aceitação, e cujo fundamento residiria no comportamento das partes.

Por fim, Günter Haupt termina seu estudo afirmando que “a análise realizada demonstrou que a conclusão negocial do contrato, que domina o sistema do nosso direito contratual, não pode ser considerada a única *fattispecie* geradora de relações contratuais.”<sup>12</sup> (Tradução livre)

---

<sup>11</sup> Tradução livre de: “(...) si è sviluppata una nuova situazione sociale che, independentemente dallo schema tradizionale di costituzione di un rapporto contrattuale, richiede un’appropriata disciplina concreta. Certamente il concetto di contratto deriva dal fatto che le parti si accordano. Ma il rapporto contrattuale che viene ad esistere come risultato della conclusione negoziale del contratto non è tuttavia esattamente identico alle dichiarazioni di volontà che sono lo strumento della sua costituzione. Invece, se si dà il caso, il rapporto contrattuale esplica i suoi effetti in modo completamente differente dalle idee e dalle intenzioni dei contraenti, la cui libertà di determinarne il contenuto è in ogni caso limitata oggettivamente. Per questo bisognerebbe porre l’accento, più che sul perfezionamento del negozio giuridico, sul fatto che si è realizzata una relazione giuridica, la quale – in base al suo significato sociale – si presenta come un rapporto di fornitura, locazione, trasporto o come un altro rapporto della vita di relazione da sottoporre alle regole del diritto contrattuale a seconda della sua tipologia. Se si intende in questo senso il rapporto della vita di relazione, che va considerato giuridicamente non solo nel suo nascere, ma anzitutto nella sua esistenza, che non può essere ignorata, allora dev’essere consentito di equiparare i rapporti contrattuali di fatto ai rapporti contrattuali creati tramite reciproche dichiarazioni di volontà, allo stesso modo in cui se ne può parlare anche nel cosiddetto contratto dettato. Ma ciò non può significare in alcun modo che l’atto costitutivo diventi del tutto indifferente, una volta che abbia adempiuto il suo scopo primario, cioè dar vita al rapporto giuridico. Esso resta assolutamente essenziale per determinare con maggior precisione i diritti e gli obblighi delle parti. Va abbandonata solamente l’idea alla base del codice civile, che proposta e accettazione siano gli unici mezzi per portare alla nascita di un rapporto contrattuale. Alla fin fine, forse, definire contratti i rapporti contrattuali di fatto e il contratto dettato è soltanto una questione terminologica. Tuttavia a favore del loro riconoscimento dovrebbe giocare la considerazione pratica che le relazioni giuridiche esistenti in questi casi vanno giudicate in base alle regole del diritto contrattuale.” (HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012, pp. 70-71)

<sup>12</sup> Tradução livre de: “L’analisi effettuata ha dimostrato che la conclusione negoziale del contratto, che domina il sistema del nostro diritto contrattuale, non può essere considerata l’unica *fattispecie* generatrice di rapporti contrattuali.” (HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012, p. 77)

## 2. O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA POR KARL LARENZ

Verificadas as bases teóricas da proposição da teoria da relação contratual de fato por Günter Haupt, que, segundo Stefano Pagliantini, não ganhou notoriedade na Alemanha na década de 40, mesmo na jurisprudência alemã após 1945, ao contrário da locução *faktische Vertragsverhältnisse* que ganhou grande expressão<sup>13</sup>, é relevante analisar o desenvolvimento daquela teoria pelo também jurista alemão Karl Larenz.

Partindo da teoria de Haupt, Karl Larenz promoveu um refinamento na teoria da relação contratual de fato com a publicação do artigo *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*<sup>14</sup> em 1956 e, posteriormente, em seu livro *Direito das Obrigações*<sup>15</sup>.

Karl Larenz parte da ideia de que as obrigações podem surgir dos negócios jurídicos, da conduta social típica, dos fatos regulados pela legislação e de um ato de soberania estatal no âmbito do direito privado<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> “Anche nella giurisprudenza post 1945, come felicemente evidenzia Varanese, l’eco della sua teoria è marginale ed indiretto. Una notorietà inaspettata, è vero, ha avuto invece la locuzione *faktische Vertragsverhältnisse*, ma non in sé piuttosto perché ha fatto da sponda all’elaborazione di dottrine ben più raffinate: dalla teoria del comportamento social tipico come fondamento dell’obbligazione di Larenz fino – seppure obliquamente – ai rapporti contrattuali di fatto ‘come espressione della mutata funzione sociale degli istituti giuridici del diritto privato’ di Simitis.”

Tradução livre: “Mesmo na jurisprudência pós 1945, como felizmente evidencia Varanese, o eco da sua teoria é marginal e indireto. Uma notoriedade inesperada, é verdade, ocorreu, no entanto, com a locução *faktische Vertragsverhältnisse*, mas não por si, antes porque deu margem à elaboração de doutrina bem mais refinada: da teoria do comportamento social típico como fundamento da obrigação de Larenz até – ainda que obliquamente – à relação contratual de fato ‘como expressão da transformada função social dos institutos jurídicos de direito privado’ de Simitis” (PAGLIANTINI, Stefano. *Una Breve Pagina Introduttiva*. In: HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012, p. 6)

<sup>14</sup> O título (e artigo) foi traduzido para o português por Alessandro Hirata como “O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico”. Vide: LARENZ, Karl. *O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico*. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**. São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, pp. 55-64.

<sup>15</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

<sup>16</sup> “Las obligaciones pueden nacer: de los negocios jurídicos, de la conducta social típica, de hechos legalmente reglamentados y, finalmente, y por excepción, de un acto de soberanía estatal con efectos constitutivos en materia de Derecho Privado.”

Tradução livre: “As obrigações podem nascer: dos negócios jurídicos, da conduta social típica, dos fatos legalmente regulamentados e, finalmente, e por exceção, de um ato de soberania estatal com efeitos constitutivos em matéria de Direito Privado.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 55)

Assim, Larenz conceituou o negócio jurídico como sendo “os atos em especial as declarações, de uma pessoa ao menos limitadamente capaz, cuja finalidade seja produzir efeitos jurídicos”<sup>17</sup> (tradução livre), bem como o contrato como sendo, “de acordo com sua essência, a vontade comum dos contratantes, elevada a norma vinculante de sua conduta.”<sup>18</sup> (Tradução livre)

Desse modo, para Karl Larenz, o contrato somente seria celebrado quando duas pessoas, ou mais, declarassem uma a outra as respectivas vontades destinadas à produção de determinados efeitos jurídicos, o que, segundo o jurista alemão, requer:

“(…) em primeiro lugar, que a vontade de cada uma das partes chegue claramente à outra em uma declaração, em segundo lugar é necessário que esta vontade de ambas as partes, claramente declarada (isto é, o ‘sentido objetivo da declaração’), seja coincidente (o chamando ‘consenso’), e, finalmente, precisa que ambas as partes reconheçam como norma vinculante o conteúdo coincidente de suas declarações de vontade, isto é, que estas não tenham apenas o caráter não vinculante de exteriorização de uma opinião ou de comunicação de uma intenção, senão o de uma ‘declaração válida’.”<sup>19</sup> (Tradução livre)

Segundo Larenz, para que um ato fosse considerado declaração de vontade, seria mister que tal ato permitisse o destinatário tomar conhecimento da declaração de vontade de alguma forma, não havendo necessidade da declaração de vontade ser necessária e unicamente expressa, pois poderia ser veiculada por meio do comportamento concludente, que é “um comportamento que, segundo o entendimento geral ou do ‘destinatário da

---

<sup>17</sup> Tradução livre de: “(…) son negocios jurídicos los actos en especial las declaraciones, de una persona por lo menos limitadamente capaz, cuya finalidad sea producir efectos jurídicos.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 55)

<sup>18</sup> Tradução livre de: “(…) de acuerdo con su esencia, la voluntad común de los contratantes, elevada a norma vinculante de su conducta.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 56)

<sup>19</sup> Tradução livre de: “(…) en primer lugar, que la voluntad de cada una de las partes le llegue claramente a la otra en una declaración, en segundo término es necesario que esta voluntad de ambas partes, claramente declarada (es decir, el ‘sentido objetivo de la declaración’), sea coincidente (el llamado ‘consenso’), y, finalmente, precisa que ambas partes reconozcan como norma vinculante el contenido de sus declaraciones de voluntad, es decir, que estas no tengan sólo el carácter no vinculante de exteriorización de una opinión o de comunicación de una intención, sino el de una ‘declaración válida’.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 85)



declaração’, permite concluir a respectiva vontade do agente em relação aos efeitos jurídicos ou a sua vontade negocial.”<sup>20</sup>

Baseando-se no teor do § 151 do Código Civil Alemão<sup>21</sup>, Karl Larenz entende que a aceitação de uma oferta poderia ocorrer sem que, necessariamente, fosse declarada ao ofertante, desde que houvesse algum ato que permitisse o reconhecimento da vontade de celebrar um contrato, segundo a interpretação geral.

Para exemplificar, Karl Larenz citou um julgado de 14.07.1956 da Corte Federal de Justiça Alemã<sup>22</sup>, relativo ao uso do estacionamento de veículos em área pública, que era cobrado por uma empresa privada, à qual o Poder Público tinha concedido o exercício de tal atividade com a finalidade de limitar o uso comum da área e, ainda, desestimular o uso por longos períodos mediante a cobrança de tarefa crescente conforme o aumento do tempo de uso.

O cerne da discussão limita-se à existência, ou não, de um contrato com o mero estacionamento do veículo no local situado em uma área de estacionamento, cujo uso era cobrado e, conseqüentemente, se o usuário estaria obrigado, ou não, a efetuar o pagamento da tarifa, visto que o usuário jamais ter-se-ia disposto a pagar a tarifa, sem, contudo, exteriorizar essa vontade interna.

A Corte Federal de Justiça Alemã entendeu que o uso do espaço destinado ao estacionamento, mediante a cobrança de tarifa publicamente divulgada, foi concluído com o mero estacionamento do veículo no local, sendo irrelevante a vontade interna do usuário de não pagar a tarifa, assim não seria necessário que o usuário tivesse emitido uma declaração

---

<sup>20</sup> LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**. São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, p. 56.

<sup>21</sup> “§ 151 **Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden**

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.”

Tradução livre: “§ 151 **Aceitação sem declaração ao ofertante**

Um contrato torna-se existente pela aceitação de uma oferta, sem que o ofertante tenha de ser cientificado da aceitação, se uma declaração não é esperada de acordo com a prática comum ou se o ofertante tenha renunciado. O momento em que a oferta expira é determinado de acordo com a intenção do ofertante, que deve ser inferido da oferta ou das circunstâncias.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Instituído Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>22</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **V ZR 223/54**, de 14.07.1956. Disponível em <<https://www.jurion.de>>. Acesso em 25.12.2017.

de vontade, pois se tratava de uma relação contratual de fato resultante de um comportamento social típico.

A propósito, veja trecho abaixo transcrito da decisão proferida pelo Corte Federal de Justiça da Alemanha, que reconhece a existência de uma relação contratual de fato, sem que tenha havido um acordo entre as partes nos moldes de um contrato:

“(…) no moderno tráfego de massa, há obrigações assumidas, cuja base não está fundada em um acordo entre as partes, mas apenas na oferta pública de um serviço feita faticamente e no uso fático deste serviço pelo usuário da via terrestre. Esses comportamentos, pela ausência de uma correspondente explicação de consciência, não devem ser considerados como declarações de vontade mútuas, mas como um processo que, de acordo com o seu significado social típico, tem a mesma consequência jurídica dos negócios jurídicos.”<sup>23</sup> (Tradução livre)

Segundo Larenz, esta concepção de relação contratual de fato não desconsiderava a realidade da vida, tampouco a hodierna circulação de bens em massa, *in verbis*:

“O moderno tráfego em massa implica que, em alguns casos, de acordo com a concepção do tráfego, sejam assumidos deveres, nasçam obrigações, sem que se emitam declarações de vontade destinadas a tal fim. No lugar das declarações, surge a oferta pública, e o fato de uma prestação e a aceitação de fato desta prestação por aquele que participa do tráfego. Ambas, a oferta pública de fato e a aceitação de fato da prestação, não supõem (na falta da correspondente consciência de declaração) declarações de vontade, mas sim implicam uma conduta que, por seu significado social típico, tem os mesmos efeitos jurídicos que a atuação jurídica negocial.”<sup>24</sup> (Tradução livre)

---

<sup>23</sup> Tradução livre de: “(...) daß im modernen Massenverkehr Schuldverhältnisse vorkommen, deren Grundlage nicht in einer rechtsgeschäftlichen Einigung der Beteiligten zu finden sei, sondern in dem rein tatsächlichen öffentlichen Angebot einer Leistung und in der rein tatsächlichen Inanspruchnahme dieser Leistung durch den Verkehrsteilnehmer. Solches Verhalten sei mangels eines entsprechenden Erklärungsbewußtseins nicht als beiderseitige Willenserklärungen anzusehen, sondern als ein Vorgang, der nach seiner sozialtypischen Bedeutung die gleiche Rechtsfolge habe wie ein rechtsgeschäftliches Handeln.” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. V ZR 223/54, de 14.07.1956. Disponível em <<https://www.jurion.de>>. Acesso em 25.12.2017)

<sup>24</sup> “El moderno tráfico en masa trae consigo que en algunos casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, se asuman deberes, nazcan obligaciones, sin que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin. En lugar de las declaraciones surge la oferta pública, y de hecho de una prestación y la aceptación de hecho de esta prestación por el que toma parte en el tráfico. Ambas, la oferta pública de hecho y la aceptación de hecho

Feitas estas considerações iniciais, Karl Larenz, ainda, criticou o agrupamento feito por Günter Haupt de situações que, sem acordo negocial válido, fariam, surgir relações contratuais em virtude de uma *fattispecie* social vinculante realizada em conformidade com a praxe, visto que seriam situações bem distintas uma das outras, que não permitiriam a subsunção a um conceito comum de relação contratual de fato<sup>25</sup>.

Como já visto anteriormente, Günter Haupt, após analisar a jurisprudência, tentou agrupar as modalidades de relações contratuais de fato em três grupos. O primeiro que englobava as relações contratuais de fato decorrentes do contato social, incluindo, neste grupo, os deveres de cuidado e consideração pré-contratuais estabelecidos pelo início das negociações contratuais.

No segundo grupo, Haupt reuniu as relações contratuais de fato insertas em uma coletividade fática, tais como as relações de trabalho, que eram estabelecidas por meio de prestações de fato, diante da existência de contrato de trabalho inválido, bem como as relações de sociedade estabelecida pelas prestações de fato entre os sócios, embora também houvesse um contrato de sociedade inválido.

E, por fim, o terceiro grupo criado por Haupt abrangia todos os casos de relação contratual de fato decorrentes da denominada obrigação social de prestar, tal como no fornecimento, seja diretamente pelo Estado, seja por intermédio de outra empresa privada, de água, luz etc.

Segundo a opinião de Karl Larenz, o grupo de relações contratuais de fato decorrentes do estabelecimento de uma sociedade de fato seria apenas o caso de liquidação da sociedade de fato, justamente por estar fundada em um contrato de sociedade inválido, de forma que não seria alçada à categoria da relação contratual de fato.

---

de la prestación, no suponen (a falta de la correspondiente consciencia de declaración) declaraciones de voluntad, pero sí implican una conducta que por su significado social típico tiene los mismos efectos jurídicos que la actuación jurídica negocial.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 58)

<sup>25</sup> “A reunião desses três grupos de fatos típicos sob um conceito comum e, além disso, erroneamente formulado é pouco feliz, uma vez que se trata de manifestações bastante diversas.” (LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV.** São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, p. 57)

Quanto ao grupo das relações contratuais de fato decorrentes do contato social, Larenz entende que, na fase das negociações contratuais, os §§ 276<sup>26</sup> e 278<sup>27</sup> do Código Civil Alemão já imporiam os deveres legais de cuidado, conservação e consideração, cuja violação desencadearia o dever de indenizar “segundo princípios de responsabilidade contratual”<sup>28</sup>, mas sem a existência de dever primário de prestação, cujo cumprimento possa ser exigido pela parte.

Ademais, nestes casos, Larenz entende que as relações contratuais de fato apenas diferem das relações decorrentes da celebração de contratos no que diz respeito ao surgimento, mas não em seu conteúdo, visto que aquelas surgem do comportamento social típico. Todavia, Larenz prega que às relações contratuais de fato decorrentes do comportamento social típico devem ser aplicadas as normas do Direito das Obrigações, mas não as normas relativas à celebração de negócios jurídicos e de contratos, *in verbis*:

“Mesmo no segundo caso, nasce uma relação obrigacional, sobre cuja execução não se aplicam as normas sobre obrigações contratuais (contratos de fornecimento), enquanto que, ao contrário, são inaplicáveis os preceitos sobre celebração de negócios jurídicos e contratos. Trata-se, por conseguinte, nessas ‘relações de obrigações derivadas de conduta social típica’, de relações jurídicas que intrinsecamente não de ser

---

<sup>26</sup> “§ 276 Verantwortlichkeit des Schuldners

(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.

(2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

(3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.”

Tradução livre: “§ 276 Responsabilidade do devedor

(1) O devedor é responsável por dolo ou negligência, se uma maior ou menor grau de responsabilidade não é atribuído ou deduzido de outro objeto da obrigação, incluindo, mas não limitado à concessão de garantia ou assunção de risco de contratação. As disposições dos §§ 827 e 828 são aplicadas com as adaptações necessárias.

(2) Uma pessoa age negligentemente se ela não tomar cuidados razoáveis.

(3) O devedor não pode ser isentado antecipadamente da responsabilidade por dolo.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>27</sup> “§ 278 Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte

Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.”

Tradução livre: “§ 278 Responsabilidade do devedor perante terceiros

O devedor é responsável por culpa de seu representante legal e de pessoas que utiliza para executar sua obrigação, na mesma extensão que seria por culpa própria. A disposição do § 276 (3) não é aplicável.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>28</sup> LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**. São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, p. 57.

consideradas segundo o Direito de Obrigações, apesar de seu nascimento não exigir a existência de um contrato.”<sup>29</sup> (Tradução livre)

Acrescente-se, também, ainda segundo Karl Larenz, na moderna circulação em massa de bens, tal como já afirmado por Günter Haupt, por parte da empresa, haveria uma oferta pública de fato de diversas prestações e uma declaração dirigida ao público com a publicação da tarifa, que qualquer pessoa poderia fazer uso de fato, sem que houvesse a necessidade de celebração expressa ou tácita de um contrato, para que a relação contratual surja.

Naquelas hipóteses, de acordo com o tráfego mercantil, a relação contratual de fato exsuriria da efetiva prestação, gerando a expectativa de que o usuário pague a remuneração, mesmo que não tenha emitido uma declaração de vontade, de modo que não haveria, ainda, nenhum dever de conclusão para a empresa.

Já, nas relações contratuais de fato decorrentes da obrigação social de prestar, para a empresa existiria o dever de conclusão, visto que “onde tal dever existe, ele decorre de se tratar de uma prestação de abastecimento imprescindível para toda a sociedade, e de a empresa ter um monopólio de fato ou de direito.”<sup>30</sup> Todavia, este dever de conclusão existiria em relação aos usuários e sob as mesmas condições, de modo que a empresa não poderia fazer uma seleção discricionária das pessoas às quais prestaria, ou não, os serviços.

Feitas tais críticas à posição de Günter Haupt, Karl Larenz afirmou que a semelhança existente entre as relações contratuais de fato e os contratos residiria, basicamente, na correspondência existente entre a oferta de fato e o uso de fato da prestação, semelhança esta que teria levado a doutrina a alargar o conceito de contrato, de modo a permitir que, sob a mesma categoria jurídica, fossem incluídas as relações contratuais de fato por meio do recurso dos conceitos de ato concludente, silêncio vinculante, declaração de vontade tácita, usos do tráfego, interpretação objetiva dos comportamentos, dentre outros.

---

<sup>29</sup> Tradução livre de: “Incluso en el segundo caso nace una relación obligatoria, sobre cuya ejecución han de aplicar-se las normas sobre obligaciones contractuales (contratos de suministros), mientras que por el contrario son inaplicables los preceptos sobre conclusión de negocios jurídicos y contratos. Trátase, por consiguiente, en estas ‘relaciones de obligación derivadas de conducta social típica’ de relaciones jurídicas que intrínsecamente han de considerarse según el Derecho de Obligaciones, a pesar de que su nacimiento no exige la existencia de un contrato.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 60)

<sup>30</sup> LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV.** São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, p. 58.

Desta maneira, segundo a concepção de Larenz, o contrato requereria a vontade objetivamente veiculada em uma declaração, cujo conteúdo seria determinado objetivamente, inclusive por meio do significado do comportamento.

Já as relações contratuais de fato não possuiriam uma declaração de vontade contida no comportamento social típico, embora estivessem também situadas no âmbito da autonomia privada, de maneira que a modificação do conceito fundamental de negócio jurídico, para que fossem abrangidas as relações contratuais de fato, mostrar-se-ia, para Larenz, inadequada e constituiria um retrocesso para a dogmática jurídica.

Ademais, a obrigatoriedade, a vinculação decorrente do comportamento social típico não residiria no fato do mesmo conter uma declaração de vontade negocial, mas apenas da interpretação conferida pelo tráfico, pelos usos que veriam no comportamento social típico, o fundamento de uma obrigação, o que implicaria em uma ampliação das fontes das obrigações dentro do sistema obrigacional, sem que houvesse a ampliação do conceito de negócio jurídico.

Todavia, ao tratar da obrigatoriedade das consequências do comportamento social típico, Karl Larenz afirmou, contraditoriamente, que “apenas o próprio fazer uso de fato depende da sua vontade, o efeito jurídico não.”<sup>31</sup> Não obstante, Larenz, frise-se novamente, entende que o comportamento social típico não veicula vontade negocial da parte, isto é, o comportamento social típico não expressa nenhuma vontade negocial do sujeito, tanto que seriam irrelevantes, por exemplo, os vícios da vontade e a capacidade de fato (neste caso, bastaria que o sujeito tivesse a capacidade de reconhecer o significado social de seu comportamento típico).

Às relações contratuais de fato seriam aplicados apenas os limites gerais da autonomia privada previstos nos §§ 134 e 138 do Código Civil Alemão, que dispõem respectivamente:

**“§ 134 Proibição legal**

Uma transação legal que viola a proibição legal é nula e sem efeito, salvo se a lei dispuser o contrário.”<sup>32</sup> (Tradução livre)

---

<sup>31</sup> LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**. São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, p. 60.

<sup>32</sup> Tradução livre de: “§ 134 Gesetzliches Verbot

**“§ 138 Transação legal contrária aos bons costumes; usura**

- (1) Uma transação legal contrária aos bons costumes é nula.
- (2) Em particular, uma transação legal é nula quando uma pessoa, explorando a necessidade, inexperiência, falta de bom discernimento ou debilidade volitiva de outra pessoa, proporcionar a ela ou a terceiro, em troca de um ato de execução, vantagens pecuniárias prometidas ou concedidas que são claramente desproporcionais à execução.”<sup>33</sup>  
(Tradução livre)

No que se refere ao conteúdo, as relações contratuais de fato, na opinião de Karl Larenz, seriam regidas pelas disposições legais referentes ao contrato correspondente.

Por fim, Karl Larenz finaliza seu estudo afirmando que o termo contrato englobaria a causa do surgimento, a conclusão do contrato e a relação contratual, sendo que esta última poderia ser fundada em um contrato ou em um comportamento socialmente típico das partes, devendo ser diferenciado o contrato, enquanto negócio jurídico bilateral, da relação contratual de fato decorrente do comportamento social típico, enquanto fonte de relação contratual, motivo pelo qual Larenz entende que deveria ser evitado o uso do termo criado por Günter Haupt, relação contratual de fato, além desta não ter seu significado jurídico estabelecido pela vontade negocial das partes, mas, sim, pela valoração jurídica atribuída pelo tráfico<sup>34</sup>.

---

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>33</sup> Tradução livre de: “§ **138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher**

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>34</sup> “G. Haupt, fué el primero que reconoció la peculiaridad de estas relaciones proponiendo para ellas la denominación de ‘relaciones contractuales de hecho’; pero entendemos que esta denominación no es muy afortunada, ya que induce a la conclusión de que al propio tiempo se trata de procesos extrajurídicos. No cabe, naturalmente, hablar siquiera de esto; lo que ocurre es que lo que atribuye significado jurídico a estos procesos no es la voluntad jurídica negocial de los participantes, sino la valoración jurídica que obtienen en el tráfico por suponer una conducta social típica. El reconocimiento de tales relaciones obligatorias que intrínsecamente han de ser consideradas según el Derecho contractual, está en la misma línea de los ‘hechos típicos de declaración con efectos normativos’ (p. ej., el silencio a la carta de conformación en el tráfico mercantil), en que tampoco depende la cuestión de si en el caso concreto concurren los requisitos para la existencia de una declaración de voluntad válida. En los casos concretos no puede, evidentemente, hablarse de ‘supuestos de declaración’, entendidos en su significado típico, sino únicamente de determinada conducta en el tráfico.

Feitas as apresentações das bases fundamentais das relações contratuais de fato proposta por Günter Haupt, bem como o seu desenvolvimento por Karl Larenz, faz-se necessário fazer um estudo prévio do conceito estrutural de negócio jurídico e de contrato, o que, por sua vez, requer uma breve análise da autonomia privada.

---

Concretamente se trata de la aceptación de una prestación que está a disposición de todos en las condiciones de la tarifa.”

Tradução livre: “G. Haupt foi o primeiro que reconheceu a peculiaridade destas relações, propondo para elas a denominação de ‘relações contratuais de fato’; mas entendemos que esta denominação não é muito afortunada, já que induz à conclusão de que ao mesmo tempo trata-se de processos extrajurídicos. Não cabe, naturalmente, falar sequer disto; o que ocorre é que o que atribui significado jurídico a estes processos não é a vontade jurídica negocial dos participantes, senão a valoração jurídica que obtêm no tráfego por supor uma conduta social típica. O reconhecimento de tais relações obrigacionais que intrinsecamente hão de ser consideradas segundo o Direito contratual, está na mesma linha dos ‘fatos típicos de declaração com efeitos normativos’ (p. ex., o silêncio na carta de conformação no tráfego mercantil), em que tampouco depende a questão de se, no caso concreto, concorrem os requisitos para a existência de uma declaração de vontade válida. Nos casos concretos, não pode, evidentemente, falar-se de ‘suposições de declaração’, entendidas em seu significado típico, senão unicamente de determinada conduta no tráfego. Concretamente, trata-se da aceitação de uma prestação que está à disposição de todos nas condições da tarifa.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 61)



## CAPÍTULO 2 – O CONCEITO ESTRUTURAL DE NEGÓCIO JURÍDICO E OS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CONTRATO COMERCIAL<sup>35</sup>

### 1. A AUTONOMIA PRIVADA

Antes de abordar o negócio jurídico propriamente dito, é indispensável uma breve análise da autonomia privada, que é justamente o ambiente proporcionado pelo Direito para que os sujeitos de direito possam celebrar negócios jurídicos e, mais especificamente, os negócios jurídicos bilaterais, isto é, os contratos.

Como o Estado não pode ser onipresente na regulação de todas as relações estabelecidas entre os sujeitos de uma determinada sociedade e, ainda, considerando o ambiente de uma economia de mercado, que exige a atribuição de uma liberdade, ainda que limitada, aos sujeitos de direito para que eles livremente estabeleçam suas relações jurídicas, regulando seus próprios interesses, o Estado concede aos sujeitos de direito a denominada autonomia privada.

O vocábulo autonomia etimologicamente<sup>36</sup> é formada pelas palavras gregas *nomos*, que significa lei, norma, regra, e *autos*, que tem o significado de próprio, si mesmo.

O léxico, por sua vez, apresenta como acepções da palavra autonomia a “capacidade de atuar com independência”<sup>37</sup>, bem como a “capacidade de um Estado de reger-se pelas próprias leis”<sup>38</sup>, ou, ainda, segundo os ensinamentos de De Plácido e Silva, a palavra autonomia é “derivada do grego *autonomia* (direito de se reger por suas próprias

---

<sup>35</sup> Conforme: BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura alla Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto**. Milano: Comunita, 1977; e COHEN, Felix S.. **El Método Funcional en el Derecho**. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

<sup>36</sup> “Etimologicamente, autonomia significa capacidade de reger-se por si mesmo, ou capacidade de agir espontaneamente.” (STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2000, p. 50)

<sup>37</sup> BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 181, acepção 2.

<sup>38</sup> BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 181, acepção 1.

leis), que se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta”<sup>39</sup>.

Desse modo, pode-se constatar que a autonomia privada nada mais é que a liberdade concedida pelo Estado aos sujeitos de direito de regular, por iniciativa própria e de acordo com seus próprios interesses, suas relações jurídicas e o exercício de seus direitos subjetivos, observando-se, obviamente, as limitações impostas pelo ordenamento jurídico ou, segundo Federico de Castro y Bravo:

“Em um sentido muito geral, entende-se por autonomia privada, o poder de autodeterminação da pessoa. O sentido imediato do termo amplia-se assim até compreender todo o âmbito da autarquia pessoal. Pensa-se, então, na esfera de liberdade da pessoa, para exercitar faculdades e direitos e também para conformar as diversas relações jurídicas que lhe digam respeito. De modo que poderia ser definida como aquele poder complexo reconhecido à pessoa para o exercício de suas faculdades, seja dentro do âmbito de liberdade que lhe pertence como sujeito de direitos, seja para criar regras de conduta para si e em relação com os demais, com a consequente responsabilidade enquanto atuação na vida social.”<sup>40</sup>  
(Tradução livre)

Obviamente que a autonomia privada não é absoluta, devendo ser exercida dentro dos limites impostos pela legislação de determinado Estado, tampouco possui um sentido unívoco dentre os diversos sistemas jurídicos, pois a sua concepção varia conforme a política e a economia de cada Estado, sendo, por isso, um conceito variável, como bem ensinou Dário Moura Vicente:

“Não há, em suma, na matéria que nos ocupou neste estudo, um modelo único, nem os textos de fonte internacional que aqui examinamos representam qualquer mínimo denominador comum entre as diferentes tradições jurídicas nacionais. Pelo contrário: o significado da autonomia

---

<sup>39</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes I e II.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 251.

<sup>40</sup> Tradução livre de: “En un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.” (BRAVO, Federico de Castro y. **El Negocio Jurídico.** Madri: Civitas, 2016, pp. 11-12)

privada varia, sempre variou e continuará muito provavelmente a variar no tempo e no espaço, não obstante todos os esforços envidados, aos mais diversos níveis, no sentido de unificar o Direito dos Contratos.

O que, se bem cuidamos, nada tem de surpreendente: a diversidade dos significados possíveis deste conceito – tão caro ao Direito Contratual de tradição ocidental, mas tão estranho ao das demais tradições jurídicas – não é senão a expressão, neste domínio específico, da imensa diversidade dos Direitos através das fronteiras; diversidade essa que é, por seu turno, uma consequência inelutável da natureza cultural do Direito, para que chamou a atenção no Brasil o Professor Miguel Reale, e da intrínseca variabilidade de todas as manifestações de cultura humana.

Numa época, como a presente, em que tudo tende para o nivelamento e para a uniformização – para cujos perigos alertou Bento XVI – não será demais recordar esse traço indelével do Direito.”<sup>41</sup>

A concepção da autonomia privada, segundo Ana Prata<sup>42</sup>, tem sua origem na passagem histórica do feudalismo ao modo de produção capitalista. Como bem ressaltou, “a análise do conceito de autonomia privada e a sua história revelam a inequívoca ligação deste conceito com os de sujeito de direito e de propriedade”<sup>43</sup>, visto que a atribuição de personalidade jurídica (e, assim, de capacidade negocial) às pessoas apresenta uma íntima conexão ao conceito de propriedade privada.

Com efeito, a pessoa, ao deter o poder de disposição do bem, passa a ser o titular do direito de produzir efeitos jurídicos, não só para demarcar a propriedade sobre o bem com exclusão das demais pessoas, mas também para transmitir este bem a outrem<sup>44</sup>. Contudo, somente no momento em que o modo de produção capitalista é instituído, constata-se a universalização da personalidade jurídica e da propriedade privada, inclusive tornando o trabalho, a terra e o dinheiro como bens passíveis de serem comercializados em um mercado.

---

<sup>41</sup> VICENTE, Dário Moura. A Autonomia Privada e os seus Diferentes Significados à Luz do Direito Comparado. **Revista de Direito Civil**. Coimbra: Almedina, nº 2, 2016, pp. 304-305.

<sup>42</sup> PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 9-14.

<sup>43</sup> Segundo Ana Prata, a abstração do contrato fez com que o mesmo fosse reconhecido não mais como instrumento acessório ao Direito das Coisas, mas, sim, como categoria autônoma, enquanto expressão da capacidade negocial das pessoas. (PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 9-12)

<sup>44</sup> “A atribuição de personalidade e capacidade jurídicas constitui o instrumento através do qual se viabiliza a utilização privada autônoma e não perturbada de cada fracção de terra e a troca de bens. Por isso que elas só existem quando esses bens existem ou podem existir.” (PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 10)

Neste momento, faz-se necessária uma rápida digressão acerca desta passagem histórica e a evolução do processo produtivo, culminando com a instituição do modo de produção capitalista e os pressupostos básicos de uma economia de mercado, justamente por ser o momento em que o conceito de autonomia privada passa a ter “um conteúdo autónomo e operativo”<sup>45</sup>, o qual, por sua vez, influenciará a noção de negócio jurídico.

Após a queda do Império Romano, que ocorreu no ano de 476, iniciou-se o período da Idade Média, na qual havia uma preocupação mais voltada ao progresso material, sem se desconsiderar o progresso espiritual, culminando, no fim do Renascimento (aproximadamente fins do Século XVII), com a presença de sociedades capitalistas pré-industriais.

Na Idade Média, segundo Dalmo de Abreu Dallari<sup>46</sup>, havia uma alta instabilidade e heterogeneidade no âmbito do Estado, o que dificultou a síntese dos principais caracteres do Estado Medieval. Contudo, o Estado Medieval apresentou uma preocupação em obter uma unidade, além de força como forma de atingir uma unidade política e um poder eficaz e imune a influências, o que foi incentivado, sobretudo, pelas invasões bárbaras<sup>47</sup>, mas sempre tendo como base fundamental o cristianismo que induzia a busca da universalidade e da igualdade dos homens.

As constantes guerras e invasões dificultavam o desenvolvimento do comércio, de modo que se valorizava:

“(…) enormemente a posse da terra, de onde todos, ricos ou pobres, poderosos ou não, deverão tirar os meios de subsistência. Assim, pois, toda a vida social passa a depender da propriedade ou da posse da terra, desenvolvendo-se um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados à situação patrimonial.”<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 11.

<sup>46</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 56-59.

<sup>47</sup> Segundo Manoel Luis da Veiga, “morreu o comércio da Europa neste mesmo continente pela irrupção dos bárbaros e incursão de tantos inimigos; destruíram-se as artes e ofuscaram-se as ciências, porém a sábia política dos genoveses, venezianos e demais cidades asiáticas hanseática restaurou a indústria e a sabedoria e deu, juntamente, vida àquele corpo, e receberam os seus autores a mais bem merecida paga ou remuneração.” (VEIGA, Manoel Luis da. *Escola Mercantil sobre O Comércio Assim Antigo como Moderno, entre As Nações Comerciantes dos Velhos Continentes*. Lisboa: Oficina de Antonio Rodrigues Galhardo, 1803. In: SLEMIAN, Andréa; CHAVES, Cláudia Maria das Graças. **Obras de Manoel Luis da Veiga**. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 72)

<sup>48</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 58.

Inicia-se, assim, um período marcado por uma pluralidade de poder e autoridade, o que conferia maior liberdade às cidades, que apresentaram uma ascensão ao aumentarem a conquista de privilégios dentro da organização administrativa, sobretudo a partir do Século XI, chegando a concentrar a organização da produção manufatureira, culminando com a formação das corporações de ofícios. Nesta época, houve um aumento da divisão do trabalho e um aumento das trocas, além do aumento da produtividade agrícola e do incremento da técnica.

Entre os Séculos VIII<sup>49</sup> e XI, assiste-se a um período de transição do sistema econômico da Antiguidade para o feudalismo, marcado pela transição da escravidão para a servidão, período que ficou conhecido por Idade das Trevas<sup>50</sup>. Neste período, surgiu um sistema econômico resultante da junção dos caracteres do mundo romano com os do mundo germânico, que podia ser denominado de sistema do grande domínio caracterizado pelo isolamento do homem em torno das grandes explorações rurais voltadas à subsistência, pela limitação das trocas, das permutas em um âmbito fechado, o que causou o declínio do comércio e a baixa utilização da moeda, além da indústria limitar-se ao artesanato existente dentro do domínio.

---

<sup>49</sup> “Foi junto ao oitavo século da nossa era, pouco mais ou menos, que as revoluções dos impérios tinham feito caminhar as preciosas mercadorias da Índia para os portos do Egito, principalmente para aquele de Constantinopla, e pouco depois desta época começaram algumas nações da Europa a recuperar os seus direitos e a sua liberdade, já como soltas das algemas que por tantos anos tinham presas as suas mãos e suprimida a sua atividade. Entre elas, Veneza foi a primeira que travou as suas correspondências com os povos orientais e que deu princípio a uma nova liga de comércio entre a Europa e a Ásia. Eram os venezianos os povos mais industriosos, livres e independentes que, naquele tempo, encontravam-se neste continente.

As Fazendas do Oriente que eles faziam importar por via dos egípcios e dos turcos faziam nascer na Europa novas necessidades e novos desejos e, por conseguinte, o luxo aumentava, as negociações se multiplicavam e as sociedades se iam fazendo cada vez mais ricas e mais poderosas, ainda que a época do seu aumento não se conte, senão desde o ano de 1050 por diante.” (VEIGA, Manoel Luis da. *Escola Mercantil sobre O Comércio Assim Antigo como Moderno, entre As Nações Comerciantes dos Velhos Continentes*. Lisboa: Oficina de Antonio Rodrigues Galhardo, 1803. *In*: SLEMIAN, Andréa; CHAVES, Cláudia Maria das Graças. **Obras de Manoel Luis da Veiga**. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 73)

<sup>50</sup> “É vantajoso estudar o período dividindo-o em duas épocas. A primeira preside às mudanças radicais do estilo de vida europeu com o desaparecimento de cidades e a acentuada ruralização. Muitas práticas romanas são esquecidas e a Europa entra em período de menor fervor cultural. O poder político pulveriza-se ao mesmo tempo em que, lentamente, vão-se consolidando as instituições medievais (...) Enquanto a Europa mergulha na Idade das Trevas, os povos árabes conquistam um grande império (...) A relevância dos árabes nas ideias econômicas começa com a grande contribuição que foi o sistema de números inventado por eles. Os números arábicos facilitaram as tarefas aritméticas e certamente impulsionaram os processos de contabilização econômica e o desenvolvimento de uma primitiva Econometria.” (FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico**. 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 32-33)

Como bem ponderou Fábio Konder Comparato<sup>51</sup>, neste período da Baixa Idade Média, o comércio, que havia sido desenvolvido até este momento pelas civilizações antigas, entrou em decadência, sendo, a agricultura, a atividade econômica primordial.

A partir do Século XI, iniciou-se um período de prosperidade na Europa, marcado pela economia feudal<sup>52</sup>, que foi um sistema progressista que proporcionou o aumento da produtividade e o crescimento demográfico, graças ao período de paz que se iniciou após as invasões, aos excedentes de produção, bem como aos progressos técnicos no âmbito da produção entre os Séculos XI e XIII, decorrentes não da ciência, que ainda estava dissociada da atividade econômica, mas, sim, da própria atividade dos artesãos, camponeses, comerciantes e marinheiros.

Segundo Ricardo Feijó<sup>53</sup>, este foi um período de transição proporcionado pelo excedente da produção agrícola, que reativou a atividade comercial e, assim, deu origem a uma nova classe social, que providenciaria a dissolução gradativa das relações feudais.

Já na segunda metade do Século XII<sup>54</sup>, assistiu-se ao surgimento das corporações de artes e de ofícios, que congregavam artesãos e comerciantes associados nas suas respectivas corporações, as quais apresentaram um grande desenvolvimento, momento em que houve um deslocamento populacional do campo para as cidades, em virtude do aumento

---

<sup>51</sup> “Com isto, a florescente atividade mercantil, até então desenvolvida entre o Egito, a Ásia Menor e os portos europeus, desapareceu por completo, extinguindo-se as importantes correntes comerciais, assim alimentadas, que atravessaram regularmente o território europeu. A Europa viu-se desligada, doravante, de todo contato com o mundo exterior. Os grandes centros urbanos do mundo romano entraram em acentuada decadência, e a atividade econômica passou a concentrar-se na agricultura.

Como não poderia deixar de ser, essa realidade refletiu-se diretamente no ideário social, passando o comércio e os comerciantes a serem ainda mais desconsiderados do que no passado.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41)

<sup>52</sup> “A atividade comercial é, de início, bastante limitada, embora ela venha a crescer a partir do século XI. A base da organização não está no contrato, mas nas relações de *status*. A palavra empenhada, a promessa verbal e a defesa da honra valem mais do que a lei escrita.” (FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 34)

<sup>53</sup> “A vida econômica na sociedade medieval era sustentada pela atividade agrícola. Os feudos eram auto-suficientes e quase nunca produziam um excedente exportável. A partir do século XI, mudanças tecnológicas aumentaram significativamente a produtividade na agricultura e com isso pôde-se gerar crescentemente um excesso de produção destinado ao comércio. A atividade comercial dá origem a uma nova classe de homens enriquecidos sem vínculos fortes com a antiga ordem social. São os portadores do elemento que iria dissolver lentamente as relações feudais: a substituição dos vínculos medievais que existiam entre as pessoas, legitimados pela fé, por relações de mercado. Contudo, não foi uma transição linear; muitas guerras, revoltas e retrocessos ocorreriam até que o capitalismo comercial substituísse o feudalismo nos países mais adiantados da Europa.” (FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 34-35)

<sup>54</sup> “A segunda etapa da Idade Média, tal como estamos caracterizando, vai de 1200 a 1500. O grande divisor de águas foi o renascimento filosófico impulsionado pelo resgate da filosofia grega (...) É nesse segundo período medieval que a análise econômica terá um significativo avanço.” (FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33)

demográfico (excedente de mão de obra) e da criação de mercado consumidor para as manufaturas produzidas no entorno dos feudos dentro de núcleos urbanos que se transformariam em cidades<sup>55</sup>, época em que foram criados diversos centros urbanos, denominados, segundo Fábio Konder Comparato<sup>56</sup>, de burgos de fora, nos quais passaram a viver os burgueses.

Nesta época, as cidades exerciam o importante papel de centro de trocas<sup>57</sup>, o que ocorria nas grandes feiras, ensejando, inclusive, o surgimento de novos meios de pagamento e de crédito, dando azo ao surgimento de bancos nos principais centros de comércio, em virtude da intensificação das trocas entre as diversas regiões da Europa, bem como externas à Europa, especialmente para o Oriente.

Segundo Fábio Konder Comparato<sup>58</sup>, justamente na segunda metade do Século XII, surgiu o capitalismo, quando a busca pelo acúmulo de bens materiais em si, passou a ser eticamente aceitável, o que não se vislumbrava nas civilizações antigas, que

---

<sup>55</sup> “O enriquecimento de parte da população possibilitou mercado consumidor para manufaturas, cuja produção estabeleceu-se em núcleos urbanos em torno dos feudos ou que se formaram ao longo de rotas comerciais pelo interior do continente (...) Em breve, alguns desses centros transformam-se em cidades que pouco a pouco foram livrando-se da tutela dos senhores. O fluxo de manufaturas deu um impulso adicional ao comércio que vinha desenvolvendo-se para os produtos agropecuários. O aperfeiçoamento das carroças, a melhoria das estradas e a navegação costeira e dos rios permitiram o comércio de longa distância. No século XI, também contribuiu para impulsionar o comércio o fato político das Cruzadas: leva de europeus que se deslocavam a pé até a Terra Santa com o fito de expulsar dela os mulçumanos.” (FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36)

<sup>56</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147-148.

<sup>57</sup> “As cidades desempenham de novo o papel de encruzilhada de ideias e de trocas. As indústrias renascem sob a forma de corporações, guildas, hansas ou outras associações de ofícios (...) Inicialmente, os burgueses são apenas habitantes da cidade, do burgo, mas formam pouco a pouco uma nova classe cujo papel é crescente. Grandes feiras como a de Champagne dão azo a que todos os comerciantes e fabricantes do continente troquem produtos. Incrementam-se novas técnicas de crédito e de pagamento, prefigurando o desenvolvimento financeiro do Renascimento. Surgem os bancos nos principais centros de comércio, que começam a praticar o câmbio, a compensação, os empréstimos e as transferências para evitar o transporte de moedas. Em suma, é toda a sociedade que se torna mais complexa por comparação com a época dominial (...) É uma verdadeira revolução comercial que caracteriza o despertar da Europa na Idade Média”. (BRASSEUL, Jacques. **História Econômica do Mundo: Das Origens aos Subprimes**. 2ª edição. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2010, p. 70)

<sup>58</sup> “O nascimento do capitalismo na segunda metade do século XII, na Baixa Idade Média europeia, representou, sem nenhum exagero, a mais profunda ruptura com a tradição, em todo o processo histórico. (...)

Ora, nas civilizações do mundo antigo – e o grande exemplo é a estirpe civilizatória indo-europeia, da qual se acaba de dar um modesto resumo –, a posse de bens materiais, a começar pelo dinheiro, jamais esteve na origem do poder social. No mundo anterior ao capitalismo, sempre se votou o maior desprezo pelos ofícios mecânicos e a atividade mercantil, como foi salientado no Capítulo 1º. É que nenhum dos que se dedicavam a tais ofícios ou ao comércio pertencia, de direito e de fato, a um dos três estamentos tradicionais. Os homens de negócio não nasciam guerreiros nem agricultores, e sua atividade profissional era considerada absolutamente incompatível com o *status* religioso.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147)

consideravam as atividades comerciais contrárias à virtude exaltada pela religião e pela tradição dos usos e costumes dos antepassados.

Em razão da intensificação do comércio e do surgimento de novos centros urbanos, as corporações de comerciantes desenvolveram-se mais rapidamente e com maior especialização, apresentando um caráter mais empreendedor, o que desencadeou, nos Séculos XIII e XIV, o surgimento dos empresários dedicados à atuação internacional, com uma verdadeira organização racional, acompanhada de uma ampla atividade bancária, manejando seus capitais e os capitais dos demais investidores, dando origem a um nascente capitalismo pré-industrial<sup>59</sup>.

Como exemplo, pode-se citar a região de Flandres, cujos manufactureiros transformavam as mercadorias vindas de diversos pontos comerciais da Europa, sendo, as manufaturas, exportadas posteriormente a toda a Europa. Este fluxo mercantil tornou esta região em uma praça rica e poderosa no mar e na terra<sup>60</sup>.

Nesta época, surgiram os primeiros documentos da dívida cambiária, que se destinavam aos pagamentos entre praças distantes com câmbio de moedas<sup>61</sup>, além das corporações dos comerciantes produzirem uma disciplina regulamentadora dos negócios mercantis, especialmente fundada na mediação das trocas, cuja origem estava alicerçada fundamentalmente nos costumes dos comerciantes com influxos do direito marítimo, mas de aplicabilidade específica aos comerciantes.

---

<sup>59</sup> “As corporações mercantis reúnem, junto aos pequenos comerciantes, de mentalidade artesã, os grandes comerciantes (...) que, nos séculos XIII e XIV, são empresários com uma esfera de ação internacional, homens de negócios dedicados a múltiplas especulações, autênticos protagonistas de uma verdadeira atividade econômica de alcance internacional, com uma ordenada e racional organização, frequentemente com uma ampla atividade bancária, instrumento de intensa atividade financeira da Igreja que, assim, indica com agudeza Saporì, apadrinhou o nascente capitalismo.” (ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007, pp. 44-45)

<sup>60</sup> A propósito, vide VEIGA, Manoel Luis da. *Escola Mercantil sobre O Comércio Assim Antigo como Moderno, entre As Nações Comerciantes dos Velhos Continentes*. Lisboa: Oficina de Antonio Rodrigues Galhardo, 1803. *In*: SLEMIAN, Andréa; CHAVES, Cláudia Maria das Graças. **Obras de Manoel Luis da Veiga**. São Paulo: EDUSP, 2012, pp. 75-80.

<sup>61</sup> “Aos pagamentos entre praças afastadas, e por isso com câmbio de moeda, serve uma nova instituição, que por outra parte nos apresenta um esquema afastado do usado ainda hoje para aquela mesma finalidade especialmente nos chamados (quando estão em contraste com a legislação sobre os câmbios, ilícitos) ‘bonifici’.

Os primeiros documentos se remontam ao século XII e sua afirmação plena se dá no século XIII.” (ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 53)



Aos poucos as normas relativas aos negócios mercantis foram formando o direito mercantil, que, gradativamente, foi-se firmando como direito autônomo da classe profissional com nítido caráter internacional<sup>62</sup>.

Segundo Tullio Ascarelli<sup>63</sup>, nesta época, a atividade mercantil passou a requerer um maior investimento de capital, que ultrapassava a contribuição familiar, momento em que surgiu a figura da sociedade em nome coletivo.

Assim, a economia feudal, que inicialmente era pouco monetizada, passou a utilizar a moeda como meio de pagamento<sup>64</sup> em substituição às prestações em gênero, o artesanato foi substituído pelos manufaturados da cidade voltados à comercialização nos mercados, que se intensificou.

Não obstante, a agricultura ainda representava a quase totalidade da produção, o que levou a Europa à crise generalizada no Século XIV, que foi agravada por desastres naturais, pela volta das guerras, pelo rápido aumento da população não acompanhado pelo aumento dos recursos e pelas epidemias (peste negra a partir de 1347), o que culminou com a crise do sistema feudal e do próprio comércio, findando a Idade Média com a queda de Constantinopla em 1453 e dando, assim, início à Idade Moderna.

A crise vivida no fim da Idade Média levou ao início do surgimento gradativo das Monarquias Absolutistas<sup>65</sup>, que se caracterizaram por uma presença estatal maior nos setores militar, político e econômico, sendo, o Estado, o garantidor da proteção, da segurança e dos direitos de propriedade em troca do pagamento de novos tributos, além de fomentador do comércio e das atividades manufatureiras.

---

<sup>62</sup> “O caráter internacional do direito mercantil assim formado, revela-se na sua expansão, incluso (*sic*) mais acentuada que a do direito romano-canônico-comum.”(ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 49)

<sup>63</sup> ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 58.

<sup>64</sup> “Nos séculos XII e XIII, o desenvolvimento econômico estimulou a atividade financeira. Aparecem os primeiros banqueiros que recebem depósitos pagando juros por eles. A doutrina econômica de cunho moral ia cedendo à prática econômica e a Igreja passava a influenciar os reis para que permitissem os juros, mas regulassem o valor cobrado (...) À medida que as cidades comerciais foram adquirindo autonomia, seus dirigentes procuravam estabelecer um código legal preciso em substituição ao direito consuetudinário e paternalista do feudalismo. As transações comerciais e financeiras foram então regulamentadas por uma legislação comercial específica. Tal legislação permitiu incrementar o comércio, pelas leis de contrato, legalização das representações comerciais e das vendas em leilão, e criar novos instrumentos e operações financeiras, tais como letras de câmbio e outros papéis negociáveis, câmaras de liquidação de dívidas etc.” (FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37)

<sup>65</sup> “Já no século XIII o monarca vai ampliando a esfera de sua competência exclusiva, afirmando-se soberano de todo o reino, acima de todos os barões, adquirindo o poder supremo de justiça e de polícia, acabando por conquistar o poder legislativo.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 64)

Trata-se da origem do Estado Moderno que se consolidou a partir do Século XVI, cujas características primordiais se concentravam no entorno dos conceitos de soberania nacional, território, povo e finalidade pública do Estado, além da desvinculação da Igreja. Ademais, o Estado Moderno apresentou uma maior preocupação na disciplina do mercado nacional, momento em que se iniciou, no âmbito jurídico, uma nova concepção de direito associada à ideia do humanismo e de formação de um direito nacional comum, que se consolidou na segunda metade do Século XVI.

Entre o período de decadência do feudalismo e o início da Idade Moderna, o mercantilismo serviu como regime de transição para o capitalismo<sup>66</sup>, o qual veio acompanhado dos Estados Absolutistas, além de se tratar de um regime de transição muito fértil no âmbito do pensamento econômico.

O mercantilismo também foi marcado pela associação dos monarcas com os burgueses em detrimento da antiga classe dos senhores feudais, o que serviu para permitir a centralização do poder nas mãos dos reis absolutistas em desfavor da típica descentralização do poder que marcou o feudalismo.

É justamente neste ambiente, entre os Séculos XV e XVI, que se iniciaram as grandes navegações, período em que surgiram novas formas de intercâmbio lançadas pelos armadores e mercadores, as descobertas de novos mercados além-mar, a criação de institutos favoráveis ao progresso econômico, ao aumento da produtividade, criando bases favoráveis à futura Revolução Industrial.

Segundo os estudos da Karl Polanyi<sup>67</sup>, é justamente neste ambiente que o Estado instituiu o mercado nacional, fazendo cessar as medidas protecionistas do mercado local, de vizinhança, que vigorava até o momento nas cidades, estimulando, assim, o comércio

---

<sup>66</sup> “Em 1763, Victor de Riqueti, o Marquês de Mirabeau (1715-1789), cunhou a expressão mercantilismo para caracterizar o conjunto de doutrinas econômicas dominadas pelo nacionalismo e pelo intervencionismo que, já presentes no final da Idade Média, ganham impulso nos séculos XVI e XVII. O mercantilismo é a contrapartida, no plano das ideias econômicas, do ambiente intelectual e político que acompanha o aparecimento de Estados nacionais centralizados e fortes. Da perspectiva histórica, ele é considerado um período de transição entre as práticas regulamentatórias da economia no feudalismo, marcadas pelo fervor ético e religioso, e o nascimento das concepções liberais no século XVII.” (FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47)

<sup>67</sup> “A ação deliberada do estado nos séculos XV e XVI impingiu o sistema mercantil às cidades e às municipalidades ferrenhamente protecionistas. O mercantilismo destruiu o particularismo desgastado do comércio local e intermunicipal, eliminando as barreiras que separavam esses dois tipos de comércio não competitivo e, assim, abrindo caminho para um mercado nacional que passou a ignorar, cada vez mais, a distinção entre cidade e campo, assim como as que existiam entre as várias cidades e províncias.” (POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª edição, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 69)

nacional, sem prejuízo do comércio de longa distância (mercado externo) também já existente.

Em outras palavras, de acordo com o pensamento de Karl Polanyi, o mercado local, que era aquele existente dentro da cidade (ou mesmo entre o campo e a cidade) e era um típico comércio de vizinhança, não deu origem ao mercado nacional, pois sofriam severas restrições (advindas da religião, das tradições impostas como limitadoras da busca da riqueza como um fim em si mesmo<sup>68</sup>) que impediam a sua expansão e a sua impregnação no sistema econômico então vigente.

Foi necessária a associação do Estado Absolutista com os burgueses para a criação do mercado nacional, em adição aos mercados locais e externos já existentes, tornando a atividade mercantil livre, além dos limites da cidade, cuja impregnação na vida tornou-a a atividade econômica predominante em pouco tempo, dando ensejo, assim, à política mercantilista

Com a transmutação da sociedade comercial para a sociedade mercantil na Idade Média, com as Grandes Navegações, o controle da atividade produtiva passou a ser exercido pelos grandes mercadores<sup>69</sup> capitalistas, que proviam as matérias primas aos produtores locais com uma administração típica de uma empresa mercantil, não mais restrita às fronteiras da cidade, tal como ocorria na época do feudalismo.

Assim, o mesmo mercador, que provia as matérias primas ao produtor local, era o comerciante que vendia os produtos resultantes da atividade produtiva local, como bem indicou Karl Polanyi:

“Foi nessa ocasião que a produção industrial se colocou definitivamente, e em grande escala, sob a liderança organizada do mercador. Ele conhecia o mercado, o volume e a qualidade da demanda, e podia se encarregar também dos suprimentos (...) Se não houvesse suprimentos, o aldeão era o mais prejudicado, pois perdia o emprego durante algum tempo. O caso não

---

<sup>68</sup> “Se a permuta era cercada de tabus destinados a impedir que esse tipo de relação humana abusasse das funções da organização econômica propriamente dita, a disciplina do mercado era ainda mais restrita.” (POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª edição, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 66)

<sup>69</sup> Segundo Manoel Luis da Veiga, os negociantes podem ser de duas espécies: os comerciantes que são os negociantes que se concentram nas vendas ao varejo (vendas a retalho) e os mercadores, que são os negociantes que se concentram nas vendas ao atacado (vendas a grosso). A propósito vide VEIGA, Manoel Luis da. *Escola Mercantil sobre O Comércio Assim Antigo como Moderno, entre As Nações Comerciantes dos Velhos Continentes*. Lisboa: Oficina de Antonio Rodrigues Galhardo, 1803. In: SLEMIAN, Andréa; CHAVES, Cláudia Maria das Graças. **Obras de Manoel Luis da Veiga**. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 108.

envolvia nenhuma fábrica dispendiosa e o mercador não incorria em risco sério ao assumir a responsabilidade da produção. Durante séculos esse sistema cresceu em poder e objetivo até que finalmente, num país como a Inglaterra, a indústria da lã, produto básico nacional, atingiu grandes setores do país onde a produção era organizada pelo negociante de tecidos.<sup>70</sup>

O aumento da importância e da utilização do mercado externo causou um incremento nos mercados locais. Assim, nesta fase histórica, pode-se vislumbrar a coexistência de um mercado local fortemente protecionista delimitado pelas fronteiras da cidade<sup>71</sup> e, por outro lado, um mercado externo (sem as dimensões que conheceríamos desde a Revolução Industrial até os dias atuais) com base capitalista e, por isso, ameaçador dos dogmas religiosos e morais vigentes nas cidades medievais, que limitavam a atividade comercial, situação que permaneceu até final do Século XVIII.

Foi justamente com a criação dos Estados Nacionais, que o mercado nacional surgiu, superando, dessa maneira, a separação existente entre mercado local e mercado externo por meio de políticas comerciais internas, que visavam à expansão dos negócios e do comércio a todo o território do Estado Nacional, envolvendo uma quantidade maior de transações de produtos similares e, por isso, concorrentes entre si, sem prejuízo da complementaridade existente no comércio com o mercado externo.

Disso constata-se que o mercado nacional não decorreu naturalmente da complementaridade existente entre o mercado local e o mercado externo, mas foi criado pelo Estado, agora com o poder centralizado e incentivador de uma organização para o comércio e para os negócios, além de criador de uma política externa e disciplinadora dos recursos em todo o território nacional, em substituição à fragmentação típica do poder na época do feudalismo. Acrescente-se a tudo isso a associação da burguesia, detentora do capital

---

<sup>70</sup> POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª edição, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 79-80.

<sup>71</sup> “A separação crescentemente estrita entre o comércio local e o de exportação foi a reação da vida urbana à ameaça do capital móvel de desintegrar as instituições da cidade. A cidade medieval típica não tentou evitar o perigo diminuindo o abismo entre o mercado local controlável e as incertezas do um (*sic*) comércio de longa distância incontrolável, mas, ao contrário, enfrentou o perigo reforçando com o máximo rigor aquela política de exclusão e proteção que era o *rationale* da sua existência.” (Itálico do autor) (POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª edição, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 69)

privado, ao Estado<sup>72</sup>, fomentador de políticas destinadas ao desenvolvimento do comércio, com o objetivo aumentar a riqueza privada e o próprio poder político nacional.

Por muito tempo vigorou a política mercantilista que, ao contrário do que pode aparentar, não era favorável à economia de mercado, pois o mercantilismo mantinha a mesma visão do feudalismo quanto à terra, ao trabalho e ao dinheiro, ao não os considerar passíveis de comercialização em um mercado, o que somente mudou com a Revolução Industrial, quando aqueles fatores passaram a ser vistos como fatores comercializáveis em um mercado próprio, sendo que os mercados parciais de cada mercadoria passou a apresentar uma interligação e, desse modo, acabaram por formar um grande mercado autorregulável, segundo a concepção pós Revolução Industrial.

Tem-se, assim, a instituição da economia de mercado, que englobava todos os fatores de produção (inclusive a terra, o trabalho e o dinheiro), além do próprio mercado em si, enquanto facilitador das operações de compra e venda massificada e impessoal e instituição proporcionadora da redução de custos<sup>73</sup>, não só por permitir a oferta de uma grande quantidade de produtos a uma grande quantidade de compradores, o que, por si só, já proporcionaria uma redução no custo médio de produção, mas também por proporcionar uma uniformização da praxe comercial e, assim, permitir um aumento da previsibilidade e segurança dos mercadores.

---

<sup>72</sup> “Na verdade, toda essa fase do capitalismo comercial, entre os séculos XVI e XVIII, foi dominada pelo mercantilismo, doutrina segundo a qual o poder e a prosperidade dos Estados dependiam fundamentalmente do acúmulo de metais preciosos, sobretudo ouro e prata, nos cofres públicos. Se um Estado não tivesse acesso às minas desses metais, era obrigado a manter um constante superávit de exportações sobre as importações, a fim de adquiri-los.

(...)

A política mercantilista instaurou, portanto, pela primeira vez na História, o chamado capitalismo de Estado, ao estabelecer a associação oficial do empresariado com os Poderes Públicos, de modo a alcançar o duplo objetivo de reforçar o poder político e aumentar a riqueza privada.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 171-172)

<sup>73</sup> “O encontro de múltiplos ofertantes e adquirentes tem, para cada um, a vantagem de reduzir o custo – financeiro ou outro – de encontrar parceiros para fazer a troca. De outra forma, o ofertante tem acesso a múltiplos compradores (interessados), o que pode justificar a produção em maior quantidade, com rendimentos de escala, fator que se reflete em redução do custo médio. Aquele que deseja oferecer um produto novo encontra uma concentração de eventuais compradores, o que pode reduzir o risco da operação a nível que considere aceitável. Vale dizer que mercados oferecem maior variedade de bens e serviços, a preços melhores (se estes, os preços, não forem rigidamente fixados) e mais inovação nas fórmulas pelas quais tais bens e serviços são ofertados.

Mercados reduzem custos que as partes suportariam para se reunir e fazer a troca, ou seja, ‘custos de transação’. Os ‘custos de transação’ aparecem todas as vezes que uma operação que parece lucrativa não ocorre em virtude das restrições que impedem os atores do mercado de concluí-la. A redução dos ‘custos de transação’ produz ganhos reais para todos os participantes e não lucros para alguns deles auferidos com as perdas dos outros.” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93)

A partir do Século XIX, segundo os estudos de Karl Polanyi<sup>74</sup>, o progresso gerado pela Revolução Industrial foi acompanhado de uma desarticulação social, que acabou gerando diversas reações, tais como *(i)* as restrições às mercadorias fictícias (trabalho, dinheiro e terra) para fazer frente à ampliação do mercado de mercadorias genuínas (todos os objetos produzidas para serem vendidos no mercado, segundo o mecanismo do preço), *(ii)* a adoção de medidas e de políticas que limitavam a ação do mercado em relação ao trabalho, ao dinheiro e à terra, diante da grande expansão dos mercados no âmbito global e do aumento expressivo da quantidade de bens comercializados no mercado global e *(iii)* as reações da sociedade contra o controle da economia pelo mercado, o qual, por sua vez, apresentava uma tendência a ser autorregulável.

Ao se analisar o processo histórico de transição do feudalismo para o mercantilismo e, ainda, deste para o capitalismo, bem como de formação do mercado local, do mercado externo e do mercado nacional, percebe-se que o denominador comum entre aqueles mercados residia *(i)* na reunião de comerciantes em um ambiente propício à celebração de diversas relações de compra e venda, com vistas *(ii)* à redução dos custos de transação (permitindo um aumento da lucratividade e uma redução do preço final), *(iii)* à adoção de uma praxe uniforme entre as diversas culturas, usos e costumes, o que era possibilitado pela comunicação proporcionada pelo comércio entre os diversos povos e, ainda, *(iv)* à intensificação das relações de compra e venda de produtos similares, incentivando uma concorrência entre os comerciantes.

Ainda segundo os ensinamentos de Karl Polanyi<sup>75</sup>, bem como de Fábio Nusdeo<sup>76</sup>, a economia de mercado tem alguns pressupostos subjacentes, que devem ser levados em conta quando da análise do conceito de autonomia privada, que, por sua vez, insere-se no âmbito da relação capitalista essencial, qual seja, a compra e venda de insumos para a produção de bens e para a prestação de serviços colocados, posteriormente, à venda nos mercados, o que é feito de maneira habitual, profissional e visando ao lucro.

Portanto, há que se considerar que o exercício da autonomia privada no âmbito das relações contratuais comerciais, dotado também de natureza econômica, apresenta

---

<sup>74</sup> Veja POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª edição, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 73-82.

<sup>75</sup> POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª edição, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 73-82.

<sup>76</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Uma Introdução do Direito Econômico**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 260-280.

algumas características a serem consideradas: **(i)** o exercício da autonomia privada e o estabelecimento de relações jurídicas comerciais partem da organização de diversos fatores de produção de maneira peculiar a cada agente econômico, destinando-se a exercer uma função socioeconômica distinta e complementar das demais; **(ii)** as relações são estabelecidas em um ambiente pluripolar, isto é, há diversos agentes econômicos envolvidos em uma relação de distinção, segundo a especialização das atividades, e de complementaridade no sistema social, de maneira que a atividade de cada agente econômico é parcelar em consideração ao sistema social total<sup>77</sup>; **(iii)** o exercício da autonomia privada e as relações contratuais comerciais pressupõem que haja a garantia da livre detenção da propriedade dos diversos fatores de produção, bem como a garantia da livre organização e utilização dos mesmos; e **(iv)** destinam-se à expansão da produção, não só a expansão da localização geográfica da produção, mas igualmente a expansão das relações entre os agentes econômicos e a expansão da distribuição dos bens e serviços produzidos, de maneira a expandir no âmbito global e, ao mesmo tempo, a conferir uma coesão entre os diversos mercados.

Às características inerentes ao exercício da autonomia privada no âmbito das relações contratuais comerciais, há que se acrescentar que a economia de mercado parte dos seguintes pressupostos subjacentes principais: **(i)** os recursos naturais são escassos, portanto as trocas constituem o fato principal da vida e a principal relação de uma economia capitalista; **(ii)** nas tomadas de decisões, os agentes econômicos respondem a incentivos; **(iii)** as trocas voluntárias proporcionam benefícios às pessoas e a instituição mercado direciona

---

<sup>77</sup> A propósito, veja a descrição de Joseph E. Stiglitz e Carl E. Walsh a respeito da organização existente entre os diversos agentes econômicos em suas funções distintas e complementares: “Uma criatura em outro planeta olhando abaixo para uma economia moderna desenvolvida na Terra deverá comparar a atividade humana a uma enorme colônia de formiga. Cada formiga aparentemente tem uma tarefa atribuída. Algumas mantêm vigília. Algumas alimentam os jovens. Algumas colhem comida e outras distribuem-na. Algumas reorganizam papel, escrevem notas nos livros e digitam no teclado do computador. Outras trabalham em fábricas, apertam parafusos e assim por diante. Como toda esta atividade está coordenada? Nenhum ditador ou computador superinteligente está dando instruções. Ainda de alguma forma uma imensa quantidade é cumprida em uma forma razoavelmente coordenada. Compreender como uma economia complexa opera – como certos indivíduos cumprem tarefas, outros fazem outras, como a informação é comunicada e decisões tomadas – é o objetivo central da economia.”

Tradução livre de: “A creature on another planet looking down at a developed modern economy on Earth might compare human activity to an enormous ant colony. Each ant seemingly has an assigned task. Some stand guard. Some feed the young. Some harvest food and others distribute it. Some shuffle paper, scribble notes in books, and type on computer keyboards at computer consoles. Others work in factories, tightening screws, running machines, and so on. How is this activity coordinated? No dictator or superintelligent computer is giving instructions. Yet somehow an immense amount is accomplished in a reasonably coordinated way. Understanding how a complex economy operates – how it is that certain individuals do one task, others do another, how information is communicated and decisions made – is a central objective of economics.” (STIGLITZ; JOSEPH E.; WALSH, Carl E. **Principles of Microeconomics**. 3ª edição. Nova Iorque: Norton, 2002, p. 47)

ao uso eficiente dos recursos escassos; **(iv)** as informações disponíveis aos agentes econômicos nas tomadas de decisões afetam diretamente a estrutura do mercado, bem como o próprio funcionamento do mercado, **(v)** a competência dos agentes econômicos suplanta a existência de informações incompletas e assimétricas e, assim, permite a obtenção das utilidades provenientes do comércio; **(vi)** os seres humanos envolvidos nas relações de trocas sempre buscam obter o máximo de ganhos monetários possíveis; **(vii)** a disponibilidade dos bens e serviços no mercado a preço certo igualam a demanda nesse preço; **(viii)** o mercado pressupõe a existência do dinheiro, enquanto símbolo do poder de compra de seu detentores; **(ix)** a produção é regulada pelo sistema do preço, que determina os lucros dos agentes econômicos que são os rendimentos que, por sua vez, ajudarão na distribuição dos produtos e serviços aos demais membros do sistema social; e **(x)** por fim, o mercado é instituição destinada a ajudar na redução das incertezas, que são geradas pela própria interação dos agentes econômicos em um ambiente de informações incompletas especialmente em relação à conduta dos outros seres humanos no processo de interação.

Por isso, ao ser analisado o exercício da autonomia privada no âmbito de uma relação contratual comercial, bem como a sua própria concepção, não se pode olvidar que a autonomia privada, segundo o estudo de Ana Prata<sup>78</sup>, serviu não só de instrumento para a transformação social, econômica e jurídica da economia feudal e mercantilista para a economia capitalista e a sua inerência ao ambiente social, econômico e institucional, mas também sua concepção resultou desta transformação ocorrida.

De igual modo, não se pode ignorar também o próprio instituto do mercado, que, segundo Fábio Nusdeo, teve sua implantação assegurada a partir do último quartel do Século XVIII por dois grandes suportes: o primeiro foi o movimento constitucionalista, que se preocupou em estabelecer os direitos fundamentais inerentes aos seres humanos diante do Estado, tais como a garantia da propriedade privada, a liberdade do exercício de profissão e a liberdade de contratação, além de organizar o próprio Estado; o segundo foi o movimento da codificação do Direito Privado impulsionada pelos códigos napoleônicos.

Em relação ao movimento de codificação, os códigos elaborados visaram a criar normas coerentes ao instituto do mercado, como bem ressaltou Fábio Nusdeo:

“A sua finalidade era a de construir uma verdadeira malha de dispositivos, lógica e coerente, destinada a permitir a todos os agentes com a total

---

<sup>78</sup> PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 9-26.



certeza, segurança e liberdade jurídicas, o uso de seus bens – fatores e produtos finais - nas atividades econômicas segundo lhes indicasse o mercado, cuja existência e funcionalidade era por eles propiciada e garantida.”<sup>79</sup>

Portanto, patente a relação intrínseca do Direito Privado com o padrão de mercado nas economias de mercado, visto que o Direito Privado foi formatado, já desde a época das codificações, para permitir um melhor funcionamento do mercado, que deve ser considerado como sendo<sup>80</sup> o local real ou virtual<sup>81</sup> em que os agentes econômicos realizam as diversas relações de trocas, seja entre eles mesmos ou entre eles e os consumidores finais, destinando-se a distribuir os bens e serviços, seja de acordo com seu próprio funcionamento,

---

<sup>79</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Uma Introdução do Direito Econômico**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

<sup>80</sup> A propósito das diversas dimensões do mercado, veja FORGIONI, Paula A. **Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 187-241.

<sup>81</sup> A respeito do mercado virtual, veja o excelente ensinamento de Joseph E. Stiglitz e Carl E. Walsh: “Nas sociedades tradicionais, mercados são locais em que as pessoas se reúnem para trocar bens. Eles são ativos, locais movimentados, cheios de vida. Na moderna economia, os bens e serviços têm sido trocados *como se* existisse um mercado bem definido. A Internet criou este novo tipo de mercado, onde pessoas de todo o mundo podem trocar bens e serviços sem se reunirem. Em economias tradicionais, preços para bens similares em diferentes mercados podiam variar notoriamente. Os comerciantes poderiam comprar bens em um mercado onde era mais barato e transportar os bens aonde o preço era mais alto, obtendo um lucro generoso ao fazer isso. Estes mercadores ajudaram os mercados a funcionarem melhor. Boa parte das maiores receitas delas poderiam ser consideradas como um retorno das informações detidas por eles – conhecimento de onde comprar mais barato e vender mais caro. E ao mover bens de lugares em que são menos valorizadas para lugares em que são mais valorizados, eles exerceram uma importante função social. A Internet possibilitou que tudo isto seja feito mais eficientemente, a um custo menor, com informações mais completas. Mercados de todo o mundo podem unir-se instantaneamente, criando um mercado global. Agora, qualquer comprador (não apenas o mercador) pode encontrar o local em que o bem é vendido a um preço menor, e qualquer vendedor pode encontrar o local em que o bem é vendido a preços maiores. Alguns preocupam-se que isto eliminará o papel de intermediação dos mercadores. Mas há mais a trocar do que apenas informação sobre preço. Muitos bens diferem em uma variedade de dimensões, tais como qualidade e durabilidade. Mercados eletrônicos trabalham melhor para bens bem definidos, para os quais estas questões não são relevantes, bens como trigo ou aço ou produtos como este livro.”

Tradução livre de: “In traditional societies, markets are places where people get together to exchange goods. They are active, bustling places, full of life. In the modern economy, goods and services are being exchanged *as if* there was a well-defined marketplace. The Internet has created this new kind of marketplace where people all over the world can exchange goods and services without ever getting together. In traditional economies, prices for similar goods in different marketplaces could differ markedly. Traders would buy goods in a marketplace, where it was cheap, and transport the goods to where the price was higher, making a handsome profit in doing so. Thus, merchants helped make markets work better. Much of their high income could be thought of as a return on their information on knowing where to buy cheap and sell dear. And by moving goods from places where they were valued less to places where they were valued more, they performed an important social function. The Internet has enabled all of this to be done far more efficiently, at lower cost, with more complete information. Markets all over the world can be joined instantaneously, creating a global marketplace. Now any buyer (not just a merchant) can find the place where the good is selling at the lowest price, and any seller can find the place where the good is selling at the highest price. Some have worried that this will eliminate the role of the middleman, of merchants. But there is more to trade than just information about price. Many goods differ in a variety of dimensions, such as quality and durability. E-markets work best for well-defined goods, for which these issues are not relevant, goods like wheat or steel or products like this textbook.” (Itálico dos autores) (STIGLITZ; Joseph E.; WALSH, Carl E. **Principles of Microeconomics**. 3ª edição. Nova Iorque: Norton, 2002, p. 27)

seja em razão da intervenção estatal no domínio econômico, cujo funcionamento adequa-se a uma concepção social, política, econômica e jurídica de redistribuição justa e solidária das vantagens e perdas monetárias experimentadas e cujo conjunto de normas jurídicas conformam o comportamento dos agentes econômicos, segundo o padrão jurídico adotado, atribuindo-lhe um padrão de regularidade, de previsibilidade e segurança jurídicas.

Ademais, o funcionamento do próprio mercado requer o estabelecimento de normas jurídicas, que exerçam uma função complementar ao exercício da autonomia privada pelos particulares, seja delimitando o âmbito destinado ao exercício da autonomia privada pelos particulares, seja exercendo uma função complementar e subsidiária na regulamentação criada pelo exercício da autonomia privada.

A autonomia privada, assim, é não só um pressuposto da economia de mercado, como visto acima, mas também um instrumento de importância fundamental no exercício da livre iniciativa econômica, no exercício do direito à propriedade privada e, ainda, no exercício da liberdade negocial.

A concepção de autonomia privada<sup>82</sup>, por isso, não deve ser confundida com a própria livre iniciativa econômica, tampouco com a liberdade contratual, embora inclua em seu núcleo situações de caráter patrimonial e sirva de instrumento de concreção dos interesses individuais privados, desdobrando-se em dois aspectos primordiais: o exercício de direitos subjetivos e a liberdade negocial.

O exercício dos direitos subjetivos, no âmbito da autonomia privada, decorre de seu reconhecimento pelo direito objetivo que, além de tutelá-los, também os delimita considerando o interesse público. Segundo Federico de Castro y Bravo, trata-se da autonomia dominial, que consiste no “uso, gozo e disposição de poderes, facultades e direitos subjetivos.”<sup>83</sup> (Tradução livre)

Por outro lado, a autonomia privada consiste também “no poder atribuído à vontade relativa à criação, modificação e extinção das relações jurídicas”<sup>84</sup> (tradução livre),

---

<sup>82</sup> “A autonomia da vontade assumiu, em verdade, o sentido específico, que jamais perderá, de poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual com o bem comum.” (STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2000, p. 70)

<sup>83</sup> “El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos.” (BRAVO, Federico de Castro y. **El Negocio Jurídico**. Madrid: Civitas, 2016, p. 13)

<sup>84</sup> “El poder atribuído a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas.” (BRAVO, Federico de Castro y. **El Negocio Jurídico**. Madrid: Civitas, 2016, p. 13)

isto é, no poder de exercer a liberdade negocial, que Federico Castro y Bravo denomina de autonomia privada em sentido estrito ou autonomia da vontade, como reconhecido por boa parte da doutrina, sendo esta aceção a que interessa para os fins este trabalho.

O conceito de autonomia privada não é unívoco, tampouco estático, visto que não só varia no tempo diante das constantes transformações pelas quais a vida social, econômica e jurídica passam, mas também no espaço, visto que a concepção de autonomia privada varia a cada ordenamento jurídico, assim considerado como expressão cultural de um povo, o que não poderia ser diferente, visto que, como ensinado por Irineu Strenger, a autonomia privada, em apertada síntese, consiste no empenho do sujeito de direito ao autorregulamento, o que é permitido “pela lei que lhe dá uma habilitação *ad hoc*”<sup>85</sup> a proceder à autorregulamentação em conformidade com sua vontade, mas sempre dentro da legalidade.

Mas, em relação à autonomia privada em sentido estrito, podemos considerá-la como sendo o poder concedido pelo Estado aos particulares para que exerçam a liberdade negocial, regulando seus próprios interesses patrimoniais nas relações jurídicas estabelecidas com outras pessoas ou, nas palavras de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, a autonomia privada “consiste no poder de estabelecimento, pelas pessoas, das próprias regras às quais irão se vincular”<sup>86</sup>, ou seja, consiste na liberdade atribuída às pessoas “para decidirem se e de que modo sua esfera de interesses patrimoniais será, ou não, afetada pela decisão de contratar.”<sup>87</sup>

É justamente dentro da esfera da autonomia privada que os sujeitos de direito estabelecem as relações jurídicas contratuais e, especificamente em relação às relações contratuais comerciais, deve-se analisar o exercício da autonomia privada dentro do âmbito da instituição mercado, considerando todos os seus pressupostos como já visto acima.

Todavia, a autonomia privada não possui uma tutela constitucional expressa, mas apenas implicitamente.

---

<sup>85</sup> “Fazer abstração da legalidade é desconhecer o sentido do princípio da autonomia, pois ela não se vincula aos indivíduos senão pela lei que lhe dá uma habilitação *ad hoc*. Exatamente a vontade socializada e legalizada é que devemos entender por autonomia. A sociedade e o legislador soberano que a representa diante do indivíduo formam a confiança deste a fim de que ele possa exercer sua vontade jurídica pelo bem comum.” (STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2000, p. 72)

<sup>86</sup> VERÇOSA, Harold Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62.

<sup>87</sup> VERÇOSA, Harold Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62.

Com efeito, a Constituição Federal ao tutelar *(i)* o mercado no art. 219, *caput*<sup>88</sup>, *(ii)* a livre iniciativa no art. 1º, inciso IV<sup>89</sup> e no art. 170, *caput* e parágrafo único<sup>90</sup>, *(iii)* a propriedade no art. 5º, *caput* e inciso XXII<sup>91</sup>, e no art. 170, inciso II<sup>92</sup>, implicitamente confere tutela à autonomia privada (*lato sensu e stricto sensu*).

Ao proteger a propriedade privada não só elegendo-a como garantia individual (art. 5º, *caput* e inciso XXII), mas também como princípio orientador da livre iniciativa (art. 170, inciso II), a Constituição Federal implicitamente tutela a autonomia privada, visto que a autonomia privada requer a existência e a garantia da propriedade privada como pressuposto de sua existência, visto que a circulação de bens e o exercício de direitos subjetivos em relação a tais bens não ocorre se não existir e se não for assegurada a propriedade privada.

---

<sup>88</sup> “**Art. 219.** O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988.** Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>89</sup> “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988.** Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>90</sup> “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

**Parágrafo único.** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988.** Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>91</sup> “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988.** Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>92</sup> “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988.** Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

Ademais, recorde-se que a origem da autonomia privada está associada à propriedade privada, que requereu a atribuição da capacidade negocial aos sujeitos de direito, à igualdade formal entre os sujeitos de direito e, ainda, à liberdade negocial<sup>93</sup>.

A livre iniciativa econômica no âmbito de uma economia de mercado, por sua vez, pressupõe a existência de uma autonomia privada, visto que a produção de bens e serviços ocorre no âmbito privado e a sua circulação, com o fim de satisfazer as necessidades humanas, ocorre no mercado, que, igualmente, pressupõe a autonomia privada para seu funcionamento<sup>94</sup>, constituindo, a autonomia privada, em um instrumento da atividade econômica.

No âmbito das normas internacionais, a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, também conhecida simplesmente por Código Bustamante, em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 18.871, de 13.08.1929, em seu art. 166 prevê implicitamente a autonomia privada *stricto sensu*, ao dispor que “As obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código.”<sup>95</sup> (Tradução livre)

Assim, ao prever que a autorregulamentação estabelecida, pelas partes, contratualmente têm força de lei e, por isso, deve ser cumprida, nada mais faz que reconhecer a vinculação por força da vontade das partes no âmbito do exercício da autonomia privada.

Além do Código Bustamante, os Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais, no seu art. 1.1, preveem a liberdade de contratar e de determinar o conteúdo do contrato, *in verbis*:

**“Artigo 1.1**

**(Liberdade de contratar)**

---

<sup>93</sup> Dentro do âmbito da negocial, os sujeitos de direito exercem a liberdade de contratar, cuja previsão está no art. 421 do Código Civil, segundo o qual “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>94</sup> A propósito, vide PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 183-196.

<sup>95</sup> Tradução livre de: “**Artículo 166**. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código.” (BRASIL. **Decreto nº 18.871, de 13.08.1929**. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana. Disponível em <<http://www.camara.leg.br>>. Último acesso em 11.02.2018)

As partes são livres para celebrar um contrato e para determinar seu conteúdo.”<sup>96</sup> (Tradução livre)

Como já visto anteriormente, a liberdade contratual, que engloba a liberdade de decidir pela celebração, ou não, de um contrato e, ainda, de determinar o conteúdo da autorregulamentação, pressupõe a garantia da autonomia privada *stricto sensu*, que, aliás, está implícita no art. 1.1 dos Princípios UNIDROIT, constituindo verdadeira condição imprescindível ao exercício da liberdade contratual.

A propósito do art. 1.1 dos Princípios UNIDROIT, os comentários feitos sobre este artigo indicam que a liberdade contratual (e, conseqüentemente, a autonomia privada também) constitui um dos pilares da ordem econômica internacional aberta, de mercado e competitiva:

“O princípio da liberdade de contratar é de primordial importância no contexto do comércio internacional. O direito dos empresários decidirem livremente a quem vão oferecer seus produtos ou serviços e por quem eles desejam ser supridos, assim como a possibilidade deles livremente contratarem com base em cláusulas de transações individuais, são os pilares de uma ordem econômica internacional, aberta, de mercado e competitiva.”<sup>97</sup> (Tradução livre)

Acrescente-se, ainda, que os Princípios do Direito Contratual Europeu<sup>98</sup>, que tiveram por fim estabelecer uma estrutura legal comum em matéria contratual, bem como

---

<sup>96</sup> Tradução livre de: “**Article 1.1 (Freedom of contract)**

The parties are free to enter into a contract and to determine its content.” (ITÁLIA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. 2010. Disponível em <<http://www.unidroit.org>>. Último acesso em 15.05.2016)

<sup>97</sup> Tradução livre de: “The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade. The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order.” (ITÁLIA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. 2010. Disponível em <<http://www.unidroit.org>>. Último acesso em 15.05.2016)

<sup>98</sup> A Comissão sobre Direito Contratual Europeu, em 1982, iniciou a elaboração dos Princípios do Direito Contratual Europeu com o fim de tentar estabelecer uma estrutura uniformizadora dos Direitos Nacionais dos países membros da União Europeia em matéria de Contratos. A Parte I dos Princípios do Direito Contratual Europeu, que cuidava da execução, do inadimplemento e reparações foi publicada em 1995. Em 1992, a Comissão iniciou a elaboração da Parte II e a revisão da Parte I, de modo a incluir a formação, a validade, a interpretação e o conteúdo dos contratos, além da autoridade de representantes vincularem os representados, tendo sido publicado em 2000. E, por fim, em 1997, a Comissão iniciou a elaboração da Parte III para abranger princípios concernentes à pluralidade de partes, a cessão de créditos, a substituição de devedores, a cessão da posição contratual, compensação, prescrição, ilegalidade, condições e a capitalização de juros, que foi finalizada em 2001.

fornecer um rol de regras “internacionalmente aceitas como lei comercial ou *lex mercatoria* para o uso por árbitros e outros, além de fornecer um modelo disponível para cortes e legisladores nacionais a ser seguido no desenvolvimento de suas próprias leis” (Itálico dos autores)<sup>99</sup> (Tradução livre), também previram expressamente a liberdade contratual no art. 1:102 (1), *in verbis*:

**“Artigo 1:102: Liberdade Contratual**

(1) As Partes são livres para celebrar um contrato e para determinar o seu conteúdo, sujeitas às exigências da boa fé e da negociação justa, e às regras imperativas estabelecidas por estes Princípios.”<sup>100</sup> (Tradução livre)

Tal como ocorre nos Princípios UNIDROIT, os Princípios de Direito Europeu Contratual também preveem a liberdade contratual que, implicitamente, exige a garantia da autonomia privada *stricto sensu* às partes contratantes não só para tomarem a decisão de celebrar um determinado contrato, mas também para determinar o seu conteúdo, o que, segundo os ensinamentos de Ulrich Drobnig, constitui um pressuposto da economia de mercado e, assim, expressa no âmbito jurídico o sistema econômico básico da economia de mercado, *in verbis*:

“A liberdade contratual em seus três aspectos é o princípio básico do Direito Europeu Contratual, porque expressa no âmbito jurídico o sistema econômico básico, nomeadamente aquele da economia de mercado. O sistema econômico da economia de mercado repousa na assunção de que todos os cidadãos estão melhor qualificados para determinarem, por si mesmos, se necessitam suprimentos ou desejam vender, quem melhor satisfazer suas necessidades e sob quais condições. Se todas estas três decisões devem ser tomadas por cada indivíduo por si, a ele deve ser garantida a liberdade contratual de se, com quem e em que termos deseja contratar.

---

<sup>99</sup> Tradução livre de: “Other purposes of the Principles are to provide rules which would be available for express adoption by the parties to contracts, to provide a modern formulation of an internationally accepted law merchant or *lex mercatoria* for the use of arbitrators and others, and to provide a model available for courts and national legislatures to follow in developing their own contracts.” (LANDO, Ole; CLIVE, Eric; PRŮM, André; ZIMMERMANN, Reinhard. **Principles of European Contract Law: Part III**. Haia: Kluwer Law International, 2003, p. XV)

<sup>100</sup> Tradução livre de “**Article 1:102: Freedom of Contract**.

(1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.” (HOLANDA. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW. **Principles of European Contract Law: Parts I and II**. 1998. Disponível em <<https://www.cisg.law.pace.edu>>. Acesso em 18.02.2018)

As regras econômicas da economia de mercado regem o comércio estrangeiro mesmo de países Socialistas; este é o motivo que justifica incluir a regra para contratos comerciais estrangeiros de países Socialistas nas bases de comparações das quais os princípios gerais do Direito Europeu Contratual podem ser elaborados (supra II).

O contexto entre a liberdade contratual e um sistema de economia de mercado é melhor provado pelo contraste entre estes dois princípios com os dois princípios opostos, uma economia planejada com contratos planejados. Nos denominados contratos econômicos de países Socialistas, o princípio supremo é o plano. A regra dominante do plano, então, é mitigada na prática corrente por sistemas de planejamento moderado, que deixam autonomia considerável para as empresas estatais e, conseqüentemente, também algum grau de liberdade contratual.”<sup>101</sup>  
(Tradução livre)

Assim, percebe-se que a autonomia privada *stricto sensu* é sempre garantida de maneira implícita não só nas normas internacionais, mas também nas denominadas *soft laws*, além de ser um pressuposto da economia de mercado.<sup>102</sup>

A propósito, o Instituto de Direito Internacional<sup>103</sup>, na Sessão realizada na Basileia, em 1991, ao tratar da autonomia das partes em contratos internacionais celebrados

---

<sup>101</sup> Tradução livre de: “Freedom of contract in its three aspects is the basic principle of European contract law because it expresses on the legal level the basic economic system, namely that of the market economy. The economic system of the market economy rests on the assumption that every citizen is best qualified to determine for himself whether he needs supplies or wishes to sell, who will best serve his needs and on what conditions. If all these three decisions are to be made by every individual for himself, he must be granted freedom of contract as to whether at all, with whom and on what terms he wishes to contract.

The economic rules of the market economy govern the foreign trade even of the Socialist countries; this is why it is justified to include the regime for foreign trade contracts of the Socialist countries among the bases of comparison from which general principles of European contract law can be drawn (supra II).

The context between freedom of contract and a system of market economy is best proved by contrasting these twin principles with the opposing two principles, a planned economy with planned contracts. In the so-called economic contracts of the Socialist countries the supreme principle is the plan. The dominating role of the plan, though, is mitigated in current practice by systems of moderate planning which leave considerable autonomy to the state enterprises and therefore also some degree of freedom of contract.” (DROBNIG, ULRICH. *General Principles of European Contract Law*. In: SARCEVIC, Petar; VOLKEN, Paul. **International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures**. Nova Iorque: Oceana Publications, 1986, pp. 311-312)

<sup>102</sup> Segundo Dário Moura Vicente, por meio da “soft law” “se têm geralmente em vista instrumentos reguladores das relações econômicas internacionais sem caráter normativo, mas nem por isso desprovidos de eficácia. Esta derivaria, designadamente, da sua incorporação em contratos de Direito Privado e da aplicabilidade de sanções informais ao seu incumprimento.” (VICENTE, Dário Moura. *A Autonomia Privada e os seus Diferentes Significados à Luz do Direito Comparado*. **Revista de Direito Civil**. Coimbra: Almedina, nº 2, 2016, p. 279, nota de rodapé nº 5)

<sup>103</sup> O *Institut de Droit International* foi fundado em 08.09.1873, na Bélgica, por onze renomados advogados atuantes no âmbito do Direito Internacional, que tiveram a intenção de criar uma instituição independente da



entre pessoas e sociedades privadas, em seus *consideranda* reconhece que “a autonomia das partes é um dos princípios fundamentais do direito internacional privado”<sup>104</sup> (tradução livre), bem como que “a autonomia das partes também foi consagrada como uma liberdade individual em diversas convenções e várias resoluções das Nações Unidas”<sup>105</sup> (tradução livre), reforçando, assim, a autonomia privada *stricto sensu* como princípio fundamental no âmbito do Direito Internacional Privado, como bem ensina Jacob Dolinger:

“Eis o mais antigo princípio do direito internacional privado, formulado pelo jurista francês Dumoulin. Essa teoria também formou um princípio no direito civil: a vontade das partes constitui lei entre elas. Além de mais antigo, o princípio da *lex voluntatis* passou a ser considerado como a mais aceita norma do direito internacional privado.”<sup>106</sup>

Em nosso ordenamento jurídico, o tratamento da autonomia privada não é distinto, pois o seu tratamento constitucional é implícito e, no Código Civil, o art. 421<sup>107</sup> prevê expressamente a liberdade contratual e os limites de seu exercício, sem, todavia, expressamente tratar da autonomia privada.

Ademais, a eficácia dos contratos onerosos reside, sobretudo, na autonomia privada *stricto sensu*, o que já ocorria, por exemplo, com o Código Comercial Brasileiro, que, em seu revogado art. 126<sup>108</sup>, reconhecia a obrigatoriedade dos contratos comerciais, desde que as partes tivessem concordado quanto ao objeto do negócio.

---

influência de qualquer governo, que pudesse contribuir para o desenvolvimento do Direito Internacional, bem como agir para implementar as sugestões obtidas em seus encontros e materializadas por meio de Resoluções.

<sup>104</sup> Tradução livre de: “Considérant que l'autonomie de la volonté des parties est l'un des principes de base du droit international privé”. (BÉLGICA. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **L'Autonomie de la Volonté des Parties dans les Contrats Internationaux entre Personnes Privées**. 1991. Disponível em <<http://www.idi-iil.org>>. Acesso em 18.02.2018)

<sup>105</sup> Tradução livre de: “Reconnaissant que l'autonomie de la volonté des parties est également consacrée comme liberté individuelle par plusieurs conventions et par diverses résolutions des Nations Unies”. (BÉLGICA. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **L'Autonomie de la Volonté des Parties dans les Contrats Internationaux entre Personnes Privées**. 1991. Disponível em <<http://www.idi-iil.org>>. Acesso em 18.02.2018)

<sup>106</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (Parte Especial): Direito Civil Internacional. Volume II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 61.

<sup>107</sup> “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>108</sup> “Art. 126. Os contratos mercantis são obrigatórios; tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e os reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária.” (BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

Não obstante as divergências existentes entre juristas estudiosos do Direito Internacional Privado<sup>109</sup>, talvez nos seja lícito concluir com Dário Moura Vicente que:

“(...) a autonomia privada conquistou, nos instrumentos jurídicos em apreço, a sua máxima extensão possível: acolhe-se neles não só a liberdade de celebração e estipulação do conteúdo de contratos internacionais, mas também a liberdade de conformação do próprio regime normativo aplicável a estes contratos, o qual pode ser, de acordo com as suas disposições, escolhido pelos interessados sem sujeição necessária a qualquer Direito estadual.”<sup>110</sup>

Mas, há que se advertir, com bem faz Dário Moura Vicente, que os contornos da autonomia privada variam e não são uniformes, visto que seus limites variam de acordo com o Direito de cada Estado, que, por sua vez, expressa a cultura da própria Nação, e, portanto, impõe limites variáveis no tempo e no espaço dentro de uma mesma Nação.

Contudo, a concessão da autonomia privada aos particulares, segundo os ensinamentos de Emilio Betti, vem acompanhada de limites e ônus, pois:

“A autonomia privada, quando é chamada a atuar no plano social, encontra, antes de mais, limites e obedece a exigências que provêm da sua própria lógica: limites e exigências, que antecedem, neste sentido, o próprio reconhecimento jurídico. Em virtude desse reconhecimento, ela encontra, depois, outros limites e obedece a ulteriores exigências dele derivadas, na medida em que é chamada a atuar no plano do direito e segundo a lógica deste.”<sup>111</sup>

Dentre os limites<sup>112</sup>, Emilio Betti elenca os elementos estruturais do negócio jurídico que lhe dão existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia, sendo que

---

<sup>109</sup> Sobre esta divergência, veja a propósito: STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2000, pp. 74-86 e pp. 131-158; e DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (Parte Especial): Direito Civil Internacional. Volume II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 61-89 e pp. 421-482.

<sup>110</sup> VICENTE, Dário Moura. A Autonomia Privada e os seus Diferentes Significados à Luz do Direito Comparado. **Revista de Direito Civil**. Coimbra: Almedina, nº 2, 2016, p. 280.

<sup>111</sup> BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 154.

<sup>112</sup> “No exame que se segue, a qualificação de *limite* será usada tendo em prevalente atenção a admissibilidade do negócio jurídico os critérios de índole negativa que lhe são aplicados.” (BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 154)

os efeitos jurídicos são de exclusiva competência da própria legislação determinar, não se incluindo dentro do âmbito do exercício da autonomia privada.

Além dos limites impostos, ainda segundo Emilio Betti, são impostos ônus<sup>113</sup> aos sujeitos que exercem a autonomia privada, os quais podem ser qualificados como ônus de legalidade (formal ou estrutural), que são aqueles que se referem à estrutura do negócio (observância da forma ou da *fattispecie* legal), ou de legitimidade (ou causal), que dizem respeito à função, à causa do negócio, sendo que os primeiros estão relacionados a todos os atos jurídicos, ainda que não tenham caráter negocial, enquanto que os ônus de legitimidade estão ligados aos negócios jurídicos ou aos atos normativos.

Dentre diversos ônus, Emilio Betti elenca o ônus de prudência, que impõe às partes o dever de exercer a autonomia privada com prudência, de maneira a evitar que as partes vinculem-se além dos limites quistos e, por isso, arquem com as consequências da própria inércia, negligência, dando causa ao que Emilio Betti denominou de autorresponsabilidade.

O ônus de prudência desdobra-se nos seguintes deveres: **(i)** de atenção ao que o sujeito fala ou faz; **(ii)** de conhecer os termos da declaração emitida e os respectivos significados de acordo com as concepções sociais dominantes; **(iii)** de compreensão da situação fática que serve de fundamento para as negociações entabuladas com o fim último de celebrar o negócio jurídico; e **(iv)** de clareza, que consiste no dever de “fixar, por modo não equívoco e claramente reconhecível (...) o valor vinculativo do negócio que conclui.”<sup>114</sup>

Além do ônus de prudência, às partes é atribuído o ônus de conhecimento das presunções e dos efeitos jurídicos que o Direito atribui a dadas circunstâncias fáticas, bem como de atenção às cláusulas propostas pelas partes. Acrescente-se, também, o ônus de diligência, que impõe às partes obrigações correspondentes e complementares de correção e de boa fé<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> “A qualificação de ônus será, pelo contrário, empregada com prevalente atenção à necessidade de satisfazer exigências de índole positiva, que incumbem a quem, aspirando a um determinado resultado prático, tem interesse na validade ou numa circunscrita eficácia do negócio que efetua para atingi-lo.” (BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 154)

<sup>114</sup> BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 166.

<sup>115</sup> Segundo Emilio Betti, à lei “cabe estabelecer até que ponto uma das partes poderá, legitimamente, confiar na cooperação da outra parte, para a apreciação das circunstâncias que podem influir no planeado (*sic*) regulamento de interesses (Cód. Civ., 1.338, 1.398, 1.431, 1.479, 1.491, 1.495), ou quando a objetiva reconhecibilidade de um vício leve a excluir uma legítima confiança que faça surgir uma comum auto-

Ademais, ao exercício da autonomia privada, é imposto o ônus de informar à parte que ignora dada circunstância relevante, o que constitui decorrência direta da cláusula geral de boa fé.

Segundo José de Oliveira Ascensão, a cláusula geral da boa fé é a que apresenta a maior extensão hodiernamente:

“A boa-fé representa hoje possivelmente a cláusula geral de maior extensão.

Mesmo assim, não está genericamente consagrada, mas apenas em previsões setoriais. Assim, o art.227/1 estabelece que tanto nos preliminares como na formação do contrato se deve proceder de boa-fé; o art. 334 determina que é ilegítimo o exercício do direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé...; o art. 762/2 dispõe que no cumprimento de obrigação, e no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé. Destes preceitos, e de numerosos outros, pode-se retirar a conclusão de que a boa-fé é um princípio fundamental do Direito das Obrigações que comanda sempre as atuações das partes.

Mas há que ir muito mais longe. A boa-fé é hoje um princípio geral de toda a valoração de comportamentos. Funciona em qualquer ramo, aplicando-se particularmente às conjunturas de relação. Isso não tira interesse às previsões setoriais, procurando as orientações que o legislador quis aí especialmente introduzir.”<sup>116</sup>

Contudo, não se pode olvidar que o exercício da autonomia privada no âmbito mercantil sofre as limitações e os ônus decorrentes do Sistema de Direito Comercial especificamente, sem prejuízo dos limites e ônus impostos pelo ordenamento jurídico como um todo.

Desse modo, os sujeitos de direito que, no exercício da atividade econômica, exercem a autonomia privada, estão-na exercendo em conformidade com as funções

---

responsabilidade, paralisando a da parte a quem é imputável (1.341, 1.431, 1.491).” (BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 168)

<sup>116</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas. Vol. 3.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146.

econômicas do Direito Contratual Comercial e, por isso, pode-se dizer que a autonomia privada é moldada por tais funções econômicas.

Portanto, faz-se necessária agora uma rápida digressão acerca das funções econômicas do Direito Contratual Comercial.

## 1.1. O DIREITO CONTRATUAL COMERCIAL<sup>117</sup> E SUAS FUNÇÕES ECONÔMICAS

Como já estabelecido por diversos estudos de Sociologia Jurídica, o Direito está integrado nos âmbitos social, econômico e institucional, de modo que ao se considerar o

---

<sup>117</sup> Para efeitos deste trabalho, consideraremos o Direito Contratual Comercial como sendo o ramo do Direito das Obrigações, que regula as obrigações mercantis criadas por meio de contrato comercial, que é constituído (fontes normativas) pela lei em sentido amplo (Constituição Federal, Leis, Regulamentos), princípios jurídicos contratuais e pelos usos e costumes (“(...) usos e costumes são de larga utilização no direito contratual, especialmente no plano internacional, com o peso de lei ordinária; em relação aos quais se tratará um pouco mais extensamente logo adiante.” – VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 33). O Contrato Comercial, por sua vez, atualmente não mais pode ser visto, simplesmente, como sendo aquele que tem como objeto atos de comércio e que são celebrados por comerciantes, pois, como bem explicitado por José A. Engrácia Antunes, “esta visão tradicional *é de recusar*, a vários títulos. Em primeiro lugar, como explicamos detidamente noutra local, os critérios clássicos da comercialidade encontram-se hoje postos em causa, dado que os conceitos-chave centenários em que assentam – ‘acto de comércio’ e ‘comerciante’ -, forjados para a realidades económicas que distam de nós em mais de um século e de há muito ultrapassados, deixaram de conseguir retratar fielmente o universo do Direito Comercial actual. Ora, *este anacronismo dos critérios tradicionais da mercantilidade não poderia deixar de se projectar também, e muito em particular, naquele que constitui o primordial tipo de acto jurídico-comercial (‘lato sensu’) – o contrato comercial*. II. Relativamente à categoria dos contratos comerciais ‘objectivos’, o elenco legal previsto no Código Comercial de 1888, decorrido mais de um século sobre sua promulgação, representa hoje essencialmente uma *venerável relíquia do passado*, totalmente incapaz de reflectir a riqueza e complexidade do universo da contratação mercantil da actualidade (...) III. E algo de semelhante se passa relativamente à categoria dos contratos comerciais ‘subjectivos’. Não carecerá decerto de especial demonstração a circunstância, hoje visível a olho nu, de que a evolução da realidade económica posterior à aprovação do Código Comercial de 1888 conduziu paulatinamente a que a figura tradicional do comerciante tenha sido suplantada pela *figura do empresário*.” (Itálico do autor) (ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 30-32)

José A. Engrácia Antunes conclui: “I. Nesta sequência, compreende-se já que o *centro gravitacional regulatório da contratação atinente ao mundo das relações comerciais se tenha vindo progressivamente a centrar na figura da empresa*: com efeito, não apenas ‘de facto’ mas ‘de iure’, a empresa constitui o protagonista central da esmagadora maioria dos contratos atinentes à vida económica hodierna.” (Itálico do autor) (ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 33)

Mais adiante o referido jurista finaliza, afirmando que: “I. Resulta já, de todo o exposto, a seguinte tese fundamental: os contratos comerciais são hoje, essencialmente, *contratos de empresa*.”

Os contratos representam um dos mais importantes, senão mesmo o mais importante, instrumento jurídico da atividade empresarial. É habitualmente através deles que os empresários dão vida e estruturam a respectiva organização de meios produtivos e patrimoniais, e é ainda inexoravelmente através deles que se processa posteriormente o exercício quotidiano da sua atividade económica em mercado: por outras palavras, o nascimento e a vida das empresas realizam-se essencialmente através de actos jurídicos que revestem a forma de contratos. Em termos gerais, e a benefício de precisões ulteriores, por contratos comerciais entenderemos assim aqui *os contratos que são celebrados pelo empresário no âmbito da sua atividade empresarial*: a intervenção de um empresário no contrato (designadamente, como uma das partes contratantes) e a pertinência desse contrato à constituição, organização ou exercício da respectiva atividade empresarial, são assim os elementos caracterizadores ou qualificadores da comercialidade de um contrato.” (Itálico do autor) (ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 39-40)

instituto dos contratos, enquanto instrumento jurídico das relações comerciais de troca que são estabelecidas no âmbito do exercício da autonomia privada, ou seja, enquanto instrumento jurídico das operações econômicas, não se pode analisar isoladamente o âmbito jurídico dos demais âmbitos.

Além disso, o Direito Comercial teve sua formação histórica voltada para o melhor funcionamento das operações econômicas ocorridas no mercado, de maneira que, como bem ressaltaram Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>118</sup>, o Direito, embora imponha restrições legais à atividade negocial, deve estar alinhado com a economia, de maneira a poder proporcionar uma facilitação na atividade negocial, sem, contudo, deixar de garantir a voluntariedade das negociações entre os agentes econômicos dentro dos limites da autonomia privada e, também, a eficiência social das transações, como forma de proporcionar uma proteção às pessoas que são atingidas pelas transações de alguma maneira, mesmo quando não sejam partes no negócio.

Segundo Richard A. Posner, pode-se dizer que há a teoria da eficiência do Direito, segundo a qual “o direito comum explica-se melhor (não perfeitamente) como um sistema para a maximização das riquezas da sociedade.”<sup>119</sup>

Em síntese, o Direito deve apresentar congruência com os ambientes econômico e social, para, ao mesmo tempo, permitir o aumento da lucratividade das empresas, garantir um bem-estar social, sem prejuízo de, no aspecto político, de alguma forma contribuir para a distribuição da renda e da riqueza, o que está em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de garantir o desenvolvimento nacional, promover o bem de todos, reduzir as desigualdades sociais e erradicar a pobreza (art. 3º, incisos II a IV, da Constituição Federal<sup>120</sup>), sem se desconsiderar, igualmente, que a livre iniciativa constitui um dos fundamentos da República (art. 1º, *caput* e inciso IV, da

---

<sup>118</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 26-27.

<sup>119</sup> Tradução livre de: “La teoría es que el derecho común se explica mejor (no perfectamente) como un sistema para la maximización de las riquezas de la sociedad.” (POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 58)

<sup>120</sup> “**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Instituída a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

Constituição Federal<sup>121</sup>) e da Ordem Constitucional Econômica, que tem por fim primordial assegurar a existência digna nos termos dos ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da Constituição Federal<sup>122</sup>).

Assim, ao se analisar os contratos comerciais, não se pode olvidar que os mesmos, enquanto instrumentos utilizados para a realização de operações econômicas, visam ao deslocamento patrimonial eficiente, ou seja, o deslocamento patrimonial ocorre para aquele agente econômico que atribui maior valor ao bem ou ao serviço, além do objetivo de reduzir os custos envolvidos em todas as operações econômicas instrumentalizadas por meio das relações jurídicas contratuais.

Embora não seja o objeto deste trabalho, há que se ressaltar, pelos menos sucintamente, que o Contrato é primordialmente um instrumento utilizado para a circulação da riqueza, não tendo o fim de servir de instrumento de redistribuição da riqueza, visto que há outros instrumentos mais adequados e economicamente mais eficientes na redistribuição da riqueza.

Nesse sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen afirmam que:

“Este livro rejeita a abordagem redistributiva do direito privado. Perseguir objetivos redistributivos constitui um uso excepcional do direito privado que circunstâncias especiais poderão justificar, mas esse não deveria ser o uso comum do direito privado. A razão é a seguinte: como o restante da população, os economistas divergem entre si a respeito dos fins distributivos. Entretanto, os economistas geralmente concordam a respeito dos *meios* redistributivos. Evitando o desperdício, a redistribuição eficiente beneficia todo mundo em comparação com a redistribuição ineficiente. Dessa forma, a redistribuição eficiente também aumenta o apoio à redistribuição.

(...)

---

<sup>121</sup> “**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>122</sup> “**Art. 170**. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...).” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)



Muitos economistas creem que a tributação progressiva e programas de assistência social – o “sistema de tributação e transferência”, como geralmente é chamado - pode atingir objetivos de redistribuição em estados modernos de maneira mais eficiente do que aquilo que pode ser feito modificando ou rearranjando direitos jurídicos privados.”<sup>123</sup>

A propósito, é relevante a citação do polêmico estudo feito por Thomas Piketty. Segundo este economista francês, deixar uma economia de mercado à sorte de suas próprias forças, isto é, que o próprio mercado se autorregule, proporciona uma convergência de forças relevantes. Contudo, a liberdade de autorregulação pelo próprio mercado acaba por propiciar uma força divergente que pode desestabilizar a sociedade no que diz respeito à justiça social: qual seja a desigualdade do rendimento do capital em comparação ao aumento da renda social e da produção<sup>124</sup>.

Como solução para redistribuição da renda, Thomas Piketty propõe a adoção de uma tributação progressiva sobre o capital<sup>125</sup>, de modo que, independentemente de qual seja a forma mais eficaz para a redistribuição da renda, percebe-se que o Contrato (e os direitos privados como um todo) não é visto como o melhor instrumento para a redistribuição da renda, mas, sim, para a circulação da riqueza, de maneira que o mesmo não pode ser visto como um instrumento de justiça social.

Logo, o uso do Direito Privado (leia-se o uso do direito de propriedade, dos contratos e dos ilícitos civis) como forma de redistribuir a riqueza não é economicamente eficiente para atingir o objetivo redistributivo, pois, segundo ainda Robert Cooter e Thomas Ulen, este uso do Direito Privado:

---

<sup>123</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 31.

<sup>124</sup> “A principal força desestabilizadora está relacionada ao fato de que a taxa de rendimento privado do capital  $r$  pode ser forte e continuamente mais elevada do que a taxa de crescimento da renda e da produção  $g$ .

A desigualdade  $r > g$  faz com que os patrimônios originados no passado se recapitalizem mais rápido do que a progressão da produção e dos salários. Essa desigualdade exprime uma contradição lógica fundamental. O empresário tende inevitavelmente a se transformar em rentista e a dominar cada vez mais aqueles que só possuem sua força de trabalho. Uma vez constituído, o capital se reproduz sozinho, mais rápido do que cresce a produção. O passado devora o futuro.

As consequências podem ser terríveis para a dinâmica de longo prazo da divisão da riqueza, sobretudo se adicionarmos a isso a desigualdade do rendimento em função do tamanho do capital inicial e se esse processo de divergência das desigualdades dos patrimônios se estender para uma escala mundial.” (PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 555)

<sup>125</sup> “A melhor solução é o imposto progressivo anual sobre o capital. Com ele, é possível evitar a espiral desigualadora sem fim e ao mesmo tempo preservar as forças da concorrência e os incentivos para que novas acumulações primitivas se produzam sem cessar.” (PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 556)

- (i) propicia um direcionamento impreciso, ou seja, baseia-se em médias grosseiras, sem atacar precisamente a desigualdade, tal como ocorreria, por exemplo, ao interpretar-se uma lei favoravelmente aos consumidores em detrimento das empresas, visto que a figura do consumidor corresponderia à figura do pobre, enquanto os investidores corresponderiam à figura dos ricos, bastando, para isso, lembrar que as empresas pequenas organizam-se em sua maioria em sociedades empresárias sem que isso signifique que o investidor é rico, o que não ocorreria com a tributação progressiva que usa como medida, por exemplo, a renda;
- (ii) apresenta consequências imprevisíveis em termos de redistribuição, uma vez que, ainda utilizando o exemplo da interpretação de lei favoravelmente ao consumidor em detrimento da empresa, a responsabilização da empresa não implicará necessariamente na redução da riqueza da empresa, com sua consequente redistribuição aos atores sociais considerados pobres;
- (iii) aumenta os custos de transação, visto que os benefícios econômicos advindos de uma operação econômica serão reduzidos e não reverterão necessariamente ao mais pobre, isto porque, ainda utilizando o mesmo exemplo dado por Cooter e Ulen, a responsabilização, por decisão judicial, da empresa em favor do consumidor, apenas por interpretar a lei favoravelmente ao consumidor por identificá-lo como sendo o mais pobre, implicará na contratação de advogados por ambas as partes, os quais absorverão parte dos benefícios econômicos ao cobrarem honorários advocatícios, o que ocorreria em valor muito mais reduzido se a empresa simplesmente tivesse de pagar os honorários do contador para elaborar as declarações fiscais para efeitos de incidência tributária; e
- (iv) por fim, acarreta uma distorção nos incentivos dados aos agentes econômicos e, conseqüentemente, uma distorção na própria economia como um todo, pois, no exemplo utilizado nos itens anteriores, a lei que favorece o consumidor provocará nos investidores um desinvestimento no setor específico, o que fará reduzir a quantidade de bens ou serviços disponíveis e, assim, proporcionará um aumento nos preços.

Desta maneira, partindo do pressuposto de que os Contratos não são instrumentos de redistribuição da riqueza, mas, sim, de circulação da riqueza, o que influenciará sua interpretação, bem como ao considerar-se que os recursos utilizados são escassos, mas as necessidades humanas são ilimitadas, inegável é a atuação dos agentes econômicos de acordo com uma racionalidade econômica limitada<sup>126</sup>, visando a aumentar o máximo possível seus interesses ou utilidades individuais<sup>127</sup>, mas cujo comportamento responde aos incentivos, o mesmo ocorrendo com os consumidores, que também visam à maximização a utilidade, ou seja, a satisfação que lhes é proporcionada com a aquisição dos bens e serviços.

Assim, de acordo com a Teoria Microeconômica, os agentes econômicos, que são dotados de uma racionalidade limitada, visam sempre às escolhas que lhes proporcionarão o maior aumento possível de seus interesses ou utilidades, isto é, as escolhas maximizadoras de seus interesses ou utilidades diante das restrições de viabilidade existentes.

Tendo em vista os interesses maximizadores dos agentes econômicos, estes quando interagem entre si, segundo os economistas, tendem a atingir um equilíbrio, que, segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, “é um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas.”<sup>128</sup> Este padrão de equilíbrio não é visado pelos agentes econômicos como resultado de seus comportamentos, que, frise-se, destinam-se à maximização de seus interesses ou utilidades individuais, mas cuja interação comportamental tende a atingir o equilíbrio indiretamente, que acaba por proporcionar um bem-estar social geral, dentro da perspectiva de exercício de sua função socioeconômica.

---

<sup>126</sup> “Racionalidad significa, para un economista, una disposición a escoger, consciente o inconscientemente, un medio apto para cualesquiera fines que tenga quien escoge. En otras palabras, la racionalidad es la capacidad y la inclinación para usar el razonamiento instrumental a fin de desenvolverse en la vida. No supone la consciencia; ciertamente no supone la omnisciencia” Tradução livre: “Racionalidade significa, para um economista, uma disposição a escolher, consciente ou inconscientemente, um meio apto para quaisquer fins que tenha quem escolhe. Em outras palavras, a racionalidade é a capacidade e a inclinação para usar a racionalização instrumental a fim de desenvolver-se na vida. Não supõe a consciência; certamente não supõe a onisciência.” (POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 46)

<sup>127</sup> Quanto à utilidade, vale indicar o conceito dado por Richard A. Posner, para o qual a utilidade é o custo ou benefício esperado por alguém não imune aos riscos envolvidos. Vide: POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 36-45.

<sup>128</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37.

O comportamento dos agentes econômicos visa à maximização de seus interesses e utilidades individuais nas diversas relações que estabelecem no mercado, de maneira a proporcionar-lhes um aumento em sua eficiência no exercício de suas atividades econômicas.

Para tanto, deve-se considerar que há eficiência no processo produtivo **(i)** quando não houver outra forma de se produzir determinada quantidade de produtos com a combinação de insumos a um custo menor ou **(ii)** quando não for possível aumentar a quantidade produzida com a mesma combinação de insumos.

Neste momento, é relevante o conceito de eficiência alocativa (ou eficiência de Pareto), segundo o qual há eficiência alocativa quando os agentes econômicos, na busca pelas satisfações de seus interesses ou utilidades pessoais, atingem uma situação (denominada de ótimo de Pareto) que proporciona uma melhoria a um dos agentes, sem, todavia, piorar a situação do outro agente econômico.

O conceito desenvolvido por Vilfredo Pareto foi aprimorado por Nicholas Kaldor e John Hicks, que desenvolveram o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks. Segundo este conceito, os agentes, na busca pela maximização de seus interesses ou utilidades, devem atingir um ponto em que o agente consegue maximizar seus interesses ou utilidades, de modo a proporcionar-lhe um ganho maior que a perda sofrida pelos outros agentes, ou seja, leve-se em conta os custos e benefícios privados e sociais.

Logo, as relações socioeconômicas estabelecidas entre os agentes econômicos, mesmo quando instrumentalizadas por meio da relação jurídica contratual, sujeitam-se a três princípios econômicos primordiais, segundo os ensinamentos de Richard A. Posner<sup>129</sup>.

Primeiro, os bens e serviços, que são objeto das operações econômicas, sujeitam-se à lei da demanda<sup>130</sup>, que, segundo os ensinamentos de Robert H. Frank, consiste na relação

---

<sup>129</sup> POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 25-35.

<sup>130</sup> Segundo Joseph E. Stiglitz e Carl E. Walsh, os “economistas usam o conceito de **demand** para descrever a quantidade de um bem ou serviço que uma família ou uma firma decide comprar a um dado preço.” (Negrito do autor)

Tradução livre de: “Economists use the concept of **demand** to describe the quantity of a good or service that a household or firm chooses to buy at a given price.” (STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Principles of Microeconomics**. 3ª edição. Nova Iorque: Norton, 2002, p. 68)

existente entre o aumento da demanda com a queda do preço<sup>131</sup>, bem como à lei da oferta<sup>132</sup>, segundo a qual o aumento da quantidade de produção, especialmente em curto prazo, implica na tendência de aumento dos custos de produção, como forma de tornar a produção lucrativa, e conseqüentemente o preço tende a aumentar, além da oferta dos produtos e serviços no mercado também apresentar um aumento<sup>133</sup>.

Quando, em uma representação gráfica, a curva da demanda intersectar a curva da oferta, ter-se-á não só a quantidade, mas também o preço de equilíbrio, que, ainda segundo Robert H. Frank, “é o par preço-quantidade para o qual tanto compradores quanto vendedores estão satisfeitos. Dito de outra maneira, trata-se do par preço-quantidade no qual as curvas de oferta e demanda se cruzam.”<sup>134</sup>

Estando, o preço, acima do preço de equilíbrio, ter-se-á um excesso de oferta; estando abaixo, ter-se-á um excesso de demanda, sendo que estes desequilíbrios implicarão em uma restrição do comércio no mercado, que ocorrerá pelo comportamento dos compradores no primeiro caso (preço acima do preço de equilíbrio), que deixarão de comprar e os vendedores, portanto, tenderão a reduzir o preço para aumentar as vendas ou, então, pelo comportamento os vendedores no segundo caso (preço abaixo do preço de equilíbrio), que tenderão a aumentar o preço o mais próximo possível do preço de equilíbrio, mas sem prejudicar as vendas.

Dessa maneira, percebe-se que o preço é determinado pelas forças de oferta e da demanda, exercendo, o preço, uma função denominada de racionadora, visto que limita a demanda excessiva apenas aos consumidores que mais valorizam os bens e serviços, além de uma função alocativa, pois o preço acaba direcionando a alocação do capital na produção,

---

<sup>131</sup> “A propriedade fundamental das curvas de demanda é sua inclinação descendente, isto é, a quantidade demandada aumenta com a diminuição do preço do produto. Essa propriedade geralmente é chamada de **lei da demanda**.” (Negrito do autor) (FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª edição. Tradução de Christiane de Brito Andrei. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 28)

<sup>132</sup> De acordo com Joseph E. Stiglitz e Carl E. Walsh, os “economistas usam o conceito de **oferta** para descrever a quantidade de um bem ou serviço que uma família ou firma gostariam de vender a um preço específico.” (Negrito do autor)

Tradução livre de: “Economists use the concept of **supply** to describe the quantity of a good or service that a household or firm would like to sell at a particular price.” (STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Principles of Microeconomics**. 3ª edição. Nova Iorque: Norton, 2002, p. 73)

<sup>133</sup> “(...) o custo de produzir unidades adicionais geralmente tende a aumentar à medida que mais unidades são produzidas, especialmente a curto prazo. Quando isso ocorre, uma produção maior é lucrativa somente a preços mais altos. Essa propriedade pode ser chamada de **lei da oferta**.” (Negrito do autor) (FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª edição. Tradução de Christiane de Brito Andrei. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 28)

<sup>134</sup> FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª edição. Tradução de Christiane de Brito Andrei. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 29.

isto é, “os preços agem como um sinal que afasta os recursos da produção de bens cujos preços se encontram abaixo dos custos, direcionando-os à produção de bens cujos preços excedem os custos.”<sup>135</sup>

Em segundo lugar, os agentes econômicos têm como objetivo o aumento máximo da diferença entre os custos e os recursos obtidos com as vendas<sup>136</sup>, isto é, os agentes econômicos visam ao aumento do valor atribuído (leia-se preço) ao bem ou serviço obtido com a aplicação dos recursos no processo produtivo, além de não praticarem um preço inferior ao preço alternativo, que é o preço mais baixo em determinado mercado.

Assim, sob a ótica do agente econômico, este visa à maximização de seu lucro econômico, que é aquele obtido pela diferença entre a receita total obtida e o custo total implícito e explícito da produção<sup>137</sup>, de maneira que o agente econômico obterá um acréscimo em sua riqueza, o que é possível por meio da eficiência do agente econômico no processo produtivo.

Não obstante a existência de opiniões contrárias à ideia de que a empresa visa à maximização de seus lucros<sup>138</sup>, com o devido respeito, entendemos ser este o objetivo primordial da empresa (a propósito, a livre iniciativa é um dos fundamentos da República, conforme art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal<sup>139</sup>), visto que ela constitui um instrumento econômico que auxilia no desenvolvimento nacional, o que, inclusive, é um dos

---

<sup>135</sup> FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª edição. Tradução de Christiane de Brito Andrei. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 37.

<sup>136</sup> Sob o ponto de vista dos consumidores, estes visam à maximização de suas utilidades, o que, em tese, pode ser obtido no ponto de equilíbrio geral, que é o ponto em que “salários, taxas de juros e preços são tais que a demanda é igual à oferta em todos os mercados de trabalho, de capitais e de produtos.”

Tradução livre de: “(General equilibrium in the basic competitive model occurs when) wages, interest rates, and prices are such that demand is equal to supply in all labor, capital, and product markets.” (STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Principles of Microeconomics**. 3ª edição. Nova Iorque: Norton, 2002, p. 217)

<sup>137</sup> Segundo Robert H. Frank, a definição de lucro econômico “é significativamente diferente da que é usada pelos contadores e por muitos outros não economistas, que não subtraem custos de oportunidade ou custos implícitos da receita total. *Lucro contábil* é simplesmente receita total menos todos os custos explícitos incorridos.” (Itálico do autor) (FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª edição. Tradução de Christiane de Brito Andrei. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 334)

<sup>138</sup> “A suposição da maximização do lucro já foi questionada inúmeras vezes. Alguns críticos dizem que o objetivo da empresa é maximizar suas chances de sobrevivência; outros acreditam que ela queira maximizar as vendas totais ou as receitas totais; e outros, ainda, defendem que as empresas não tentam maximizar nada.” (FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª edição. Tradução de Christiane de Brito Andrei. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 336)

<sup>139</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso II, da Constituição Federal<sup>140</sup>), tanto que o ambiente em que a empresa atua, que é o mercado, segundo a previsão constitucional, deve ser incentivado a proporcionar “o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País” (art. 219, *caput*, da Constituição Federal).

Tais objetivos, obviamente, somente serão alcançados se a empresa maximizar sua lucratividade, gerando, assim, riqueza, que será distribuída por diversos meios econômicos distributivos da renda, de modo a contribuir para que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa,” tenha “por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*, da Constituição Federal).

A propósito, vale menção a Robert H. Frank, que comparou o objetivo de maximização dos lucros de uma empresa em um ambiente competitivo à teoria da evolução darwiniana:

“O argumento é análogo à teoria da evolução por seleção natural de Charles Darwin, que em um mundo de ações aleatórias, algumas empresas irão, totalmente por acaso, se (*sic*) aproximar muito mais do que outras do comportamento de maximização dos lucros, tendo, assim receitas excedentes maiores à sua disposição. Isso permitirá que elas cresçam mais rapidamente do que suas rivais. O outro lado da moeda é que as empresas cujo comportamento se afasta mais fortemente da maximização do lucro são aquelas com maiores chances de entrarem em falência. No reino animal, os alimentos são um recurso essencial para a sobrevivência e o lucro desempenha um papel paralelo no mercado competitivo. As empresas que têm os lucros mais altos geralmente têm chances consideravelmente maiores de sobreviver. O argumento evolutivo conclui que, a longo prazo o comportamento tende à maximização do lucro puramente em decorrência de pressões de seleção no ambiente competitivo.

---

<sup>140</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Instituí a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

Mas as forças que sustentam a maximização do lucro não se limitam a pressões não intencionais de seleção natural. Elas também incluem as ações de pessoas que procuram, muito conscientemente, atender seus próprios interesses. Banqueiros e outros credores, por exemplo, querem avidamente manter seus riscos em um nível mínimo e, por esse motivo, preferem fazer negócios com empresas altamente lucrativas. Além de possuírem mais recursos internos, essas empresas têm acesso mais fácil a fontes externas de capital para financiar seu crescimento.”<sup>141</sup>

Logo, a empresa exercerá sua função socioeconômica, quando puder maximizar sua lucratividade, enquanto meio de cooperar com o desenvolvimento nacional, o progresso tecnológico e o bem-estar social, de modo que se trata de objetivo ínsito à atividade econômica a maximização de sua lucratividade, o que, segundo a Teoria Microeconômica, é possível quando é atingido o ponto de equilíbrio entre a curva da demanda e a curva da oferta, pois, neste ponto, não só os consumidores obtêm um ganho, mas também os produtores atingem este ganho em seu ponto máximo<sup>142</sup>.

Por fim, os recursos utilizados na produção tendem a ser aplicados no uso mais valioso<sup>143</sup>, ou seja, em uma relação de troca ocorrida em um dado mercado, o produto ou serviço tende a ser comercializado por seu valor mais alto, pelos adquirentes que se dispõem a comprá-los por este preço, sem se desconsiderar o preço de mercado, de maneira a haver um deslocamento patrimonial eficiente dentro de uma operação econômica.

Sob a ótica do agente econômico, há que se considerar que seu objetivo primordial é produzir uma determinada quantidade de bens, que lhe permita utilizar os

---

<sup>141</sup> FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª edição. Tradução de Christiane de Brito Andrei. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 336.

<sup>142</sup> A propósito, veja o que ensinam Joseph E Stiglitz e Carl E. Walsh: “When a competitive market is in equilibrium at the price  $p_c$  and quantity  $Q_c$ , at which demand and supply are equal, the sum of consumer surplus and producer surplus reaches its highest possible value. Consumer surplus is the blue area between the demand curve, showing willingness to pay, and the market price. Producer surplus is the purple area between the supply curve, showing marginal cost, and the market price.”

Tradução livre: “Quando um mercado competitivo está em equilíbrio ao preço  $p_c$  e quantidade  $Q_c$  em que a demanda e a oferta são iguais, o valor do ganho do consumidor e do ganho do produtor alcançam o maior valor possível. O ganho do consumidor é a área azul entre a curva da demanda, mostrando a disposição de ágar, e o preço do mercado. O ganho do produtor é a área roxa entre a curva da oferta, mostrando o custo marginal, e o preço do mercado.” (STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Principles of Microeconomics**. 3ª edição. Nova Iorque: Norton, 2002, p. 204)

<sup>143</sup> Mais uma vez deve-se recorrer ao conceito econômico de valor dado por Richard A. Posner: o valor consiste na quantia que uma pessoa dispõe-se a pagar por um bem ou serviço ou, se já detiver este bem ou serviço, o valor que se dispõe ficar privado dele. Vide: POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 36-45.



insumos, de maneira que a empresa consiga maximizar seu lucro diante das restrições que lhe são impostas não só pelas limitações dos recursos escassos e tecnológicas, mas também pela demanda dos consumidores.

Por outro lado, sob a ótica dos consumidores, estes, por sua vez, visam à maximização da utilidade dos bens e serviços comercializados pelos agentes econômicos, destinando-os a um uso que é mais valorizado pelos consumidores, atingindo, assim, de acordo com os economistas o ponto ótimo do consumidor, que é o ponto em que o consumidor obtém um benefício igual ou maior que o custo com a aquisição do produto ou serviço.

Assim, as relações jurídicas contratuais visam ao deslocamento patrimonial para aquela parte que maior valor dá ao bem ou serviço, a um preço que permita ao agente econômico maximizar seus lucros, bem como permita ao consumidor maximizar suas utilidades com a aquisição do bem ou serviço, ou seja, visa à transferência patrimonial maximizadora de valor.

Considerando os três princípios econômicos fundamentais acima indicados, o Direito Contratual deve exercer uma função geral de facilitar a atribuição eficiente dos recursos, de maneira a permitir ou, pelo menos, contribuir para uma maximização da riqueza social<sup>144</sup>, sem, contudo, assumir um caráter distributivo da riqueza social.

Com efeito, a atividade econômica apresenta um caráter sequencial, ou seja, raramente há simultaneidade no cumprimento das obrigações contratuais atribuídas às partes, o que implica em riscos na operação de trocas voluntárias (maximizadoras de valor), pois os agentes econômicos apresentam uma racionalidade limitada, o que os impede de ter plena informação quando da celebração do contrato, tampouco plena previsibilidade das contingências futuras e possíveis no curso da execução contratual, o que os impede de prever contratualmente os respectivos remédios contratuais para cada contingência futura possível.

Embora por muito tempo partia-se do pressuposto de que o agente econômico era um agente dotado de racionalidade ilimitada, hodiernamente, tem-se como premissa que

---

<sup>144</sup> “O instituto jurídico contrato visa assegurar a regular e pacífica circulação da riqueza, a evitar a violência na alocação eficiente dos bens na economia e a promover sua transferência entre pessoas de forma lícita. Nenhuma sociedade evoluída prescinde de contratos, que aparecem como instituição social antes mesmo de serem incorporados aos ordenamentos jurídicos.” (SZTAJN, Rachel. Sociedades e Contratos Incompletos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol. 101, Jan.-Dez./2006, p. 174)

o agente econômico é racional, mas sua racionalidade é limitada, visto que ele não tem acesso a todas as informações sobre a operação econômica negociada.

Logo, ao padrão do Direito Comercial de agente econômico ativo e probo, deve ser agregada a característica da limitação de sua racionalidade, de modo que o agente econômico não tem a capacidade de analisar todos os riscos envolvidos nas operações econômicas, tampouco todas as possíveis ocorrências no mundo fenomênico no curso das operações econômicas, o que implica no fato do agente econômico lidar com um elemento de incerteza alto em suas atividades econômicas, mormente se se considerar que a obtenção de informações é altamente custosa, o que, por sua vez, acarreta problemas de assimetrias informacionais.

Como decorrência direta da racionalidade limitada e dos custos de obtenção das informações, teremos a incompletude contratual, como bem indicou Rachel Sztajn:

“Antecipar e dispor a respeito de todos e quaisquer eventos que possam impor contingências, afetando a distribuição de direitos, deveres, ônus e obrigações iniciais, que incidam sobre as prestações de cada uma das partes e as afetem de modo adverso, em contratos de longa duração e execução continuada ou diferida, é difícil. Supor que, nesses casos, os custos de transação serão mais elevados não espanta.”<sup>145</sup>

Adiante, Rachel Sztajn completa:

“Tomando dos economistas a concepção de que contratos de execução continuada ou diferida - diversamente daqueles de execução instantânea - são, em geral, incompletos o que reduz custos de transação na contratação, novos problemas são postulados, em nada similares àqueles tradicionalmente estudados pelo Direito.

Amplificada a imprevisibilidade da ocorrência de eventos que possam afetar as prestações das partes e/ou a execução do contrato, em que até a confiança que as partes depositam uma na outra pode ser frustrada, do risco de que qualquer das partes adote comportamento oportunista para obter

---

<sup>145</sup> SZTAJN, Rachel. Sociedades e Contratos Incompletos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol. 101, Jan.-Dez./2006, p. 174.

vantagens extraordinárias pode ser equiparado à assimetria de informações.”<sup>146</sup>

Portanto, a incompletude contratual é inerente às relações jurídicas contratuais comerciais, considerando-se os custos de transação que as partes teriam para tentar atingir a completude contratual, isto é, a tentativa de obter a completude contratual por um lado evitará os custos imprevistos e decorrentes das contingências futuras e possíveis, mas, por outro lado, imporá às partes os custos de formulação das cláusulas contratuais, além dos custos de inadequação, que são os custos gerados pela verificação da inadequação da solução contratual prevista para circunstâncias futuras, quando de sua ocorrência no mundo fenomênico.

Desse modo, como bem concluem Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, “a *completa* especificação do contrato nunca vale o custo dos incômodos que seriam evitados; os instrumentos jurídicos são necessariamente incompletos”<sup>147</sup> (Itálico dos autores), o que demandará o recurso ao conceito de contrato perfeito, quando da intervenção judicial, que é “o contrato no qual, por hipótese, as partes, perfeitamente informadas e agindo racionalmente, preveem solução para toda e qualquer eventualidade que possa ocorrer ao longo da execução”<sup>148</sup>, cuja finalidade será de permitir imaginar como as partes plenamente informadas teriam alocado os riscos diante de dada situação ocorrida, mas não prevista contratualmente.

Além da racionalidade limitada dos agentes econômicos, há que se considerar, ainda, os riscos relativos ao oportunismo<sup>149</sup> dos agentes econômicos diante da vinculação contratual com a outra parte, pois é inegável que o agente econômico visa sempre à maximização de seus lucros, de modo que, surgindo uma nova oportunidade de realizar operação econômica com outro agente econômico, a qual se mostra mais vantajosa que a já

---

<sup>146</sup> SZTAJN, Rachel. Sociedades e Contratos Incompletos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol. 101, Jan.-Dez./2006, p. 174.

<sup>147</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 421.

<sup>148</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 420.

<sup>149</sup> “Trata-se do comportamento de um dos contratantes que, por astúcia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante – as quase-rendas, segundo vocabulário do economista – que cada parte considerara quando da sua conclusão.” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 422)

realizada e que se encontra em curso, o agente econômico, seguramente, desvincular-se-ia da primeira relação contratual, para substituí-la pela nova oportunidade surgida.

Por isso, pode-se dizer que o Direito Contratual, sob a ótica da análise econômica do direito, deve exercer uma função geral.

Segundo, os estudos de análise econômica do Direito Contratual, que foram feitos por Donald Wittman<sup>150</sup>, Richard A. Posner<sup>151</sup>, Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>152</sup>, bem como por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau<sup>153</sup>, o Direito Contratual possui uma função geral, que, de acordo com a fórmula de Donald Wittman, consiste em reduzir os custos decorrentes da redação do contrato completo (ou mais completo possível diante da limitada racionalidade), da integração judicial do contrato e do comportamento ineficiente em decorrência de contratos incompletos ou mal redigidos.

Esta função geral do Direito Contratual contribui para a obtenção de uma maior previsibilidade e segurança, que é buscada pelos agentes econômicos em suas operações econômicas, as quais, por sua vez, possuem um constante elemento de incerteza como já visto anteriormente, que pode ser minimizado com a própria relação jurídica contratual, que instrumentaliza juridicamente dada operação econômica, bem como pelo apoio integrado do ambiente social, econômico, jurídico e institucional às relações jurídicas contratuais, de modo que as operações econômicas possam proporcionar um deslocamento patrimonial de bens mais eficiente, gerando, assim, ganhos não só às partes vinculadas à relação jurídica contratual, mas também à sociedade como um todo.

O cumprimento da função geral do Direito Contratual dependerá do desempenho das suas seis finalidades, tal como apontadas por Robert Cooter e Thomas Ulen.

A primeira finalidade do Direito Contratual consiste no incentivo da não adoção de comportamento oportunista disfuncional em relação à outra parte contratante, bem como na consequente manutenção do cronograma ótimo na execução da atividade econômica sequencial, evitando-se, assim, que as partes tenham que adotar medidas de autoproteção em

---

<sup>150</sup> WITTMAN, Donald. **Economic Foundations of Law and Organization**. Nova Iorque: Cambridge, 2006, pp. 192- 204.

<sup>151</sup> POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 160-169.

<sup>152</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 200-247.

<sup>153</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 403-422.

operações econômicas, nas quais as partes não possuem interesses completamente antagônicos, mas também não são completamente coincidentes.

Dessa forma, em uma operação econômica instrumentalizada juridicamente por meio do contrato, se uma das partes adotar um comportamento não cooperativo, isto é, independente, sem que haja coalizão com a outra parte, tampouco colaboração entre as partes<sup>154</sup>, o Direito Contratual deve fornecer instrumentos para permitir que a solução não cooperativa<sup>155</sup> adotada por uma parte seja transformada em solução cooperativa<sup>156</sup> (característica esta denominada de direito responsivo por Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>157</sup>).

Isto se deve, pois, a cooperação é capaz de gerar benefícios que podem ser auferidos por ambas as partes, viabilizando, portanto, a maximização dos lucros do agente econômico e da utilidade do adquirente do bem ou serviço, ou seja, a cooperação entre as partes é capaz de proporcionar a eficiência ótima a ambas as partes.

Logo, o Direito Contratual deve conter normas que desestimulem a adoção de comportamento não cooperativo, isto é, que tornem altamente custoso o descumprimento contratual decorrente de comportamento oportunista, priorizando, portanto, a cooperação que promova a eficiência econômica, maior confiança entre as partes e, ainda, maior estabilidade nas relações jurídicas contratuais.

Além da finalidade supramencionada, o Direito Contratual deve incentivar a revelação eficiente de informações entre as partes e no âmbito da relação jurídica contratual. É patente que, em uma operação econômica, recorrentemente há uma assimetria informacional entre as partes e a desigualdade informacional pode levar a uma programação

---

<sup>154</sup> Segundo John Nash, um jogo não cooperativo “é baseado na *ausência* de coalizões em que se pressupõe que cada participante age independentemente, sem colaboração ou comunicação com os outros.” (Itálico do autor)

Tradução livre de: “Our theory, in contradistinction, is based on the *absence* of coalitions in that it is assumed that each participant acts independently, without collaboration or communication with any of the others.” (NASH, John. Non-Cooperative Games. **The Annals of Mathematics**. Nova Jersey: Princeton University, Second Series, vol. 54, issue 2, Set. 1951, p. 286)

<sup>155</sup> “A game is non-cooperative if it is impossible for the players to communicate or collaborate in any way.” Tradução livre: “Um jogo é não-cooperativo se é impossível aos jogadores comunicarem-se ou colaborarem de qualquer modo.” (NASH, John. Two-Person Cooperative Games. **Econometrica**. New Haven: The Econometric Society, vol. 21, issue 1, Jan. 1953, p. 128-129)

<sup>156</sup> “The word cooperative is used because the two individuals are supposed to be able to discuss the situation and agree on a rational joint plan of action, an agreement that should be assumed to be enforceable.”

Tradução livre: “A palavra cooperativo é usada pois se supõe que dois indivíduos estão aptos a discutirem a situação e concordarem com um plano de ação conjunto racional, um acordo que se pressupõe seja executável.” (NASH, John. Two-Person Cooperative Games. **Econometrica**. New Haven: The Econometric Society, vol. 21, issue 1, Jan. 1953, p. 128)

<sup>157</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 210.

contratual equivocada, que se mostrará distorcida da realidade, somente quando da execução das obrigações contratuais.

Quanto maior for o nível de informações das partes, mais possibilidades de incertezas são eliminadas na relação que se estabelecerá entre elas, o que, aliás, constituirá uma fonte da confiança entre as partes, como será visto adiante.

Dessa maneira, quanto maior o acesso às informações, os agentes econômicos determinarão seus comportamentos de acordo com as informações obtidas e, por isso, eliminarão fontes de incertezas<sup>158</sup> da relação que estabelecerão e aproximar-se-ão mais da realidade de mercado, como bem indicou Francisco Carlos Ribeiro:

“Quando se fala de redução de entropia, fala-se de redução da desordem cognitiva do agente econômico, não do mercado como um todo – mercado é território onde os agentes interagem. Quanto mais informações o agente econômico recebe na sua interação com o território, mais a sua realidade vai se aproximando da realidade do mercado e maior é a troca de informações sobre o mundo, o que obriga o agente, em decorrência disso, a confirmar ou revisar suas certezas anteriores.”<sup>159</sup>

Assim, a obtenção de informações relevantes<sup>160</sup> para a celebração de um contrato deve ser balizada pelo padrão de comerciante adotado pelo Direito Comercial, qual seja, a de homem ativo e probo, ou seja, espera-se que o agente econômico obtenha as informações relevantes para a contratação. Por outro lado, o fornecimento de informações relevantes à

<sup>158</sup> A propósito, veja o ensinamento de Francisco Carlos Ribeiro:

“Ora, se a entropia mede o grau de desordem – segundo a definição de Boltzman – a ignorância total nada mais é do que a completa desordem na interpretação dos elos causais do mundo: não existem correlações feitas, nem abstrações sobre algo, partindo-se da hipótese de que, em tal momento, nenhum evento ocorreu...”

A partir daí, toda observação formará determinada estrutura de conhecimento na memória do observador, permitindo-lhe saber se um fato ocorrerá ou não: é a informação adquirida, que é equivalente à redução da incerteza sobre o mundo.

Quando o indivíduo nada sabe sobre o mundo, a incerteza quanto ao que pode ou não acontecer é total; portanto, os eventos equivalem à redução da incerteza na medida em que são ordenados mentalmente, permitindo discernir entre o que é possível ocorrer e o que não é.

Assim, reduz-se a entropia em relação ao mundo, ou seja, o desconhecimento dele; porém, de posse da estrutura cognitiva, com certezas adquiridas pela recorrência de eventos, os pouco prováveis e inesperados colocarão em xeque, inevitavelmente, esta certeza.” (RIBEIRO, Francisco Carlos. **Hayek e a Teoria da Informação**. São Paulo: Annablume, 2002, p. 34)

<sup>159</sup> RIBEIRO, Francisco Carlos. **Hayek e a Teoria da Informação**. São Paulo: Annablume, 2002, p. 37.

<sup>160</sup> “Para o indivíduo, será relevante a informação que altere sua percepção de realidade ou confirme seu modo de agir. As limitações que impedem tal alteração ou confirmação derivam da incapacidade da fonte receptora, da incapacidade do canal, ou da complexidade da informação, limitações que podem ser resolvidas com a melhoria da codificação ou a evolução perceptiva do receptor.” (RIBEIRO, Francisco Carlos. **Hayek e a Teoria da Informação**. São Paulo: Annablume, 2002, p. 43)

outra parte da operação econômica, deve ser guiada pelo padrão de boa fé e pela legítima expectativa guiada pelo padrão do mercado.

Contudo, seja a obtenção de informações, seja o seu fornecimento à outra parte, o intercâmbio de informações tem um custo, de maneira que a sua obtenção ou o seu fornecimento torna-se indispensável até o momento em que os custos de obtenção ou de fornecimento não mais justificam, por serem desarrazoados e demasiadamente oneroso para a parte.

Esta finalidade do Direito Contratual permitirá a redução das incertezas, melhorará o fluxo mercantil e, ainda, contribuirá para o incremento da confiança entre as partes que realizarão uma operação econômica instrumentalizada juridicamente pelo contrato.

Justamente o objetivo de assegurar uma confiança ótima entre as partes constitui uma terceira finalidade do Direito Contratual.

A confiança nada mais é que o uso das informações para que a parte adeque seu comportamento ao grau de confiança que possui, não só em relação à outra parte quanto à adoção de comportamento oportunista, mas também na qualidade do produto ou serviço que será adquirido, em comparação, respectivamente, aos demais agentes econômicos e aos demais produtos e serviços disponíveis no mercado.

Conforme o grau de confiança que o agente econômico possui, ele poderá reduzir as medidas de autoproteção e, assim, reduzir os custos de transação<sup>161</sup>, seja porque confiará que a outra parte não deixará de agir de acordo com a boa fé, ou seja, não adotará comportamento oportunista, seja porque confiará na qualidade dos produtos ou serviços que serão adquiridos.

Se ambas as partes em uma relação jurídica contratual possuem confiança recíproca, esta resultará, por um lado, no investimento<sup>162</sup> feito pela parte no cumprimento da

---

<sup>161</sup> “Na leitura aqui proposta a confiança nada tem de irracional. Ao contrário, a confiança consiste na utilização racional da informação para ajustar o comportamento. Para entender, lembremo-nos de que cada um busca evitar surpresas desagradáveis, mas que as precauções para preveni-las são onerosas, têm custos. A pessoa confiante dispõe de informações que lhe permitem avaliar, com menor custo, a probabilidade de evento danoso ou a perda que o risco, se ocorrer, lhe (*sic*) imporá. Pode, então, reduzir, racionalmente, o nível ótimo de precauções a adotar em comparação com situação em que se vê diante do desconhecido. Na linguagem aqui empregada, a confiança reduz custos de transação.” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 430)

<sup>162</sup> “Em geral, o promitente investe no cumprimento e o promissário investe na confiança. O investimento pode assumir a forma de dinheiro, tempo, esforço ou oportunidades perdidas.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas.

obrigação contratual e, por outro lado, na confiança do cumprimento de acordo com as disposições contratuais, o que influenciará diretamente a executabilidade do contrato e a cooperação recíproca entre as partes.

Segundo os estudos de análise econômica do direito, o sistema jurídico apenas tutela a confiança ótima, mas não a confiança excessiva, o que pode ser extraído da conjugação de dois artigos do Código Civil Brasileiro, os arts. 113 e 422.

De acordo com o art. 422 do Código Civil<sup>163</sup>, as partes devem pautar suas condutas anteriores e posteriores à celebração do contrato na probidade e boa fé, enquanto o art. 113 do Código Civil<sup>164</sup> determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com os usos<sup>165</sup> do lugar de sua celebração e a boa fé.

Assim, em uma relação contratual estabelecida entre duas partes, deve-se ter como objetivo o estímulo à confiança recíproca entre as partes, sem, contudo, perder de vista a probidade<sup>166</sup>, que a parte deve adotar ao determinar o grau de confiança que depositará na outra parte, além de observar a praxe comercial<sup>167</sup> e a boa fé como elementos reguladores do grau de confiança a ser depositada na outra parte.

---

**Direito & Economia.** Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 217)

<sup>163</sup> “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>164</sup> “**Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>165</sup> “O costume continua desempenhando função relevante na experiência jurídica de nossos dias, não sendo, porém, igual o seu papel em todas as disciplinas. Verificamos uma força maior do Direito costumeiro em certos ramos ou para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional.” (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 159)

<sup>166</sup> “Do latim *probitas*, de *probus* (probo, honesto, honrado), entende-se a *honestidade de proceder* ou a *maneira criteriosa* de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa.

Assinala, portanto, o caráter ou a qualidade de probo. Revela a integridade de caráter, o procedimento justo.” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes III e IV.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 454)

<sup>167</sup> “Aquilo que se estabelece como regra por força do hábito e tácito consenso dos povos é o costume.

O costume é fonte legal autônoma nas matérias não reguladas nas fontes escritas. Mas seu campo de aplicação é muito restrito, devendo-se – na ausência de fontes formais – recorrer primeiro à *analogia legis* ou *iuris*.” (NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil. Volume I – Tomo I – Teoria Geral do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 238)

“Os usos normativos ou costumes contêm dois elementos: o primeiro é seu elemento *material*, o *uso*, ou repetição geral uniforme constante, frequente e pública de determinado comportamento; o segundo, o elemento *espíritual* ou *subjetivo*, é a *opinio iuris ac necessitatis*, ou conhecimento da obrigatoriedade jurídica da conduta praticada.” (Itálico dos autores) (NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil. Volume I – Tomo I – Teoria Geral do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 240)



Desse modo, o grau de confiança será determinado pelo padrão imposto pela probidade, que, segundo De Plácido e Silva, consiste na qualidade de probo que, por sua vez, expressa “o sentido de *justo, íntegro, honrado, cumpridor de seus deveres, cauteloso em suas obrigações, criterioso no modo de proceder*”<sup>168</sup> (Itálico do autor), ou seja, uma parte deverá confiar na outra na exata medida determinada pelo padrão de comerciante cumpridor de seus deveres, cauteloso na contração de obrigações e criterioso nos comportamentos a serem adotados, diante da justa e legítima expectativa gerada pelos padrões de probidade e boa fé da parte em seus comportamentos dentro do contexto dos usos e costumes do local da celebração do contrato.

Nesse mesmo sentido, podemos citar o padrão de diligência e cuidado de homem ativo e probo imposto pelo art. 153 da Lei nº 6.404/76<sup>169</sup> aos administradores das companhias<sup>170</sup>.

*Mutatis mutandis*, em uma relação contratual, pode-se dizer que as partes devem agir com diligência ordinária e probidade, que é exigida de todo comerciante informado adequadamente e que formulou juízos críticos razoáveis sobre o negócio em si, sobre a outra parte com quem celebrará um contrato comercial, bem como acerca das qualidades da outra parte em relação à reputação que possui no cumprimento de seus deveres, na contração de obrigações e nos comportamentos que adota nos negócios estabelecidos.

Todavia, o padrão de comerciante cumpridor de seus deveres, cauteloso na contração de obrigações e criterioso nos comportamentos adotados deve ser entendido dentro do contexto da praxe comercial adotada na praça comercial em que se estabelece a relação contratual.

A propósito, o Código Comercial Brasileiro de 1850, em seu art. 130 dispunha que o uso e o costume adotado no comércio e o entendimento dos comerciantes no sentido

---

<sup>168</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes III e IV.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 454.

<sup>169</sup> “**Art. 153.** O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.” (BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15.12.1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20.08.2017)

<sup>170</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas.** 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 121-142; CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 3º Volume – Arts. 138 a 205.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 313-327.

aplicado dos negócios jurídicos e nos contratos, devem pautar a interpretação do significado das palavras<sup>171</sup>, *in verbis*:

“**Art. 130** - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.”<sup>172</sup>

Além da praxe comercial em si, deve-se analisar o padrão de probidade no contexto da justa expectativa gerada pelo padrão da atuação das partes em conformidade com a boa fé, que pode ser considerada, em sua vertente objetiva, como sendo a “exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.”<sup>173</sup>

A propósito, estes são os comentários de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau acerca do papel da boa fé sob a ótica da análise econômica do direito:

“Qual o papel da boa-fé na constelação de instituições especiais que têm regime próprio? Volumosa doutrina debruçou-se sobre a questão, que aparece sob a ótica comparatista. A boa-fé tem, globalmente, papel complementar. Na fase pré-contratual é invocada para delimitar a liberdade de interromper as negociações. Está subjacente na obrigação de informação sob dois de seus aspectos: o dever de informar a contraparte e o dever de se informar e, na fase pré-contratual, as obrigações de aconselhamento e confidencialidade. Na formação do contrato, a força obrigatória da oferta é analisada como resultante da boa-fé. Na execução do contrato a boa-fé é utilizada para completar o contrato, mas tem, também, função de modulação e papel de adaptação e interpretação.”<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> “Para a interpretação dos contratos mercantis há regras especiais. O Código Comercial as compendiou nos arts. 130 a 133, com a finalidade de fazer com que as vontades dos contratantes, quando expostas de maneira menos clara, possam ser melhormente apreendidas por parte daqueles que delas devam tomar conhecimento.” (MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 68)

<sup>172</sup> BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017.

<sup>173</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil. Volume I – Tomo I – Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 570.

<sup>174</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 426-427.

Em termos econômicos, os estudiosos da análise econômica do direito propõem, como parâmetro do grau de confiança a ser depositado na outra parte, a análise dos custos da confiança adicional em comparação com os ganhos esperados (“O ganho esperado da confiança adicional é igual ao aumento do valor do cumprimento da promessa para o promissário multiplicado pela probabilidade de seu cumprimento.”<sup>175</sup>) decorrentes do depósito de maior grau de confiança e dos prejuízos esperados (“O prejuízo esperado da confiança adicional é igual ao aumento do prejuízo resultante da quebra da promessa para o promissário multiplicado pela probabilidade do descumprimento”<sup>176</sup>).

Assim, se os ganhos esperados da confiança adicional depositada na outra parte forem maiores ou igual ao custo respectivo, que a parte depositante da maior confiança terá de arcar, a eficiência econômica indica que é eficiente confiar mais, caso contrário, se o prejuízo esperado do maior depósito de confiança for maior que os ganhos esperados, a eficiência indica ser mais eficiente depositar menor confiança.

Logo, o Direito Contratual deve incentivar a confiança ótima entre as partes, mas, por outro lado, deve desincentivar a confiança excessiva, tomando como parâmetro o que razoavelmente pode-se esperar em relação à outra parte, diante das circunstâncias negociais e da praxe do mercado.

Uma vez estabelecida uma relação contratual entre as partes, o Direito Contratual deve incentivar a manutenção do compromisso ótimo, ou seja, deve incentivar o cumprimento eficiente das obrigações contratuais.

Esta quarta finalidade do Direito Contratual pode ser considerada uma decorrência direta da sua primeira finalidade, que é a indução da cooperação entre as partes. Dessa forma, as partes devem buscar, dentro da relação contratual formada, maximizar a soma dos retornos que ambas as partes esperam ao celebrar um contrato, de modo a agirem cooperativamente para uma eficiência econômica contratual.

Contudo, quando os custos de cumprimento superarem os benefícios decorrentes do cumprimento à outra parte e à própria parte inadimplente, bem como a responsabilidade civil decorrente do descumprimento, poder-se-ia alegar que seria o caso da parte optar pelo descumprimento eficiente e, por outro lado, quando os custos do cumprimento forem

---

<sup>175</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 218.

<sup>176</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 218.

inferiores aos benefícios gerados pelo cumprimento e a responsabilidade civil decorrente do descumprimento, poder-se-ia dizer que a parte obrigada possui incentivos ao cumprimento eficiente.

No que diz respeito ao descumprimento eficiente ou ruptura eficaz<sup>177</sup>, embora seja uma visão que possa fazer sentido sob a ótica exclusivamente econômica, não se pode olvidar que os ambientes econômico, social, jurídico e institucional estão interligados ou, como já visto anteriormente, estão integrados e influenciam-se reciprocamente. O mesmo pode ser dito acerca da instituição mercado, enquanto conceito poliédrico que é.

Isto significa que, embora sob a ótica econômica faça sentido o descumprimento eficiente das obrigações contratuais, este incentivo contraria o sistema como um todo, visto que incentiva a adoção de soluções não cooperativas, contraria os incentivos à confiança ótima e a própria praxe do mercado, incluindo o que André Nicolaï denominou de personalidade de base dos agentes econômicos<sup>178</sup>.

Tais parâmetros são utilizados para a formação das legítimas expectativas geradas nos agentes econômicos, o que influencia diretamente a decisão a ser tomada,

---

<sup>177</sup> A propósito, veja: PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. **Revista Jurídica Luso-brasileira**. Lisboa: Faculdade de Lisboa, nº 1, Ano 2, 2016, pp. 1091-1103; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 264-270; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 489-493.

<sup>178</sup> “Uma síntese dinâmica é possível sob a única condição de que sejam verificadas quatro proposições intimamente solidárias que, numa primeira aproximação, assim se enunciam:

-As estruturas sociais são interdependências entre agentes cujos comportamentos ‘validam’ os papéis complementares e diferenciados que desempenham numa sociedade.

-As estruturas são objetivas porque se impõem a esses agentes: eles as encontram constituídas e as perpetuam, tornando-se eles próprios suportes de estruturas.

-Os comportamentos humanos fundamentam a realidade das estruturas. É graças a eles que estas existem.

-Os comportamentos, por serem adaptação consciente a uma situação estrutural de interdependência, asseguram o funcionamento e a evolução do sistema.

Estas quatro proposições, que têm certos termos em comum, exprimem um mesmo fenômeno sob diferentes aspectos: justificam a dissociação dos sistemas sociais humanos em estruturas e comportamentos; estabelecem a realidade e a objetividade das estruturas; permitem, sobretudo, a ligação dinâmica entre as estruturas e os comportamentos.

Em suma, a dissociação estruturas-comportamentos leva à hipótese micro-macro, pois as primeiras são comportamentos e os segundos são encerrados em relações de interdependência. E, ao mesmo tempo em que é resolvido o problema do *no bridge* (falta de ligação), desaparece o da elaboração de uma dinâmica. Com efeito, *é a situação dos indivíduos em grupo no seio da totalidade das estruturas sociais que os leva a respostas coletivas de adaptação*. É então possível estabelecer uma ligação causal entre os esquemas de estruturas e os esquemas de comportamento: a situação dos grupos de agentes se confunde com o seu lugar no seio das estruturas e seu comportamento é uma reação a esta situação (...) Esta mudança dos comportamentos, dos papéis desempenhados nas diferentes atividades, acarreta, conseqüentemente, uma evolução das relações sociais, marcada por limiares de reestruturação, por mutações.” (Itálico do autor) (NICOLAÏ, André. **Comportamento Econômico e Estruturas Sociais**. São Paulo: Editora Nacional e Editora da Universidade de São Paulo, 1973, pp. 43-44)

quando da formação das relações contratuais, sem se considerar a influência negativa que pode gerar na praxe do mercado e na maior adoção de medidas de autoproteção, que, como já visto, elevam os custos de transação.

Ademais, como bem advertem Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>179</sup>, a análise econômica do descumprimento eficiente, embora leve em conta, em tese, a internalização de todos os custos decorrentes do descumprimento contratual, na realidade, não são considerados os custos decorrentes do litígio, que incorrerão não só a parte prejudicada, mas também a parte inadimplente, além dos custos impostos a terceiros pelo descumprimento contratual, visto que não se pode perder de vista que as relações contratuais comerciais acabam formando uma verdadeira rede contratual global em determinado mercado.

Acrescente-se, ainda, que, sob a ótica jurídica, há que se considerar a exigência do comportamento de boa fé das partes em uma relação contratual em curso, que, no ordenamento jurídico brasileiro, está inserta na norma do art. 422 do Código Civil<sup>180</sup>, e, que segundo Richard A. Posner em seus estudos de análise econômica do direito, está implícita em todos os contratos:

“O cumprimento de boa fé – que neste contexto significa que não trata de aproveitar-se das vulnerabilidades criadas pelo caráter sequencial do cumprimento contratual – é uma condição envolvida em todo contrato. Ninguém se colocaria voluntariamente a mercê da outra parte, de modo que é razoável supor que se as partes tivessem pensado na possibilidade da má fé, teriam proibido-a expressamente.”<sup>181</sup> (Tradução livre)

Talvez, uma solução jurídica a este problema da teoria do descumprimento eficiente seja a adotada pelo Código Civil Alemão, com reforma efetuada pelo Ato de

---

<sup>179</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 213-217.

<sup>180</sup> “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>181</sup> Tradução livre de: “El cumplimiento de buena fe – que en este contexto significa que no trata de aprovecharse de las vulnerabilidades creadas por el carácter secuencial del cumplimiento contractual – es un término implicado de todo contrato. Nadie se colocaría voluntariamente a merced de la otra parte, de modo que es razonable suponer que si las partes hubiesen pensado en la posibilidad de la mala fe la hubiesen prohibido expresamente.” (POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 163)

Modernização do Direito das Obrigações (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), que entrou em vigor em 01.01.2002 e fez a reforma mais profunda naquele Código Civil<sup>182</sup>.

De acordo com o § 313, (1), do Código Civil Alemão<sup>183</sup>, havendo alteração notável do fundamento negocial do contrato após a sua celebração, de forma que as partes não teriam celebrado o contrato ou teriam celebrado, mas com regulamentação distinta, se tivessem previsto a mudança das circunstâncias que serviram de base do contrato, a parte pode requerer a adequação dos termos contratuais, se, considerando as circunstâncias específicas do caso, em especial quanto à alocação legal ou contratual dos riscos, não se pode razoavelmente esperar que a parte continue vinculada pelo contrato sem que haja alterações.

A mesma solução é prevista no § 313, (2), do Código Civil Alemão<sup>184</sup>, para os casos em que as partes constatam que as premissas contratuais, que serviram de base do contrato, tornaram-se, posteriormente, incorretas.

Todavia, conforme o § 313, (3), do Código Civil Alemão<sup>185</sup>, se a adequação do contrato não for possível ou, ainda, não pode razoavelmente ser imposta à outra parte, a parte

---

<sup>182</sup> STAGL, Jakob Fortunat. La Nozione di Contratto nel Diritto Privato Tedesco. Tradução de Stefano Cherti. In: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica**. Milão: CEDAM, 2010, pp. 135-165.

<sup>183</sup> “§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.”

Tradução livre: “§ 313 Alteração do fundamento negocial

(1) Se as circunstâncias sobre as quais o contrato foi baseado tenha mudado consideravelmente após a celebração do contrato e se as partes não teriam celebrado o contrato ou teriam com conteúdo diverso se tivessem previsto aquela mudança, a adequação do contrato pode ser requerida, à medida que, considerando todas as circunstâncias específicas do caso, em especial a alocação contratual ou legal do risco, não se pode razoavelmente esperar que a parte continue obrigada pelo contrato em sua forma inalterada.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>184</sup> “(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.”

Tradução livre: “(2) Se os pressupostos materiais que foram base do contrato tornaram-se subsequentemente incorretos, eles serão tratados do mesmo modo que a mudança nas circunstâncias.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>185</sup> “(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.”

Tradução livre: “(3) Se a adequação do contrato não for possível ou não se pode razoavelmente impor a uma parte, a parte prejudicada pode resolver o contrato. No caso de contrato de execução de obrigação recorrente, o direito de resolver é substituído pelo direito de resolver com aviso prévio.” (ALEMANHA. **Bürgerliches**

prejudicada pode resolver o contrato. Nos casos de contrato com a execução de obrigação recorrente, a resolução dependerá de aviso prévio.

Com a solução prevista no Código Civil Alemão, não se está incentivando o descumprimento eficiente puramente, mas permitindo que as partes, diante de alterações substanciais do fundamento negocial ou a incorreção das previsões contratuais, que vem à tona após a celebração do contrato, possam adequar as previsões contratuais ou, inclusive, resolver o contrato, sem que haja prevalência apenas do aspecto econômico (ganho gerado com a contratação com terceiro e a resilição unilateral com a parte contratada).

Com esta solução, permite-se que seja considerada a praxe do mercado, além da personalidade de base do grupo social a que pertencem os agentes econômicos, evitando-se o prejuízo da rede contratual estabelecida também, o que denota a opção do sistema legislativo alemão de não permitir a mera troca de relação contratual por uma outra, apenas porque esta proporciona um ganho econômico maior que a primeira relação contratual já estabelecida.

O Código Civil Brasileiro de 2002, nos arts. 478 a 480<sup>186</sup>, previu solução similar à solução alemã, contudo, exige a existência de excessiva onerosidade a uma parte e excessiva vantagem à outra parte, em decorrência de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis. Não permite a adequação dos termos contratuais por alteração das circunstâncias, que serviram de base ao contrato, ou por incorreção das premissas contratuais estabelecidas inicialmente pelas partes.

O Código Civil Francês previu uma solução, que se pode denominar de intermediária entre a solução alemã e a brasileira, com a reforma do Código Civil ocorrida em fevereiro de 2016 pela Ordenança nº 2016-131, de 10.02.2016.

---

**Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896.** Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>186</sup> “**Seção IV - Da Resolução por Onerosidade Excessiva**

**Art. 478.** Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

**Art. 479.** A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

**Art. 480.** Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

A nova redação dada ao art. 1.195 do Código Civil Francês<sup>187</sup> permite que as partes, diante de uma mudança de circunstâncias imprevisível, quando da celebração do contrato, tornar a execução das obrigações contratuais excessivamente onerosa para uma das partes, a qual, por sua vez, não aceitou a assunção do risco, pode requerer a renegociação do contrato e, em caso de recusa ou de insucesso da renegociação, as partes podem resolver o contrato ou, ainda, requerer judicialmente a adequação do contrato.

Assim, permitir o mero descumprimento ineficiente, que é uma solução não cooperativa e individual, contraria o próprio sistema do Direito Contratual, que deve, sim, estimular o cumprimento ótimo das obrigações contratuais pelas partes, sem se descurar de todo o sistema existente no mercado, inclusive o sistema social total e as instituições daquele mercado, sem perder de vista que o contrato comercial tem sua causa fundada na atividade econômica, de maneira que a realidade econômica pode afetar o cumprimento das obrigações contratuais, o que justifica sua adequação à nova realidade da relação contratual.

Além das quatro finalidades já indicadas acima, o Direito Contratual, para cumprir sua função geral, segundo os estudos de análise econômica do direito, deve auxiliar seja suprindo as circunstâncias na medida em que o Direito Contratual for utilizado para interpretação dos contratos, seja suprindo a iniciativa das partes diante de contratos incompletos, sempre visando à condução da relação contratual existente o mais próximo possível do contrato perfeito e economicamente eficiente.

---

<sup>187</sup> “**Article 1.195.**

(Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2)

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.”

Tradução livre: “**Artigo 1195**

(Modificado pela Ordenança n° 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016 – art.2).

Se uma mudança de circunstâncias imprevisível, quando da conclusão do contrato tornar a execução excessivamente onerosa para uma parte, que não aceitou a assunção do risco, ela pode demandar uma renegociação do contrato a seu cocontratantes. Ele continuará a executar suas obrigações durante a renegociação.

Em caso de recusa ou insucesso da renegociação, as partes podem convir com a resolução do contrato, na data e nas condições que eles determinarem ou demandar de comum acordo ao juiz que proceda à sua adaptação. Na falta de acordo em um prazo razoável, o juiz pode, diante do pedido de uma parte, revisar o contrato ou colocar fim na data e nas condições que ele fixar.” (FRANÇA. **Code Civil, de 05.03.1803**. Institui o Código Civil. Disponível em <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 03.09.2017)



De acordo com os ensinamentos de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, a expressão contrato perfeito (ou *complete contract*) foi desenvolvida por economistas, para designar “o contrato no qual, por hipótese, as partes, perfeitamente informadas e agindo racionalmente, preveem solução para toda e qualquer eventualidade que possa ocorrer ao longo da execução.”<sup>188</sup>

Embora o contrato perfeito seja um conceito que não existe na prática, ele serve como paradigma a ser utilizado, nos casos de não haver previsão contratual, para atingir uma solução integradora e que propicie um equilíbrio que as partes atingiriam, se tivessem previsto solução às intercorrências havidas no curso da relação contratual, mas que também permita haver uma redução nos custos decorrentes das intercorrências não previstas (custos dos imprevistos), além de permitir a redução dos custos de obtenção das informações e de redação das cláusulas contratuais (custos de formulação), bem como dos custos de inadequação da cláusula redigida quando de sua aplicação à intercorrência havida no curso da relação contratual (custos de inadequação).

Observe-se que, para todos os efeitos, de acordo com Donald Wittman, os custos de transação “são os custos de fazer e executar transações ou troca de titularidades”<sup>189</sup> ou, na definição de Joseph E. Stiglitz e Carl E. Walsh, os custos de transação são “os custos extras (além do preço de compra) de condução de uma transação, na qual aqueles custos são dinheiro, tempo ou inconveniente.”<sup>190</sup>

Os custos de transação incluem não só os custos de negociação e redação do instrumento contratual, mas também os custos de monitoramento e de execução do contrato, incluindo-se também os custos decorrentes da recusa de cumprir as obrigações contratuais<sup>191</sup>, além dos custos derivados da inadequação da previsão contratual expressa.

---

<sup>188</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 420.

<sup>189</sup> Tradução livre de: “*Transaction costs are the costs of making and enforcing the transaction or exchange of entitlements.*” (Itálico do autor) (WITTMAN, Donald. **Economic Foundations of Law and Organization**. Nova Iorque: Cambridge, 2006, p. 34)

<sup>190</sup> STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Principles of Microeconomics**. 3ª edição. Nova Iorque: Norton, 2002, p. A7.

<sup>191</sup> “Not only are the negotiations involved in establishing such contracts quite complex and time consuming (read: high in negotiation transaction costs) but also there are costs of *monitoring and enforcing* the contracts. That is, costs are involved in making sure that the exchange has taken place according to the agreement.” (Itálico do autor)

Tradução livre: “As negociações envolvendo o estabelecimento de tais contratos não é apenas tão complexa e consumidora de tempo (leia: alta nos custos de transação de negociação), mas também há custos de *monitoramento e execução* dos contratos. Isto é, há custos envolvidos na verificação de que a troca ocorreu de

Como já visto anteriormente, os agentes econômicos possuem uma racionalidade limitada, o que, por si só, já impediria a elaboração de um contrato perfeito, diante da limitação cognitiva inerente a todo ser humano em prever todos os eventos futuros de possível ocorrência no curso da relação contratual derivada do contrato celebrado entre as partes.

Não bastasse isso, a negociação das cláusulas contratuais, para se tentar obter um contrato mais completo possível, implica no aumento dos custos de transação, isto é, no aumento dos custos envolvidos nas negociações e na elaboração dos termos contratuais, aumento este que jamais é buscado pelo agente econômico.

Assim, a incompletude contratual é vista não apenas como consequência da racionalidade limitada do agente econômico, mas também uma opção para a redução dos custos de transação, de modo que a busca da previsibilidade e segurança jurídica pode encontrar amparo não só na praxe do mercado, mas também no próprio Direito Contratual (de origem estatal) com o fornecimento de normas supletivas (também conhecidas por *default rules*), como bem expressa Richard A. Posner:

“Com esta reserva, deveria ser evidente que o direito dos contratos tem outra função, mas intimamente relacionada com a da prevenção de comportamento oportunista: a função de completar o acordo das partes interpolando cláusulas omissas. Esta função relaciona-se também com o caráter sequencial do cumprimento contratual. Quanto maior o período de cumprimento – e recorde-se que o ‘cumprimento’ inclui toda a corrente de serviços futuros que se contempla no intercâmbio -, mais difícil será que as partes prevejam as diversas contingências que poderiam afetar o cumprimento. Ademais, a ocorrência de algumas contingências, previsíveis no sentido forte de que ambas as partes estão plenamente conscientes de que poderiam ocorrer, é tão improvável que os custos de uma redação cuidadosa do acordo, que as incluía, poderiam superar os benefícios, quando tais benefícios descontam-se pela (pouca) probabilidade de que realmente ocorra a contingência (...) Quanto

---

conformidade com o acordo.” (WITTMAN, Donald. **Economic Foundations of Law and Organization**. Nova Iorque: Cambridge, 2006, p. 37)

menos frequente seja um evento, menos provável será que as partes pensem a respeito, sendo sua omissão uma resposta racional aos custos da informação em relação aos benefícios.”<sup>192</sup>

Logo, as lacunas contratuais podem ser involuntárias diante da limitação cognitiva das partes acerca de possíveis eventos futuros, bem como podem ser voluntárias, ou seja, as partes podem decidir deixar de regular, no âmbito contratual, determinada alocação de risco, pois os custos de negociação e redação contratual não justificariam os custos decorrentes da ocorrência do evento (ou custos de acidente de percurso<sup>193</sup>).

Desse modo, as partes devem fazer um juízo entre os custos envolvidos na alocação dos riscos *ex ante* e os custos que serão gerados pela alocação dos prejuízos *ex post*, para determinar se preferirão trazer previsão contratual expressa ou deixarão uma lacuna contratual voluntária.

Uma terceira estratégia aventada por Albert Choi e George Triantis<sup>194</sup> seria a utilização de uma mistura de cláusulas contratuais precisas e cláusulas contratuais vagas, isto porque os custos de transação, por si só, levam a uma incompletude contratual e dificultam a alocação ótima dos riscos.

Ademais, a alocação dos riscos contratuais, segundo Albert H. Choi e George G. Triantis, desempenha três funções que suplantam a mera distribuição de riscos entre as partes<sup>195</sup>: **(a)** em primeiro lugar, a distribuição dos riscos fornece incentivos para as partes

---

<sup>192</sup> Tradução livre de: “Con esta reserva, debiera ser evidente que el derecho de los contratos tiene otra función, pero íntimamente relacionada con la de la prevención del comportamiento oportunista: la función de completar el acuerdo de las partes interpolando cláusulas omitidas. Esta función se relaciona también con el carácter secuencial del cumplimiento contractual. Entre más largo sea el período del cumplimiento – y recuérdese que el ‘cumplimiento’ incluye toda la corriente de servicios futuros que se contempla en el intercambio –, más difícil será que las partes prevean las diversas contingencias que podrían afectar el cumplimiento. Además, la ocurrencia de algunas contingencias, previsibles en el sentido fuerte de que ambas partes están plenamente conscientes de que podrían ocurrir, es tan improbable que los costos de una redacción cuidadosa del acuerdo que las incluya podrían superar a los beneficios, cuando tales beneficios se descuentan por la (poca) probabilidad de que realmente ocurra la contingencia (...) Entre menos frecuente sea un evento, menos probable será que las partes piensen al respecto, siendo su omisión una respuesta racional a los costos de la información en relación con los beneficios.” (POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 164)

<sup>193</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 416.

<sup>194</sup> CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G.. Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, Vol. 119, Abr. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1372856>>. Acesso em 03.09.2017.

<sup>195</sup> CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G.. Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University. Vol. 119, Abr. 2010, p. 851. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1372856>>. Acesso em 03.09.2017.

minimizarem os riscos, tornando, assim, seus investimentos eficientes; **(b)** em segundo lugar, a concordância com a assunção de certos riscos sinaliza que a parte possui informações sobre a probabilidade e a intensidade do risco, levando a uma decisão eficiente de contratar; e **(c)** por fim, pode levar a decisões eficientes quando da execução do contrato, visto que as partes podem estar assimetricamente informadas acerca de um risco de fato concretizado e tais informações podem ser extraídas pela alocação do risco à parte, que possivelmente esteja melhor informada em momento posterior, levando a uma transação eficiente.

Assim, a utilização de uma mistura de cláusulas precisas com cláusulas vagas deve ser direcionada não só pelos custos decorrentes de negociação e redação do contrato, mas também pelos custos decorrentes do litígio, que pode ser causado ao final com a imprecisão de cláusulas contratuais.

Portanto, seria recomendável que, na análise dos custos de alocação dos riscos, sejam levados em conta os custos de alocação *ex ante* dos riscos, os custos de alocação *ex post* dos prejuízos e os custos de litígio potencial decorrente da interpretação de cláusulas contratuais vagas, de modo a direcionar as partes na escolha entre tentar obter um contrato mais completo possível, deixar uma lacuna contratual voluntariamente ou mesclar cláusulas contratuais com redação precisa e cláusulas contratuais com redação vaga, permitindo uma adaptação quando da execução das obrigações contratuais, adaptação esta que, obviamente, pode ser fonte de litígios entre as partes, cujos custos devem ser considerados também.

A análise supramencionada deve considerar as regras existentes no Direito Contratual, cujo caráter supletivo permite às partes concentrarem suas negociações em condições contratuais mais estratégicas e relevantes, como bem ensinam Robert Cooter e Thomas Ulen:

“Quando a lei fornece condições supletivas preferidas por ambas as partes, elas podem omitir essas condições do contrato. Omitindo essas condições do contrato, as partes podem se concentrar na negociação de outras condições. Quanto menor for o número de condições que exigem uma negociação, tanto mais barato será o processo contratual. Portanto, a lei pode poupar dinheiro para as partes contratantes fornecendo condições supletivas eficientes para preencher lacunas existentes nos contratos.”<sup>196</sup>

---

<sup>196</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 225.

Desse modo, as regras do Direito Contratual devem fornecer supletivamente regras que direcionem os contratos celebrados o mais próximo possível de uma racionalidade perfeita e, assim, de um contrato perfeito, bem como o mais próximo possível de custos de transação iguais a zero, o que aproximará, dentro das possibilidades existentes, as partes da eficiência econômica nas operações econômicas instrumentalizadas por contrato.

Por fim, uma última finalidade do Direito Contratual Comercial consiste na promoção de relações duradouras.

Como já mencionado anteriormente, os agentes econômicos buscam o aumento da segurança jurídica e da previsibilidade, seja recorrendo ao aparato estatal, seja recorrendo ao ambiente social e econômico, seja estabelecendo relações com os outros agentes econômicos, de modo a viabilizar o melhor planejamento da sua atividade econômica ou, nas palavras de Richard A. Posner<sup>197</sup>, incentivando a cronologia ótima da atividade econômica de caráter eminentemente sequencial.

No exercício da atividade econômica, recorre-se pouco aos contratos de execução instantânea ou “spot”, justamente porque estes tipos contratuais proporcionam um baixo grau de vinculação entre as partes, de modo a propiciar a adoção de condutas oportunistas pelos agentes econômicos e, assim, inviabilizar a busca pela maior previsibilidade e segurança jurídica nas relações contratuais comerciais.

Segundo os estudos de Paula A. Forgioni<sup>198</sup>, no âmbito da atividade econômica, recorre-se mais ao uso dos contratos denominados híbridos ou de colaboração não societária, que proporcionam uma maior grau de vinculação das partes, permitindo que ambos os agentes econômicos tenham uma maior segurança e previsibilidade em relação a seus comportamentos no curso da relação contratual, sem, todavia, ter de recorrer à celebração

---

<sup>197</sup> “Adviértase el paralelo con la discusión del capítulo anterior sobre el desincentivo para el cultivo de la tierra en un mundo sin derecho de propiedad. Tanto ese problema como el del oportunismo contractual surgen del carácter secuencial de la actividad económica (...). Si los intercambios fuesen simultáneos, sería menos urgente la necesidad de protección legal de los derechos contractuales. Puesto que no lo son, la ausencia de derechos legalmente exigibles sesgaría la inversión hacia las actividades económicas que pudieran completarse en breve tiempo, y esto reduciría la eficiencia.”

Tradução livre: “Advirta-se o paralelo com a discussão do capítulo anterior sobre o desincentivo para o cultivo da terra em um mundo sem direito de propriedade. Tanto esse problema como o do oportunismo contratual surgem do caráter sequencial da atividade econômica (...). Se as trocas fossem simultâneas, seria menos urgente a necessidade de proteção legal dos direitos contratuais. Visto que não o são, a ausência de direitos legalmente exigíveis influenciaria o investimento para as atividades econômicas que poderiam completar-se em curto tempo e isto reduziria a eficiência.” (POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 160-161)

<sup>198</sup> FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 45-50 e pp. 177-204.

de um contrato de sociedade, que estaria situado em um grau maior de vinculação entre as partes.

A doutrina também qualifica os contratos híbridos ou de colaboração não societária como contratos relacionais, que, segundo Ronaldo Porto Macedo Jr., pode ser assim definido:

“Contratos relacionais (...) são contratos que se desenvolvem numa relação complexa, na qual elementos não-promissórios do contrato, relacionados ao seu contexto, são levados em consideração significativamente para a sua constituição. Esta natureza relacional da contratação é particularmente frequente e clara (porém não exclusiva) em contratos que se prolongam no tempo, isto é, em contratos de longa duração.”<sup>199</sup>

Nos contratos híbridos, relacionais ou de colaboração não societária, pode-se dizer que, ainda segundo Ronaldo Porto Macedo Jr.<sup>200</sup>, **(i)** envolvem uma colaboração e uma interação maior entre os agentes econômicos, o que requer uma maior troca de informações entre as partes, além de investimentos específicos e relevantes feitos por ambas as partes, **(ii)** envolvem não apenas a mera troca de bens ou serviços por um dado preço, mas incluem diversos outros fatores, que contribuem para o aumento da segurança e previsibilidade na relação estabelecida, de modo a não haver uma perfeita equivalência econômica entre as trocas monetizáveis e não monetizáveis, **(iii)** geralmente, envolvem uma relação contratual de longa duração, não havendo, portanto, um curto intervalo de tempo entre as fases das negociações, da celebração e da execução completa, **(iv)** justamente por consistir em uma relação de longa duração, apresentam uma preocupação com o planejamento estrutural da relação a ser estabelecida, bem como com a governança da relação, ficando em um plano secundário o planejamento com foco no objeto da troca propriamente dito, tal como ocorre nos contratos de execução imediata, **(v)** possuem forte cooperação entre as partes tanto no planejamento, quanto na execução futura das obrigações contratuais, **(vi)** implicam no compartilhamento dos ônus e benefícios decorrentes da relação contratual formada, tendente a um equilíbrio e à solidariedade entre os agentes econômicos, de modo que as áleas apresentam um caráter interdependente, embora não seja comuns às partes, **(vii)** possuem mecanismos de compensação do desequilíbrio de poder entre as partes, **(viii)** apresentam a

---

<sup>199</sup> MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 5.

<sup>200</sup> MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 121-196.

adoção de mecanismos de solução e de cooperação entre as partes para solucionar problemas havidos na execução das obrigações entre as partes, **(ix)** têm maior ênfase nas expectativas legítimas decorrentes da boa fé, na confiabilidade, na cooperação, na solidariedade entre as partes e no dever de mitigar os danos de acordo com o princípio da razoabilidade, tudo com base em uma expectativa de reciprocidade e interação constante entre as partes.

Segundo os estudos de análise econômica do direito, os contratos relacionais, híbridos ou de colaboração não societária consiste na instrumentalização jurídica de uma solução não jurídica ao problema da falta de cooperação entre as partes. Assim, cria-se um mecanismo de incentivo para que as partes invistam em uma relação de longa duração, na qual poderão compensar as apropriações indevidas de uma parte, o que requer das partes um compromisso facilitador da cooperação econômica entre as partes.

Ademais, como ensinam Robert Cooter e Thomas Ulen, as relações duradouras proporcionam uma economia nos custos de transação, uma vez que elas “criam jogos repetidos que resolvem o problema da cooperação com menos recurso a contratos executáveis.”<sup>201</sup>

Por estes motivos, os estudos de análise econômica do direito atribuem ao Direito Contratual a finalidade de promover a formação de relações contratuais duradouras tendentes à cooperação econômica, à maior eficiência econômica e à redução dos custos de transação, além de criar um sistema de solução de disputas com o menor recurso possível ao Poder Judiciário para a execução das obrigações contratuais, que exercerá uma função reparadora da relação contratual, ao invés de fazer cumprir os direitos contratuais das partes, tal como ocorreria em uma relação contratual de execução imediata ou *spot*.

Assim, ao cumprir suas finalidades, o Direito Contratual Comercial exercerá sua função geral de facilitar a atribuição eficiente dos recursos, com a redução dos custos de redação do contrato mais próximo possível do paradigma econômico do contrato perfeito, dos custos de integração contratual judicialmente e dos custos decorrentes dos comportamentos oportunistas disfuncionais, estimulando a busca pela maior previsibilidade e segurança nas operações econômicas.

---

<sup>201</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 240.

## 2. O CONCEITO ESTRUTURAL DE NEGÓCIO JURÍDICO

Inicialmente, é preciso considerar que o Direito Brasileiro, seguindo a sistematização havida no Código Civil Alemão, adotou a abstração conceito do negócio jurídico<sup>202</sup>, o que ocorreu na Parte Geral do Código Civil Brasileiro de 2002, dentro do Livro III – Dos Fatos Jurídicos, cujo Título I trata especificamente do negócio jurídico, nos arts. 104 a 184.

Dentre os diversos acontecimentos do mundo fático, há os fatos jurídicos *lato sensu*<sup>203</sup>, que, segundo Pontes de Miranda<sup>204</sup>, consistem no fato ou no complexo de fatos que, em razão da incidência de norma jurídica sobre o suporte fático, tornaram-se juridicamente relevantes e, por isso, podem ser desde já, poderão ser, ainda que condicionalmente, ou não serão juridicamente eficazes.

Enquanto espécies dos fatos jurídicos *lato sensu*, há os fatos da natureza, que são aqueles que ocorrem independentemente da vontade humana e podem ser ordinários (tais como, por exemplo, a morte, o nascimento, o decurso do tempo etc.) ou extraordinários (são os casos fortuitos ou casos de força maior), mas produzem efeitos jurídicos e são denominados de fatos jurídicos *stricto sensu*<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> “La fuerza expansiva de la ciencia alemana supera, incluso, a la influencia que en política tuviera el Estado alemán desde Bismarck. En su libro primero, parte general, se modifica la división de Gayo y se le atribuye la parte del león (§§ 104-185); recogiendo en él lo mejor de las enseñanzas del Pandectismo. Este ejemplo de regulación legislativa no ha sido seguido, salvo alguna excepción (como arts. 81-158 C.c. brasileiro; arts. 127-239 C.c. griego), pero la doctrina de casi todos los países del continente europeo ha acogido el concepto y hasta buena parte de la dogmática alemana sobre el negocio jurídico”.

Tradução livre: “A força expansiva da ciência alemã supera, inclusive, a influência que em política teve o Estado alemão desde Bismarck. Em seu primeiro livro, parte geral, modifica-se a divisão de Gaio e atribui-se-lhe a parte do leão (§§ 104-185); recolhendo do melhor dos ensinamentos do Pandectismo. Este exemplo de regulação legislativa não foi seguido, salvo alguma exceção (como arts. 81-158 C.c. brasileiro; arts. 127-239 C.c. grego), mas a doutrina de quase todos os países do continente europeu acolheu o conceito e até boa parte da dogmática alemã sobre o negócio jurídico.” (BRAVO, Federico de Castro y. **El Negocio Jurídico**. Madri: Civitas, 2016, p. 20)

<sup>203</sup> Segundo Silvio Rodrigues, os fatos jurídicos *lato sensu* congregam “todos aqueles eventos, provindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do direito, por criarem, ou transferirem, ou conservarem, ou modificarem, ou extinguirem relações jurídicas.” (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral. Vol. 1**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 167-168)

<sup>204</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo 1**. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 121-129.

<sup>205</sup> “O *fato natural* advém de fenômeno natural, sem intervenção da vontade humana, que produz efeito jurídico.” (Itálico do autor) (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 320)



Ainda como espécies dos fatos jurídicos *lato sensu*, temos também os fatos ou atos humanos<sup>206</sup>, que são os fatos ou atos que decorrem da atividade humana e podem ser classificados em **(a)** voluntários (produzem os efeitos jurídicos desejados pelo agente – são os atos jurídicos *lato sensu*) ou **(b)** involuntários<sup>207</sup> (produzem consequências jurídicas alheias à vontade do agente).

Constituem espécies do fato humano voluntário (ou de ato jurídico em sentido amplo), que é aquele praticado voluntariamente, dotado de licitude e ao qual o ordenamento jurídico atribui os efeitos almejados pelo agente, **(a)** tanto os atos jurídicos em sentido estrito<sup>208</sup> (ou segundo Pontes de Miranda os atos jurídicos não negociais), que “são exteriorizações (inclusive comunicações) de fatos psíquicos sem o intuito de criação de negócio jurídico”<sup>209</sup>, mas que constituem pressuposto de efeitos jurídicos decorrentes da lei e não da regulamentação da autonomia privada pelas partes interessadas<sup>210</sup>, **(b)** quanto os negócios jurídicos<sup>211</sup>, que podem ser unilaterais (“se o ato volitivo provier de um ou mais sujeitos, desde que estejam na mesma direção colimando um único objetivo (...) e subdividindo-se em receptícios, se os seus efeitos só se produzem após o conhecimento da declaração pelo destinatário (...) e não-receptícios, se sua efetivação independer do endereço

---

<sup>206</sup> “O *fato humano* é o acontecimento que depende da vontade humana, abrangendo tanto os atos lícitos como os ilícitos.” (Itálico do autor) (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 320)

<sup>207</sup> O fato jurídico *lato sensu* é “*involuntário*, se acarretar consequências jurídicas alheias à vontade do agente, hipótese em que se configura o ato ilícito, que produz efeitos previstos em norma jurídica, como sanção, porque viola mandamento normativo.” (Itálico do autor) (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321)

<sup>208</sup> Segundo Maria Helena Diniz, o ato jurídico *stricto sensu* é aquele que objetiva “a mera realização da vontade do agente” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321)

<sup>209</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo 1**. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 121-133.

<sup>210</sup> Os atos jurídicos em sentido estrito podem, ainda, ser classificados em atos materiais ou reais (“consistem numa atuação da vontade que lhes dá existência imediata, porque não se destinam ao conhecimento de determinada pessoa, não tendo, portanto, destinatário. Trata-se de atos a que a ordem jurídica confere efeitos invariáveis, de maneira que tais consequências jurídicas estão adstritas tão-somente ao resultado da atuação, produzindo-se independentemente da consciência que o agente tenha de que seu comportamento o suscita.” - DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 362) ou em participação (“consistem em declarações para ciência ou comunicação de intenções ou de fatos, tendo, portanto, por escopo produzir *in mente alterius* um evento psíquico; têm, necessariamente, destinatário, pois o sujeito pratica o ato para dar conhecimento a outrem de que tem certo propósito ou que ocorreu determinado fato.” - DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 363)

<sup>211</sup> Com o negócio jurídico “se procura criar normas para regular interesses das partes, harmonizando vontades que, na aparência, parecem antagônicas (...) e que se subordinam a algumas disposições comuns”. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 321)

a certo destinatário”<sup>212</sup>) ou bilaterais (“se a declaração volitiva emanar de duas ou mais pessoas, porém dirigidas em sentido contrário, podendo ser simples, quando concederem benefício a uma das partes e encargo à outra (...) e sinalagmáticos, quando conferirem vantagens e ônus a ambos os sujeitos”<sup>213</sup>).

A diferença fundamental entre os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos reside no fato de que o ato jurídico em sentido estrito produz efeitos derivados da lei, qualquer que seja a vontade do agente, enquanto que, no negócio jurídico, segundo Clóvis V. do Couto e Silva, “manifesta-se o valor plasmador da vontade, como em nenhum outro ato, de modo que, embora não se faça necessária a vontade de produzir efeitos jurídicos para a sua existência, esses efeitos, via de regra, equiparam-se e comensuram-se à vontade negocial.”<sup>214</sup>

Entre os atos jurídicos *lato sensu*, interessa-nos o negócio jurídico, mais especificamente os negócios jurídicos bilaterais sinalagmáticos<sup>215</sup>, enquanto uma das fontes das obrigações<sup>216</sup>, cuja espécie é o contrato.

No que diz respeito ao conceito de negócio, há duas teorias fundamentais: a teoria objetiva ou preceptiva e a teoria subjetiva ou voluntarista<sup>217</sup>.

<sup>212</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 370-371.

<sup>213</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 371.

<sup>214</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 73.

<sup>215</sup> Os negócios jurídicos são “*bilaterais*, se a declaração volitiva emanar de duas ou mais pessoas, porém dirigidas em sentido contrário, podendo ser simples, quando concederem benefício a uma das partes e encargo à outra (doação, depósito gratuito), e sinalagmáticos, quando conferirem vantagens e ônus a ambos os sujeitos (compra e venda, locação etc.)” (Itálico do autor) (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 371)

<sup>216</sup> “As fontes das obrigações são aqueles atos ou fatos nos quais estas encontram nascedouro.” (RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. Vol. 2**. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p.8)

Segundo Emilio Betti, “acreditamos, portanto – e antecipamos assim nossas conclusões –, que uma orgânica e racional classificação das fontes pode ser a seguinte: a) obrigações decorrentes de negócio jurídico, seja ele um contrato dotado, ou não, de uma denominação e disciplina próprias, ou um ato unilateral; b) obrigações que a lei atribui a um estado de fato (*Zustandsobligation*) capaz de gerar um contato social entre duas esferas de interesses, como nos arts. 843-4, ou uma relação qualificadora, como na relação alimentícia legal art. 433 e nas *obliterationes propter rem* (arts. 1.104, 1.115, 362, 366, 367, 882, 888, 1.070, etc.); c) obrigações decorrentes de um desequilíbrio patrimonial (art. 2.041) ou de fato ilícito que cause dano injusto a outro consociado (art. 2.043), tanto o dano advindo de um fato imputável, ou seja, propriamente ilícito, quanto o advindo de uma situação de fato objetiva que, independentemente de culpa concretamente demonstrável, é, todavia, ligado por um nexo de imputabilidade à esfera de controle de outro consociado – poder de controle que determinados sujeitos têm sobre a atividade que é causa do dano (arts. 2.046, 2.047, 2.048, 2.049, 2.050, etc.), ou conduz a uma atribuição de responsabilidade com base no princípio *cuius commoda eius et incommoda*.” (BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006, p. 393)

<sup>217</sup> Não obstante a discussão existente no entorno do conceito de negócio jurídico, discussão esta representada simplificada pelas teorias subjetivas (ou voluntaristas) e objetivas (ou “preceptivas”), vale a ressalva de

Dentre os diversos doutrinadores adeptos da concepção subjetiva ou voluntarista, segundo os ensinamentos de Francisco Paulo De Crescenzo Marino<sup>218</sup>, Giuseppe Stolfi teria apresentado o conceito representativo desta teoria, para quem o negócio jurídico “é a manifestação de vontade de uma ou de mais partes que visa a produzir um efeito jurídico, quer dizer, o nascimento, a modificação de um direito subjetivo ou sua garantia ou sua extinção.”<sup>219</sup> (Tradução livre)

Todavia, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, as definições voluntaristas são majoritárias no Direito Brasileiro e, invariavelmente, conceituam o negócio jurídico como sendo a:

“(...) manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade (adotada, porém, esta última expressão em sentido pouco preciso, através do qual não se a distingue de manifestação de vontade).”<sup>220</sup>

Não obstante a predominância dos conceitos voluntaristas, Antônio Junqueira de Azevedo apresenta crítica à concepção subjetiva ou voluntarista<sup>221</sup>, pois **(i)** esta teoria acaba por se preocupar apenas com o momento da gênese do negócio jurídico, além disso, **(ii)** a teoria subjetivista também engloba, na definição de negócio jurídico, atos que não seriam qualificados como negócio jurídico (exemplifica, o mencionado autor, com ato jurídico lícito em que a parte quer produzir os efeitos jurídicos previstos em lei), bem como **(iii)** exclui atos que seriam qualificados como negócio jurídico (o autor exemplifica com a hipótese de conversão de negócio jurídico, que, embora não tenha sido previsto, nem quisto diretamente pelas partes, não deixa de ser um negócio jurídico).

---

Francisco Paulo de Crescenzo Marino: “Embora não se pareça necessário, ou mesmo possível, optar de maneira radical por uma ou outra concepção de negócio jurídico, propende-se para uma visão objetiva, embora não normativa, do negócio jurídico. Não se pode esquecer, todavia, que a teoria da vontade é relevante para a compreensão de várias questões.” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28)

<sup>218</sup> MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 21-29.

<sup>219</sup> Tradução livre de: “Por ello, en relación con las premisas ya desarrolladas, definimos el negocio jurídico como la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción.” (STOLFI, Giuseppe. **Teoría del Negócio Jurídico**. Tradução de Jaime Santos Briz. 2ª edição. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 2)

<sup>220</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 4.

<sup>221</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 7-9.

Antônio Junqueira de Azevedo, ainda, aponta que a teoria subjetivista centraliza sua definição de negócio jurídico em uma perspectiva psicológica com fundamento na vontade, a qual não seria relevante para a existência do negócio jurídico, mas, sim, para a validade e para a eficácia do negócio jurídico.

Por outro lado, a concepção objetiva de negócio jurídico teria Emilio Betti como seu jurista defensor<sup>222</sup>, para quem o negócio jurídico “é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe (*sic*) caracteriza o tipo (típica neste sentido).”<sup>223</sup>

Segundo a concepção objetivista, o negócio jurídico seria uma fonte criadora de relações jurídicas<sup>224</sup> dentro do exercício da autonomia privada reconhecida, pelo ordenamento jurídico, aos sujeitos de direito.

Ainda, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, a concepção objetivista não se afigura melhor que a concepção subjetivista, pois **(i)** impõe ao negócio jurídico um caráter de ordenamento, de mandamento, que o mesmo não possui, visto que não é norma jurídica propriamente dita, **(ii)** deixa de reconhecer o negócio jurídico como fonte criadora de relações jurídicas e **(iii)** tal como ocorre na concepção subjetivista, a concepção objetivista deixa de abranger figuras jurídicas que são negócios jurídicos (o referido autor exemplifica com a hipótese dos negócios nulos ou anuláveis, que a doutrina continua classificando como negócios jurídicos).

Não obstante a dualidade conceitual de negócio jurídico, percucientemente Antônio Junqueira de Azevedo constata que a teoria subjetiva ou voluntarista preocupa-se com a gênese do negócio jurídico, enquanto a teoria objetiva ou preceptiva volta a sua atenção para a função do negócio jurídico, mas ambas as teorias descuram-se da estrutura

---

<sup>222</sup> MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 21-29.

<sup>223</sup> BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Editora Servanda. Campinas: Servanda, 2008, p. 88.

<sup>224</sup> A propósito, veja a concepção positivista da Hans Kelsen: “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 273-274)

do negócio jurídico<sup>225</sup>, o que leva aquele jurista a propor uma terceira concepção de negócio jurídico: a concepção estrutural.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, sob a ótica do conceito estrutural que é por ele proposto, o negócio jurídico pode assim ser definido:

“Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos: negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). *Ser declaração de vontade* é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela *efeitos constitutivos de direito* – e esta é a sua característica específica secundária.

*In concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.”<sup>226</sup> (Itálico do autor)

Dessa forma, da concepção estrutural de negócio jurídico apresentada por Antônio Junqueira de Azevedo, podemos afirmar que o negócio jurídico possui os seguintes elementos estruturais: **(i)** um negócio, que exterioriza objetivamente a vontade negocial das partes, **(ii)** a forma do negócio (*corpus*), **(iii)** as circunstâncias negociais que envolvem o referido negócio e **(iv)** o objeto.

---

<sup>225</sup> “Ainda que as duas posições se apresentem como pretendendo revelar a estrutura do negócio, parece-nos que, pela acentuada preponderância, ou da gênese, ou da função, ambas acabam deixando escapar justamente o que pretendiam revelar, ou seja, a estrutura.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 2)

<sup>226</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 16.

Observe-se que, neste estudo, consideramos que os elementos do negócio jurídico são “tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito”<sup>227</sup>, isto é, são os elementos integrantes da estrutura do negócio jurídico que lhe conferem existência no âmbito do Direito<sup>228</sup>. Dentro da classificação dos elementos do negócio jurídico apresentada por Antônio Junqueira de Azevedo<sup>229</sup>, de acordo com o grau de abstração, consideraremos apenas os elementos gerais<sup>230</sup>, que são os elementos estruturais comuns a todos os negócios jurídicos.

Há que se ressaltar, desde já, que a doutrina utiliza o termo declaração de vontade para referir-se ao elemento estrutural do negócio. O próprio Código Civil Brasileiro de 2002, por exemplo, em seu art. 107<sup>231</sup>, faz referência à forma da declaração de vontade, repetindo, basicamente, a mesma redação do art. 129 do Código Civil Brasileiro de 1916<sup>232</sup>, sem se dar conta de que a forma refere-se ao negócio, que exterioriza objetivamente a vontade negocial dentro da estrutura do negócio jurídico.

Todavia, entendemos que a utilização da expressão declaração de vontade, ao invés de negócio exteriorizador da vontade negocial, além da sua impropriedade, limita a forma utilizada pelas partes para a exteriorização objetiva da vontade negocial.

Ademais, a expressão declaração da vontade simplesmente desconsidera que a vontade negocial pode ser exteriorizada pelo mero comportamento das partes, sem que tenha havido declaração da vontade negocial, ou seja, há que se enfatizar que a vontade negocial pode ser manifestada de diversas maneiras, não apenas por meio da declaração de vontade,

---

<sup>227</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

<sup>228</sup> “Plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24)

<sup>229</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 31-40.

<sup>230</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, seguindo uma escala decrescente no grau de abstração, apresenta ainda os elementos categoriais, que, embora não integrem o negócio jurídico, eles são próprios dos atos jurídicos e dos fatos jurídicos, enquanto categoria superior ao negócio jurídico. São eles: o lugar, o tempo e os agentes. Por fim, ainda há os elementos particulares que se encontram em determinado tipo de negócio jurídico, não sendo comuns a todos os negócios jurídicos, além de serem inseridos por vontade própria das partes, tais como, por exemplo, a condição, o termo e o encargo.

<sup>231</sup> “**Art. 107.** A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

<sup>232</sup> “**Art. 129.** A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82).” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01.01.1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

por isso, neste trabalho preferimos a utilização do termo negócio para fazer referência ao elemento estrutural do negócio jurídico, que exterioriza objetivamente a vontade negocial.

Em relação ao negócio, primeiro elemento estrutural do negócio jurídico, segundo o léxico, negociar, que deriva do latim *negotiari*, significa “desenvolver relações para estabelecer e concluir tratados ou convênios”<sup>233</sup>, “fazer acordo acerca de; combinar”<sup>234</sup>.

Segundo De Plácido e Silva, o verbo negociar é “empregado no sentido de *estabelecer condições* ou *assentar as bases* para a execução de qualquer ato ou de qualquer ajuste” (Itálico do autor), equivalendo, portanto, “a *ajustar, convencionar, contratar, acordar*, sobre qualquer ato”<sup>235</sup> (Itálico do autor).

Desse modo, já se pode deduzir que o negócio, derivado do latim *negotium*, nada mais é que o ajuste sobre determinado objeto negocial estabelecido entre as partes, ou seja, a regulação, dentro do âmbito da autonomia privada, de interesses relativos às partes.

Novamente, segundo De Plácido e Silva, o termo negócio é “formado das expressões *nec* (não) e *otium* (ociosidade)”, de maneira que exprime “qualquer espécie de *atividade*”<sup>236</sup>, concluindo que:

“Neste lato sentido, na linguagem jurídica, *negócio* refere-se a todo *ato lícito* ou, propriamente, todo *ato legítimo* (*actus legitimus*), praticado ou executado dentro de um objetivo, ou para que se consiga um desejado *efeito jurídico*, ou para desempenho de qualquer mister.”<sup>237</sup> (Itálico do autor)

Logo, o negócio<sup>238</sup> nada mais é que um ato de autonomia privada das partes que, de maneira concordante, regulam determinados interesses, com determinados objetivos

<sup>233</sup> BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 899, acepção 2.

<sup>234</sup> BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 899, acepção 4.

<sup>235</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes III e IV**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 238.

<sup>236</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes III e IV**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 239.

<sup>237</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes III e IV**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 239.

<sup>238</sup> A propósito, segundo Federico de Castro y Bravo, “El vocablo ‘negotium’ se encontraba en los textos romanos y los del antiguo Derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica, sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos (‘negotium contractum’, ‘sinallagma’).”

comuns, ou, ainda, nas palavras de Alejandro Guzmán Brito, “o termo *negotium*, por sua parte, frequentemente no plural (*negotia*), significa o conjunto de assuntos patrimoniais que interessa a alguém, indistintamente referidos a atuações jurídicas ou puramente materiais”<sup>239</sup> (Itálico do autor) (Tradução livre).

Este negócio que exterioriza objetivamente a vontade negocial das partes, por sua vez, pode ser veiculado por diversas formas, por diversos *corpus*.

Neste momento, é imprescindível distinguir a exteriorização da vontade da declaração de vontade.

Com efeito, para a caracterização da estrutura do negócio jurídico, é necessário que haja a exteriorização<sup>240</sup> (ou manifestação da vontade *lato sensu*) da vontade negocial e que esta sirva de elemento do suporte fático do negócio jurídico.

Como bem ensinou Pontes de Miranda, “as manifestações e as declarações de vontade são as exteriorizações da vontade, aptas a serem elemento de suporte fático de fato jurídico, com ou sem o intuito de se ter eficácia jurídica de tal fato.”<sup>241</sup> Assim, constituem espécies da exteriorização objetiva da vontade ou da manifestação da vontade *lato sensu* não só a declaração da vontade, mas também a manifestação da vontade *stricto sensu*.

Para tanto, deve-se considerar a manifestação de vontade *stricto sensu* (ou exteriorização da vontade) como sendo um meio de revelação objetiva da vontade interior negocial do agente. Esta manifestação de vontade comporta diversos veículos

---

Tradução livre: “O vocábulo ‘negotium’ encontrava-se nos textos romanos e nos do antigo Direito espanhol, mas usado com tanta variedade de sentidos que parecia inservível para a linguagem técnica jurídica. Por ele, não se introduz diretamente na ciência jurídica, senão depois de ter-se dado especial relevância ao termo ato jurídico; então, empregar-se-á a frase negócio jurídico para designar um tipo especial de atos jurídicos (‘negotium contractum’, ‘sinallagma’).” (BRAVO, Federico de Castro y. **El Negocio Jurídico**. Madrid: Civitas, 2016, p. 19)

<sup>239</sup> Tradução livre de: “El término negotium, por su parte, frecuentemente en plural (negotia), significa el conjunto de asuntos patrimoniales que interesa a alguien, indistintamente referidos a actuaciones jurídicas o puramente materiales”. (BRITO, Alejandro Guzmán. Para la Historia de la Formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contracto, IV: Los Orígenes Históricos de la Noción General de Acto o Negocio Jurídico. **Revista de Estudios Histórico-jurídicos**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, nº 26, 2004, p. 187)

<sup>240</sup> Neste momento, é muito relevante a advertência de José de Oliveira Ascensão: “Devemos porém estar prevenidos em relação a dificuldades terminológicas. Não só os autores variam muito, como a própria lei assenta em terminologia que não facilita as distinções.

A lei usa unicamente o termo declaração. Os arts. 217 e seguintes, integrados na Seção sobre ‘Declaração negocial’, pressupõem que todo o negócio jurídico tem na sua origem uma declaração. Não distinguem declaração e mero comportamento.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos**. Vol. 2. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42)

<sup>241</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo 1**. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 129-130.



exteriorizadores da vontade negocial distintos da declaração de vontade, mas que são aptos, de igual maneira, a exteriorizar a vontade negocial como, por exemplo, os comportamentos socialmente relevantes, também conhecidos por comportamentos concludentes.

Por outro lado, “a declaração de vontade é a exteriorização declarada, tornada ‘clara’”<sup>242</sup> e consubstanciada no ato de declaração, que não só exterioriza a vontade negocial, mas também a demonstra juntamente com a vontade de declarar propriamente dita, como bem exemplifica, mais uma vez, Pontes de Miranda: “Quando assino a escritura pública de venda e compra, declaro a) a vontade de vender (ou de comprar), e mostro, pelo ato da declaração, b) a vontade de declarar.”<sup>243</sup>

Inegável, assim, é a necessidade de exteriorização da vontade negocial, mas não importa qual seja o veículo de exteriorização, não havendo obrigatoriedade de que aquela vontade negocial seja exteriorizada somente por meio de declaração da vontade<sup>244</sup>.

Nesse sentido, é o ensinamento, mais uma vez, de Clóvis V. do Couto e Silva, *in verbis*:

“O importante não é, com certeza, o modo como se exterioriza a *voluntas*, se através de declaração, ou de fato concludente. Superou-se o entendimento daqueles que exigiam, para caracterizar o negócio jurídico, a declaração de vontade. Que se faça necessário vontade claramente exteriorizada, perceptível, inequívoca, não cabe dúvida. Mas, se o veículo é a palavra, ou o fato concludente, a exteriorização nenhuma influência terá para o efeito de qualificar o ato como negócio jurídico.”<sup>245</sup>

A propósito, o Código Civil Brasileiro de 2002 é expresso quanto à inexistência de exigência de forma para a exteriorização da vontade, tanto que o art. 107 expressamente prevê que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”<sup>246</sup>, o que, inclusive, é corroborado pela possibilidade

<sup>242</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo 1.** 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 129-131.

<sup>243</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo 1.** 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 129-132.

<sup>244</sup> “Mas nem toda a declaração é negocial, e por outro lado nem toda a exteriorização negocial é uma declaração, como verificaremos.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos. Vol. 2.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38)

<sup>245</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto. **A Obrigação como Processo.** Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 73.

<sup>246</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017.

do negócio jurídico valer-se de forma não defesa em lei (art. 104, inciso III, do Código Civil Brasileiro<sup>247</sup>), caso em que o mesmo será reputado válido.

Desse modo, a exteriorização da vontade pode ser expressa ou tácita.

Ter-se-á uma exteriorização da vontade expressa<sup>248</sup> quando houver um meio direto de manifestação da vontade ou, segundo José de Oliveira Ascensão, quando a manifestação da vontade destinar-se diretamente à comunicação da vontade negocial ou, ainda segundo Paulo Mota Pinto, a exteriorização da vontade ocorrer de modo explícito, categórico<sup>249</sup>.

Já haverá exteriorização da vontade tácita<sup>250</sup> quando a vontade negocial for deduzida de fatos ou atos, isto é, a exteriorização da vontade negocial não se traduzir por palavras, ela é subentendida, implícita, sendo aferida indiretamente de fatos ou atos<sup>251</sup> e, assim, reconhecida socialmente como apta a produzir efeitos jurídicos negociais<sup>252</sup>.

Impende ressaltar que, no âmbito da exteriorização tácita da vontade, como bem advertiu José de Oliveira Ascensão<sup>253</sup>, não há que se considerar que o comportamento

<sup>247</sup> “**Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:

(...)

III – forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>248</sup> “O adjetivo ‘expresso’ provém do latim ‘expressu’, formado pelo prefixo ex-, que (...) significa exarado, terminante, explícito, claro, expressivo, significativo, ou, ligado a meios de comunicação e transporte, rápido, directo.” (PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico.** Coimbra: Almedina, 1995, p. 2)

<sup>249</sup> “É direta a recognoscibilidade, e explícita a manifestação, quando se produz – não importa se intencionalmente ou não – por meio de sinais que, na prática social ou por convenção das partes, desempenham a função de dar a conhecer um determinado conteúdo preceptivo àqueles a quem interessa (a linguagem falada ou escrita é o meio principal, mas não exclusivo, podendo, também, bastar, para essa missão, sinais, gestos e atitudes silenciosas).” (BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tradução de Editora Servanda. Campinas: Servanda, 2008, p. 206)

<sup>250</sup> “Quanto a ‘tácito’, provém do latim ‘tacitu’, tendo sido recebido na língua portuguesa por via culta e significando tanto silencioso, calado, que se não traduz por palavras, como o que subentende, que está implícito, que não necessita de ser declarado expressamente”. (PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico.** Coimbra: Almedina, 1995, p. 2)

<sup>251</sup> “A manifestação tácita é a manifestação em que somente se sabe qual a vontade, o conhecimento ou o sentimento manifestado através de conclusões que se tiram de fatos (...) *Videtur e intellegitur* foram as expressões que Ulpiano empregou. Falta a imediatidade que haveria em dizer-se: ‘Aceito a oferta’. Apanha-se a vontade (...) em seu conteúdo e direção, mas mediamente, após operação de raciocínio.” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo 2.** Campinas: Bookseller, 2000, p. 449)

<sup>252</sup> “É, pelo contrário, indireta a recognoscibilidade e implícita a manifestação, quando se produz por meio de uma conduta que, tomada em si mesma, não tem a função de fazer conhecer aos interessados o conteúdo em questão, mas que, por ilação necessária e unívoca, permite deduzir e torna reconhecível uma tomada e posição vinculativa, a respeito de certos interesses alheios.” (BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tradução de Editora Servanda. Campinas: Servanda, 2008, p. 206)

<sup>253</sup> A propósito, vide ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos. Vol. 2.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 42-44 e pp. 48-49.

concludente ou o comportamento social típico configure uma outra espécie de exteriorização da vontade negocial, de modo que não se enquadraria na tipologia acima indicada, tampouco constitua uma outra fonte das obrigações, que não se enquadre dentro dos negócios jurídicos bilaterais, mais especificamente dentre os contratos.

Com efeito, o comportamento concludente ou socialmente típico constitui o *corpus* da exteriorização tácita da vontade negocial, visto que, embora não haja a imediatidade típica das exteriorizações expressas da vontade, é possível constatar a vontade negocial “mediatamente, após operação de raciocínio.”<sup>254</sup>

Desse modo, a forma do negócio nada mais é que o meio ou o suporte utilizado pelo agente para exteriorizar objetivamente o negócio, que, por sua vez, contém a vontade negocial objetivamente, isto é, a forma do *corpus* nada mais é que a forma tácita ou expressa que objetivamente exterioriza a vontade negocial em dada sociedade, que, aliada às circunstâncias negociais, é socialmente considerada típica e apta a produzir efeitos.

A propósito, o Código Civil Brasileiro de 1916 continha um dispositivo, o art. 1.079 (o qual não contém um correspondente no Código Civil de 2002), que dispunha que “a manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.”<sup>255</sup> Este dispositivo legal revogado retratava as formas possíveis do negócio, enquanto elemento estrutural do negócio jurídico.

Além das duas formas de expressão da vontade acima indicadas, é preciso verificar como o silêncio é considerado em termos de exteriorização da vontade negocial.

Antônio Junqueira de Azevedo<sup>256</sup>, ao tratar da forma do negócio jurídico, enquanto meio pelo qual o agente exterioriza a sua vontade negocial, e após classificar a exteriorização da vontade em expressa ou tácita, traz uma segunda classificação: a exteriorização da vontade ativa e a omissiva.

Na exteriorização da vontade ativa, o agente produz de alguma forma uma modificação no mundo exterior (*i*) com a finalidade de manifestar sua vontade de maneira direta, o que Antônio Junqueira de Azevedo denomina de forma ativa expressa, ou, ainda,

---

<sup>254</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo 2.** Campinas: Bookseller, 2000, p. 449.

<sup>255</sup> BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01.01.1916.** Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017.

<sup>256</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia.** 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 129-133.

(ii) da qual é possível deduzir a exteriorização da vontade negocial do agente, que é denominada por Antônio Junqueira de Azevedo de forma ativa tácita.

Ainda, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, há a forma omissiva de exteriorização da vontade, segundo a qual “negócios com forma omissiva são aqueles que se consubstanciam em inércia, isto é, neles não há alteração do mundo exterior. Também esta inércia pode estar dirigida diretamente a expressar a vontade (forma omissiva expressa (...)), ou se constituir em fato do qual se deduz a declaração de vontade (forma omissiva tácita (...)).”<sup>257</sup>

Após apresentar a supramencionada classificação, Antônio Junqueira de Azevedo sustenta que o silêncio, no âmbito do negócio jurídico, seria sempre uma forma omissiva expressa de exteriorização da vontade, jamais uma forma tácita, pois “esta, como acima definida, implica fatos ou atos dos quais se presume a declaração”<sup>258</sup>.

Com o devido respeito, ousamos dissentir da opinião do ilustre jurista para concordar com o posicionamento de José de Oliveira Ascensão, segundo o qual a omissão e o silêncio não se confundem.

Inicialmente, é preciso distinguir omissão de silêncio.

A omissão contrapõe-se à ação. A ação, segundo a acepção do vernáculo, consiste no “ato ou efeito de agir”<sup>259</sup> e agir significa “realizar ações; atuar (...) proceder; comportar-se”<sup>260</sup>, do que decorre que a ação implica necessariamente em uma conduta humana; logo, a omissão, por sua vez, consiste no ato ou efeito de não agir, ou, ainda, no não fazer (ou deixar de fazer) algo que poderia fazer e que implica em uma projeção de fins.

Por outro lado, no vernáculo, o silêncio consiste no “estado de quem não quer ou não pode falar”, na “interrupção da comunicação”<sup>261</sup>. Desse modo, pode-se extrair destas acepções que o silêncio é a não manifestação por meio da fala e, por isso, não é capaz de exteriorizar, tampouco de projetar fins (tal como ocorre na omissão), justamente por

---

<sup>257</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 127-128.

<sup>258</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 129.

<sup>259</sup> BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 92, acepção 1.

<sup>260</sup> BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 112, acepções 1 e 3.

<sup>261</sup> BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 1181, acepções 2 e 3.

significar o nada e não constituir uma forma de conduta humana, sendo, em regra, incapaz de vincular o agente silente.

Assim, podemos dizer que a omissão encontra-se no âmbito da conduta humana, do agir, enquanto que o silêncio encontra-se especificamente no âmbito da fala, da comunicação por meio da fala, tratando-se de institutos distintos que não se confundem, ainda que, em relação a ambos, os efeitos jurídicos atribuídos possam ser os mesmos.

Mas, no âmbito dos negócios jurídicos, o negócio exteriorizador da vontade negocial constitui elemento estrutural do negócio jurídico e a omissão e o silêncio somente produzirão efeitos de exteriorização da vontade se assim houver determinação legal e as circunstâncias negociais e os usos e costumes assim determinarem, sob pena de serem juridicamente irrelevantes para efeitos de exteriorização da vontade negocial.

Isto quer dizer que a omissão e o silêncio não têm o condão de por si só dar origem a um negócio jurídico, pois não são considerados isoladamente como exteriorização da vontade, mas apenas quando à omissão e ao silêncio forem atribuídos efeitos jurídicos negociais e que são próprios de uma exteriorização da vontade negocial.

Dessa maneira, quando ao comportamento omissivo e ao silêncio for atribuído significado concludente, eles constituirão o mesmo fenômeno visto em relação à exteriorização da vontade, isto é, “o fenômeno que se nos apresenta na declaração é, como vimos, o de uma saída do pensamento íntimo de cada um, para se tornar expressão objetiva, dotada de vida própria, perceptível e apreciável no mundo social.”<sup>262</sup>

A propósito, em relação ao silêncio, o art. 111 do Código Civil Brasileiro de 2002 taxativamente determina que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração da vontade expressa.”<sup>263</sup>

Além do negócio exteriorizador da vontade negocial e o *corpus* desse negócio, o negócio jurídico possui um terceiro elemento estrutural, qual seja, as circunstâncias negociais que servem de base para a análise da exteriorização da vontade e para a ela atribuir os efeitos negociais socialmente admitidos como típicos.

---

<sup>262</sup> BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 190.

<sup>263</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017.

Percucientemente, Antônio Junqueira de Azevedo define as circunstâncias negociais como sendo:

“(...) conjunto de circunstâncias que forma uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas)”, isto é, “as ‘circunstâncias negociais’ são, pois, um *modelo cultural de atitude*, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos.”<sup>264</sup> (Itálico do autor)

Esta inserção das circunstâncias negociais na estrutura do negócio jurídico deve-se ao fato de todas as relações individuais inserirem-se em um sistema social total<sup>265</sup>, que consiste no conjunto coerente, específico e dinâmico de relações entre indivíduos, que exercem papéis sociais típicos, diferenciados e complementares<sup>266</sup> dentro de grupos sociais homogêneos e sua interação dinâmica com as estruturas<sup>267</sup> e instituições<sup>268</sup> econômico-sociais.

<sup>264</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122.

<sup>265</sup> “*Um sistema social total é um arranjo dinâmico, coerente e específico de relações reais e objetivas que grupos de indivíduos (suporte dessas estruturas que eles não escolheram) entretêm e fazem evoluir por seus comportamentos conscientes de adaptação, desempenhando papéis complementares e diferenciados em decorrência de atividades socialmente efetuadas, das quais, algumas exercem um efeito de dinamização sobre as outras e definem a lógica de incompatibilidades estruturais.*” (Itálico do autor) (NICOLAÏ, André. **Comportamento Econômico e Estruturas Sociais**. São Paulo: Editora Nacional e Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 317)

<sup>266</sup> “(...) em todas as sociedades, a luta contra a escassez levou a uma diferenciação e a uma complementaridade técnicas e sociais dos papéis econômicos; suscitou relações definidas entre grupos, fundadas no comportamento dos agentes membros deste grupo.” (NICOLAÏ, André. **Comportamento Econômico e Estruturas Sociais**. São Paulo: Editora Nacional e Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 36)

<sup>267</sup> Neste momento, devemos observar que, neste trabalho, adotaremos o conceito de estrutura dado por André Nicolaï, segundo o qual as estruturas sociais são as “*relações reais e objetivas que ligam os indivíduos em grupos no exercício de atividades em que intervém uma divisão social dos papéis*. O arranjo coerente e específico das estruturas constitui um dos componentes dos sistemas, sendo o outro o arranjo coerente e específico dos comportamentos.” (Itálico do autor) (NICOLAÏ, André. **Comportamento Econômico e Estruturas Sociais**. São Paulo: Editora Nacional e Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 58)

<sup>268</sup> Em relação ao termo instituição, neste trabalho, adotaremos o conceito de Douglass C. North já indicado na nota de rodapé nº 15, segundo o qual “as instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as limitações idealizadas pelo homem que dão forma à interação humana. Por conseguinte, estruturam incentivos no intercâmbio humano, seja político, social ou econômico”. Tradução livre de: “Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico.” (NORTH, Douglass C. **Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico**. Tradução de Agustín Bárcena. 1ª edição, 4ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 13)

Da interação entre o comportamento individual com o plano coletivo de dado grupo social homogêneo, bem como com as estruturas e instituições econômico-sociais, os agentes econômicos obtêm maior previsibilidade e segurança para as relações contratuais da denominada personalidade de base comum de dado grupo social homogêneo, gerando uma justa expectativa em relação ao comportamento alheio.

Por isso, há extrema importância na análise da exteriorização da vontade negocial em conformidade com as circunstâncias negociais, o que permitirá avaliar se dada exteriorização de vontade é reconhecida socialmente como apta a produzir efeitos sociais, econômicos e jurídicos, o que, inclusive, vem expresso no art. 113 do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>269</sup>, que impõe seja, a interpretação do negócio jurídico, feita de acordo com os usos do local de sua celebração (além da boa fé).

Por fim, o negócio jurídico apresenta como seu elemento estrutural o objeto, que nada mais é que o bem jurídico que será disposto por aquele ato de autonomia privada. Há que se ressaltar, também, que muitas vezes o objeto do negócio jurídico é impropriamente identificado com o seu conteúdo.

O conteúdo do negócio jurídico é o conjunto de normas obtido pela autorregulação efetuada pelas próprias partes, quando da prática do ato de autonomia privada<sup>270</sup>.

Por outro lado, o objeto do negócio jurídico<sup>271</sup>, que é seu elemento estrutural, é o bem jurídico sobre o qual recairá a autorregulamentação disposta pelas partes no âmbito do negócio, não se confundindo com as regras que sobre ele incidem, ou seja, com o conteúdo.

---

<sup>269</sup> “**Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>270</sup> “**Conteúdo** do negócio são as próprias cláusulas negociais, que constituem a regulação mesma de interesses realizada. O conteúdo do negócio será estudado em momento posterior.” (Negrito do autor) (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos. Vol. 2.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90)

“O conteúdo do negócio corresponde à regulação por ele desencadeada: ao conjunto das regras que, por ele ter sido celebrado, tenham aplicação, no espaço delimitado pelas partes.” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil II.** 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 537)

<sup>271</sup> “**Objeto** do negócio são os bens que por ele se dispõem. São assim as coisas, as prestações, etc., que são atingidas pela regulação de interesses.” (Negrito do autor) (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos. Vol. 2.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90)

“Do conteúdo deve distinguir-se o objeto; este tem a ver não com a regulação em si, mas com o *quid* sobre que irá recair a relação negocial propriamente dita.” (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil II.** 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 538)

Por estas razões, ousamos dissentir da opinião de Antônio Junqueira de Azevedo, segundo o qual “por objeto do negócio jurídico deve-se entender todo o seu conteúdo.”<sup>272</sup>

Assim, visto que o negócio, a forma do negócio (apta a exteriorizar a vontade negocial objetivamente), as circunstâncias negociais e o objeto constituem os elementos estruturais do negócio jurídico, deve-se, neste momento, analisar a noção de contrato no Direito Brasileiro e quais são seus elementos estruturais, ou seja, que dão ao contrato existência jurídica.

---

<sup>272</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 134.



### 3. OS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CONTRATO COMERCIAL

É inegável que o instituto jurídico do contrato, desde a sua concepção clássica até os dias atuais, passou por uma adaptação às modificações havidas na realidade socioeconômica e, conseqüentemente, no âmbito da autonomia privada, de forma a acompanhar as atuais vicissitudes do patamar alcançado, pela humanidade, no desenvolvimento socioeconômico, inclusive, como forma de manter a eficiência na circulação de riqueza<sup>273</sup>, tornando-a mais fluida e mais adequada às características atuais da atividade econômica hodierna, como bem reconheceu Fernando Campos Scaff.<sup>274</sup>

Portanto, atualmente, não podemos mais conceber a ideia de contrato, enquanto instrumento de ampla negociação acerca das cláusulas contratuais entre as partes, segundo a ótica do modelo clássico ou liberal de contrato, que, seguramente, não vigora mais nos dias atuais, visto que em uma economia de mercado, que exige seja a atividade econômica praticada de modo massificado e padronizado, a autonomia privada e, por consequência, o instituto do contrato acabou seguindo as características inerentes à atividade econômica, resultando em uma padronização, massificação e objetivação do instituto do contrato, implicando em uma maior mitigação do exercício da autonomia privada, sem se considerar na maior permeabilidade à regulação jurídica do mercado, que, segundo José A. Engrácia Antunes:

“(...) de modo mais incisivo do que noutros domínios da contratação (mormente, da civil), o *mercado funciona como um verdadeiro ‘contexto de sentido’ dos contratos comerciais* no sentido em que o regime jurídico destes últimos tem sido altamente tributário da regulação jurídica do

---

<sup>273</sup> “Nada obstante o contrato, qualquer que seja o tipo adotado, ser criação ou instituição social, tem função clara no garantir a regular e voluntária circulação da riqueza, ao ser recepcionado pelos ordenamentos jurídicos parece ter perdido a ligação com sua função precípua, aqui rememorada.” (SZTAJN, Rachel. Apresentação à 2ª Edição. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. XXI)

<sup>274</sup> “Por outro lado, pergunta-se até que ponto esta convergência de vontades deixou, efetivamente, de integrar a figura do contrato e se não é verdadeiro que tal instituto, variando de acordo com as necessidades de rapidez e homogeneização, próprias do atual estágio de desenvolvimento econômico, incitam os doutrinadores a, com base na revisão dos conceitos firmados, relativos a esta noção de contrato, buscar adaptações da ideia clássica, mantendo o instituto e adequando-o a tais necessidades do tráfego.” (SCAFF, Fernando Campos. As Novas Figuras Contratuais e a Autonomia da Vontade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 91, Jan.-Dez. 1996, p. 142)

mercado, em particular daquelas intervenções regulatórias que procuram tutelar a posição dos protagonistas do jogo da oferta-procura e encontrar um ponto de equilíbrio entre os seus interesses conflitantes (‘maxime’, interesses dos empresários, interesses dos consumidores, interesses dos concorrentes, e interesse público geral).”<sup>275</sup> (Itálico do autor)

Fazendo-se ressalva a algumas pequenas variações conceituais, podemos citar as seguintes definições de contrato representativas do melhor entendimento doutrinário brasileiro:

“(…) *contrato* é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”<sup>276</sup> (Itálico do autor)

“O contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial, reservando-se o termo *convenção* para abranger as relações que não tenham conteúdo patrimonial.”<sup>277</sup>

“Posso, assim, esboçar um conceito de contrato, como a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial.”<sup>278</sup>

Pode-se perceber que, em linhas gerais, as definições doutrinárias não se preocupam em definir o contrato por seus elementos estruturais, mas, sim, partem dos elementos indicados no art. 104 do Código Civil Brasileiro<sup>279</sup>, o qual, por sua vez, indica os elementos necessários à validade do negócio jurídico<sup>280</sup>. Além disso, as definições

<sup>275</sup> ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 82.

<sup>276</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3 - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

<sup>277</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.31.

<sup>278</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

<sup>279</sup> “**Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

<sup>280</sup> “O contrato é um acordo de vontade, um negócio jurídico bilateral, que deve apresentar os mesmos elementos essenciais dos atos jurídicos: capacidade do agente, liceidade, possibilidade e determinação do objeto e o consentimento das partes contratantes, segundo inferimos dos arts. 104 e 112 do Código Civil (arts. 82 e 85 do Código antigo), além da forma, que é elemento essencial, quando exigida por lei.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33)

doutrinárias de contrato voltam sua preocupação com os fins do negócio jurídico e com os efeitos decorrentes da existência do contrato, qual seja a relação jurídica contratual.

Como já visto, o contrato é uma espécie de negócio jurídico bilateral, que é qualificado pelo caráter patrimonial de seu objeto<sup>281</sup>, ademais, como bem ensinado por Antônio Junqueira de Azevedo em relação ao negócio jurídico, há que se distinguir os planos da existência, da validade e da eficácia dos negócios jurídicos, o mesmo ocorrendo em relação aos contratos, visto que o contrato é uma espécie de negócio jurídico, o que justifica a aplicabilidade da análise tripartite de planos aos contratos também.

Portanto, entendemos que a definição do contrato deve considerar apenas os seus elementos estruturais (ou, segundo a denominação de Antônio Junqueira de Azevedo, os elementos gerais intrínsecos<sup>282</sup> ou constitutivos), não incluindo, assim, os elementos categoriais e os elementos particulares, posto que não são indispensáveis à existência do contrato.

Desse modo, não obstante a evolução do instituto do contrato de acordo com as variações das limitações impostas à autonomia privada por cada ordenamento jurídico, o contrato em si não sofreu alteração em seus elementos estruturais que lhe dão existência, de modo que constituem seus elementos estruturais: **(i)** o acordo das partes formado por uma oferta e uma aceitação, que exterioriza o negócio, **(ii)** a forma do contrato, isto é, tal como no negócio jurídico, o *corpus*, o suporte que veicula o acordo, **(iii)** as circunstâncias negociais que envolvem a exteriorização do acordo formado por uma oferta e aceitação e, ainda, **(iv)** o objeto de caráter patrimonial.

Assim, enquanto espécie de negócio jurídico, o contrato possui como substrato fático o *negotium*, que, por sua vez, tem como elemento essencial a exteriorização da vontade

---

<sup>281</sup> “O contrato apresenta-se como uma espécie de negócio jurídico qualificado pelas características essenciais da existência de um acordo de vontades inerente a uma relação jurídica de natureza patrimonial.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4, Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100)

<sup>282</sup> Além dos elementos gerais intrínsecos ou constitutivos, o negócio jurídico apresenta elementos gerais extrínsecos (lugar, tempo e agente), que são aqueles comuns aos atos jurídicos (agente) e/ou aos fatos jurídicos (lugar e tempo), isto é, às categorias existentes acima do negócio jurídico e, por isso, são também indispensáveis à existência do negócio jurídico, mas não o distinguem dos fatos jurídicos e atos jurídicos. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, “esses elementos não são apenas extrínsecos, mas também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem *antes* de o negócio ser feito.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33) Por esta razão, não tratamos dos elementos gerais extrínsecos, pois não são propriamente caracterizadores do negócio jurídico e do contrato.

negocial no plano fático<sup>283</sup>, por meio de uma oferta e de uma aceitação que constituem um acordo<sup>284</sup>.

Ao ingressar no mundo jurídico, o contrato, tal como o negócio jurídico, possui como elemento estrutural a exteriorização das vontades das partes de maneira concordante pela oferta e pela aceitação, isto é, o acordo que, aliado às circunstâncias negociais (as quais, por sua vez, servem de base socioeconômica e cultural e integram o negócio jurídico, como forma de avaliar a exteriorização da vontade como sendo socialmente apta a produzir efeitos jurídicos), tem o condão de produzir relações jurídicas e visa à autorregulação de interesses, enquanto expressão direta da autonomia privada, esta exercida dentro e nos limites do quadro geral da lei e especialmente em conformidade com as funções econômicas do Direito Contratual Comercial.

A bilateralidade<sup>285</sup> (ou plurilateralidade nos contratos plurilaterais) da exteriorização da vontade negocial, no âmbito dos contratos, reside, basicamente, na proposta feita e na aceitação da proposta no momento da formação do contrato.

Assim como ocorre nos negócios jurídicos, os contratos podem apresentar uma exteriorização direta ou indireta da vontade negocial, sendo que esta expressão indireta pode ocorrer por meio, por exemplo, dos comportamentos sociais típicos, desde que, aliados às circunstâncias negociais, sejam reconhecidos, naquele sistema social total, como aptos à produção de relações jurídicas e efeitos jurídicos.

Hodiernamente, inegável é a mitigação da exteriorização da vontade para a formação do contrato, tal como exigia-se na concepção clássica de contrato. Como bem retratou Vincenzo Roppo<sup>286</sup>, as vicissitudes impostas pela evolução social e econômico levou

---

<sup>283</sup> “A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico.” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 3. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001, p. 30)

<sup>284</sup> Como ensina percucientemente Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, “o acordo é um *fenômeno da vida social (e econômica)*, necessariamente no caso dos contratos), acordo, esse, exercido por dois ou mais *lados* na relação jurídica e disciplinado como tal pelo Direito, a partir do preenchimento dos seus pressupostos e elementos. A manifestação da vontade inerente ao *acordo contratual*, na sua formação, é objetivamente identificada com base nos atos praticados pelas partes (expressos e/ou tácitos). Não basta para a formação do contrato a coincidência exterior das declarações das partes, devendo o observador atentar para o significado do *comportamento integral* daquelas, objetivamente avaliado.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4, Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109)

<sup>285</sup> “Comparando-se o contrato com os atos unilaterais, verifica-se que estes decorrem da decisão de um sujeito, alheia à vontade de qualquer outro, ocorrendo sua atuação inclusive no campo patrimonial.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4, Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116)

<sup>286</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 295-348.

à adoção da modalidade de contratação em massa no âmbito da economia de massa, além da necessidade de maior celeridade no processo de formação contratual, mormente diante da integração dos mercados internos ao mercado internacional no seio do processo de “globalização” ou internacionalização das operações econômicas.

Acrescente-se, também, que não se pode falar, em decorrência da mitigação da exteriorização da vontade negocial, que a vontade das partes teria deixado de fazer parte da estrutura do contrato (e do negócio jurídico) ou, ainda, que o estabelecimento de relações jurídicas por meio do contato social daria origem a uma relação jurídica, que não seria apta a configurar um contrato, tal como indicou Roppo como sendo uma interpretação possível, *in verbis*:

“A interpretação e a reconstrução conceitual destes fenómenos pode ser variada. Pode dizer-se que o facto constitutivo, no qual aquelas relações contratuais têm origem, não é propriamente o contrato, mas sim o contacto social estabelecido entre as partes, ao qual a lei atribui valor de fonte de relação e das respectivas obrigações e responsabilidade; enquanto a relação contratual nasce, em regra, de um contrato, aqui estaremos em presença de relações contratuais que não derivam de um contrato (entendido este – repetimo-lo – no sentido tradicionalmente aceite de encontro entre declaração de vontade com valor de proposta e declaração de vontade com valor de aceitação), mas de um complexo de circunstâncias e comportamentos – o contacto social – que tomam o lugar do contrato.”<sup>287</sup>

Com o devido respeito às opiniões contrárias, o processo de objetivação do contrato possibilitou que a exteriorização da vontade por meio do acordo (este, como já visto, constituído pela oferta e pela aceitação), que em nossa visão continua sendo elemento estrutural do negócio jurídico bilateral e do contrato, também possa ocorrer por meio de comportamentos das partes, não mais apenas por meio da palavra, de modo que, salvo melhor juízo, não houve sequer a redução da importância da exteriorização da vontade no momento da formação contratual ou negocial, pois a vontade negocial continua sendo um dos elementos estruturais diferenciador dos demais atos jurídicos e fatos jurídicos, isto é, trata-se de elemento estrutural específico do contrato e que justifica o seu tratamento distinto do tratamento conferido aos atos jurídicos e aos fatos jurídicos.

---

<sup>287</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 304.

Tão somente, como forma de adaptar à nova realidade social, econômica e jurídica, deve-se entender que os comportamentos socioeconômicos relevantes também têm o condão de exteriorizar a vontade negocial, seja para expressar uma proposta, seja para expressar uma aceitação ou até uma contraproposta, que, frise-se, aliada às circunstâncias negociais resulta na aceitação social de que tal comportamento seja apto a produzir efeitos jurídicos socialmente reconhecidos, seja como proposta, seja como aceitação.

A propósito, a supra referida mitigação da expressão direta e formal da vontade negocial, *data maxima venia*, não leva à conclusão de que teria havido nova crise ou nova “morte do contrato”<sup>288</sup> (se é que podemos dizer ter havido alguma no curso da história do contrato), tampouco a mudança de categoria jurídica desta subespécie de ato jurídico voluntário em sentido amplo.

Esse é, inclusive, o entendimento de Eros Roberto Grau, *in verbis*:

“O discurso a respeito da crise do contrato e da necessidade de um novo paradigma é desenrolado a partir da análise da *teoria clássica do contrato*. Esse discurso, no entanto, em todas as suas versões, mas especialmente naquela produzida pelos norte-americanos, em sua origem desde quando se passa a falar na *morte do contrato* (Gilmore) é, na verdade, um discurso a favor da *vida* do contrato, na medida em que propõe a superação daquela teoria. O mesmo se pode dizer em relação à *queda da liberdade Contratual*, clamando por uma nova teoria dos contratos, como já queria Atiyah no final dos anos 70. Em todas essas exposições, mostra-se justamente o poder de sobrevivência do contrato, que continua embasando o sistema econômico na medida em que se transforma: declínio do dogma da vontade das partes, de um lado, ascensão dos “*contratos fato*”, como veremos adiante. Mas, sempre e acima de tudo, avenças (= vínculos jurídicos) que proporcionam a fluência das relações de mercado.

A “morte do contrato” corresponde o fim da teoria clássica, que, na dicção de Guido Alpa, cede ante a necessidade da análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa, análise conduzida não segundo o *método formal*, mas mediante o exame dos *interesses substanciais* - ao que

---

<sup>288</sup> Expressão utilizada por Grant Gilmore, em sua obra “**The Death of Contract**” (GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2ª edição. Columbus: Ohio State University, 1995).

corresponde a *objetivação e despersonalização* do contrato.”<sup>289</sup> (Itálico do autor)

Dessa maneira, continuamos a ter um contrato, cuja exteriorização da vontade negocial não ocorre por meio expresso e direto, tampouco formal. O fato da formação contratual ocorrer por meio de comportamento socioeconômico relevante não só não tem o condão de desnaturar o comportamento como forma de exteriorização da vontade negocial, mas também não tem o condão de alterar a categoria jurídica do ato jurídico gerador da relação, que continua sendo contrato, espécie de negócio jurídico.

A propósito, vale reiterar que o art. 107 do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>290</sup> reconhece expressamente a validade da exteriorização da vontade negocial, independentemente da sua forma, o que denota a possibilidade de celebração de negócios jurídicos bilaterais, de contratos por diversas formas, além da forma tradicional, formal, expressa, tanto que o art. 104, inciso III, do Código Civil Brasileiro em vigor<sup>291</sup> expressamente exige forma nos negócios jurídicos apenas nos casos especificamente determinados, caso em que, não havendo forma pré-determinada, a liberdade de forma constitui a regra.

Nesse sentido, inclusive, os Princípios UNIDROIT reconhecem taxativamente a possibilidade de celebrar contratos por qualquer forma, ou seja, sem que seja imposta qualquer espécie de forma, *in verbis*:

**“Artigo 2.1.1**

**(Maneira de formação)**

Um contrato pode ser concluído ou pela aceitação de uma oferta ou pela conduta das partes que seja suficiente para mostrar acordo.” (Tradução livre)<sup>292</sup>

<sup>289</sup> GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 96, Jan.-Dez. 2001, p. 426.

<sup>290</sup> “**Art. 107.** A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

<sup>291</sup> “**Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

<sup>292</sup> Tradução livre de: “**Article 2.1.1 (Manner of formation).** A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.” (ITÁLIA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Unidroit Principles of**

**“Artigo 3.1.2****(Validade do mero acordo)**

Um contrato estará concluído, modificado ou terminado por mero acordo das partes, sem qualquer outro requisito.”<sup>293</sup> (Tradução livre)

Não bastasse isso, a exteriorização da vontade negocial pode ser expressa ou tácita. Negar a possibilidade de celebrar contrato e, portanto, um negócio jurídico bilateral por meio de comportamentos socialmente típicos ou concludentes, equivalerá à negação da possibilidade da exteriorização da vontade negocial poder ser tácita, bem como à da liberdade de forma, que, como visto, constitui a regra geral.

Isto porque as condutas ou os comportamentos possuem a precípua função de externar a vontade negocial das partes, constituindo o verdadeiro *corpus* da exteriorização tácita da vontade negocial. Ainda, a convergência destas condutas ou comportamentos a um fim comum, de modo a produzir efeitos jurídicos socialmente reconhecidos, acaba por coroar a caracterização do contrato, enquanto espécie de negócio jurídico bilateral.

Não se trata de tentativa de deformar, deturpar o instituto, mas apenas de proporcionar uma adaptação à nova realidade social e econômica, de maneira a atender suas atuais necessidades.

Também não podemos deixar os institutos jurídicos estanques no tempo, pois inegável é a interação entre direito e sistema social total, cuja consequência imediata é não só a determinação de comportamentos de adaptação dos agentes sociais às estruturas e instituições sociais, econômicas e jurídicas, mas também, por outro lado, a influência constante dos comportamentos sociais e econômicos com o fim de alterar a configuração das estruturas e instituições sociais e econômicas, sempre que houver a necessidade de mudanças para melhor adequação à realidade.

Somente a supra mencionada interação constante entre comportamentos e estruturas e instituições sociais, econômicas e jurídicas será capaz de levar à evolução social, econômica e jurídica de uma sociedade, o que não ocorre com rapidez, mas, sim,

---

**International Commercial Contracts**. 2010. Disponível em <<http://www.unidroit.org>>. Acesso em 15.05.2016)

<sup>293</sup> Tradução livre de: “**Article 3.1.2 (Validity of mere agreement)**. A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement.” (ITÁLIA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. 2010. Disponível em <<http://www.unidroit.org>>. Acesso em 15.05.2016)



paulatinamente, exigindo, dos profissionais do direito, um esforço dogmático de adaptação, sem deturpação dos institutos jurídicos, tal como, em nossa opinião, ocorre no âmbito das relações contratuais de fato.

Assevere-se que, tal como ocorre com os negócios jurídicos bilaterais, a exteriorização do acordo ocorre envolta de circunstâncias negociais, que a tornam socialmente apta a produzir efeitos jurídicos e, por isso, juridicamente relevante, tornando o acordo jurígeno.

Além do acordo formado pela oferta e pela aceitação, que exterioriza a vontade negocial das partes envolvida por circunstâncias negociais, bem como da forma do acordo que segue a mesma sistemática da forma do negócio jurídico, como já exposto anteriormente, há um quarto elemento estrutural do contrato, qual seja, o objeto.

Tal como ocorre com o negócio jurídico, no âmbito do contrato, o seu objeto não se confunde com seu conteúdo. Apenas para lembrar, o conteúdo é composto pelo conjunto de cláusulas redigidas no contrato, enquanto que o seu objeto é o bem jurídico que é objeto da autorregulamentação acordada pelas partes.

Contudo, o objeto do contrato tem de ter natureza patrimonial, o que não poderia ser diferente, pois o contrato é um instituto jurídico que se destina a proporcionar a circulação da riqueza de maneira eficiente, permitindo, assim, o deslocamento patrimonial para o agente que mais confere valor ao objeto do contrato.

Portanto, o objeto do contrato tem de possuir, necessariamente, conteúdo patrimonial, não possuindo relevância, para a existência do contrato, que haja uma equivalência econômica das prestações, mesmo porque o contrato não é um instrumento de distribuição de renda, mas, sim, de circulação de riqueza.

Esse, aliás, é o ensinamento de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

“O contrato é uma espécie do gênero *negócio jurídico*. Evidentemente, como categoria, este apresenta elementos comuns ao contrato, residindo a diferença específica no fato de que a relação jurídica estabelecida pelas partes ao contratar é necessariamente de *natureza patrimonial* – ou seja, os patrimônios das partes são necessariamente afetados como efeito da execução de contratos por ela celebrados, tendo-se em conta que este

resultado é efetivamente o objetivo específico divisado pelas partes, e não um secundário.”<sup>294</sup> (Itálico do autor)

“Há uma separação muito clara entre o negócio jurídico (gênero) e o contrato (espécie), e a diferença específica entre os dois institutos estaria, precisamente, na exigência de que no contrato a relação jurídica seja de natureza patrimonial.”<sup>295</sup>

Por fim, sem adentrar à questão do que seria a causa, bem como se o Código Civil Brasileiro de 2002 teria filiado-se à posição causalista do contrato<sup>296</sup> ao tutelar a função social do contrato no art. 421<sup>297</sup>, em contraposição à posição do Código Civil de 1916, que, segundo a doutrina, não determinava a causa como elemento do contrato, é preciso ressaltar que o elemento causa não constitui um elemento estrutural (ou elemento geral intrínseco ou constitutivo) do contrato, mas, sim, terá relevância na apreciação do contrato nos planos da validade e da eficácia, como, mais uma vez, ensinou Antônio Junqueira de Azevedo<sup>298</sup>, motivo pelo qual não a consideramos neste trabalho, justamente por não se tratar de elemento estrutural do contrato.

<sup>294</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4, Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 121.

<sup>295</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4, Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122.

<sup>296</sup> A este respeito vide a excelente exposição de VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4, Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 234-293.

<sup>297</sup> “**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

<sup>298</sup> “(...) à semelhança da vontade, que também não é elemento do negócio, mas é extraordinariamente importante para sua validade e eficácia, também a causa não age no plano da existência, mas sim, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, age, ou no plano da *validade*, ou no plano da *eficácia*. A inexistência de causa (nos negócios causais), em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, *nulidade* por falta de causa (portanto, a existência da causa é, aí, *requisito de validade*) e, quando a hipótese for de causa final, *ineficácia* superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia).” (Itálico do autor) (AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152)

#### 4. NOTÍCIAS DO DIREITO COMPARADO ACERCA DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CONTRATO

Antes de adentrar no tema deste item, é necessário observar que este estudo tentou fazer uma análise de microcomparação ou, como denominado por Dário Moura Vicente<sup>299</sup>, comparação institucional, sendo que este tipo de análise, nas palavras de Dário Moura Vicente:

“(...) pode, na verdade, propor-se determinar o modo pelo qual certo ou certos problemas jurídicos particulares – por exemplo a responsabilidade civil do produtor, a condição dos filhos nascidos fora do casamento ou a garantia contra defeitos na venda de bens de consumo – são resolvidos em diferentes ordenamentos jurídicos locais ou pessoais, mediante a indagação dos *tipos de soluções* neles acolhidos para esses problemas. Fala-se então de *microcomparação* ou *comparação institucional*.”<sup>300</sup> (Itálico do autor)

Assim, foram eleitos determinados problemas jurídicos, quais sejam as hipóteses de relação jurídica contratual de fato, e verificou-se como são solucionados em alguns ordenamentos jurídicos, especialmente no Direito Alemão, que foi o país em que a teoria foi desenvolvida por Günter Haupt, no Direito Inglês, que além de pertencer a uma outra grande família jurídica, foi um direito desenvolvido no âmago da atividade econômica, bem como, por motivos óbvios, no Direito Brasileiro, especialmente no Direito de Empresa Brasileiro.

Uma vez delimitadas as questões jurídicas a serem pesquisadas, bem como determinados os ordenamentos jurídicos pesquisados, passou-se à verificação das normas jurídicas vigentes em cada um desses ordenamentos jurídicos, bem como verificou-se o entendimento jurisprudencial e doutrinário prevalecente, chegando-se a uma tentativa de síntese comparativa das soluções encontradas em cada um dos ordenamentos jurídicos pesquisados.

É inquestionável que o instituto do contrato é universal, isto é, ele existe nos mais variados sistemas jurídicos e está presente desde priscas eras.

---

<sup>299</sup> VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado. Vol. I.** 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 19.

<sup>300</sup> VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado. Vol. I.** 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 19.

Contudo, a concepção de contrato não é a mesma em todos os sistemas jurídicos, visto que a conformação da autonomia privada, dentro da qual o contrato é celebrado, varia conforme a política pública implementada, isto é, varia de acordo com a ideologia dominante na localidade, isto porque o contrato, assim como o Direito, enquanto sistema que é, é uma expressão cultural do povo local.

Desse modo, a concepção de contrato varia de acordo com a grande família jurídica a que pertence dado sistema jurídico, sem prejuízo da variação existente dentro de uma mesma grande família jurídica, de modo que a noção de contrato dentro dos sistemas da *common law*, não é a mesma da adotada nos sistemas da *civil law*, isto porque, conforme os ensinamentos do Professor Catedrático Doutor Dário Moura Vicente<sup>301</sup>, os sistemas da *common law* possuem uma visão utilitarista do contrato, enquanto os sistemas da *civil law* possuem uma visão idealista de contrato.

Talvez esta bifurcação na concepção do contrato esteja relacionada aos arquétipos de pesquisa física seguidos pelas grandes famílias jurídicas, que, segundo os ensinamentos de Boris Kozolchyk<sup>302</sup>, são dois: o arquétipo babilônico e o arquétipo grego.

Embora os babilônios tenham sido os primeiros a proporcionarem a compreensão dos números, das equações e da geometria, foram os gregos que inventaram a matemática, pois os babilônios voltavam seu interesse apenas em saber “se seu cálculo havia atingido sua missão; isto é, se seus números, equações e geometria descreviam efetivamente a realidade física circundante.”<sup>303</sup>

Dessa forma, não se preocupavam com a existência, ou não, de um sistema lógico, mas, sim, apenas em descrever a realidade dos fenômenos no mundo físico de modo sintético.

Por outro lado, os gregos, especialmente Tales de Mileto e seus seguidores gregos, criaram o teorema e “um método de prova que requeria que, para que uma afirmação fosse considerada verdadeira, ela devia decorrer com rigor lógico de axiomas e

---

<sup>301</sup> VICENTE, Dário Moura. **O Contrato no Direito Comparado**. Notas taquigráficas da aula proferida no Curso de Pós-graduação “O Contrato no Direito Comparado”, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

<sup>302</sup> KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 78 – 128.

<sup>303</sup> Tradução livre de: “(...) sólo les interesaba saber era si su cálculo había rendido su cometido; es decir, si sus números, ecuaciones y geometría describían efectivamente la realidad física circundante.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 78)

postulados.”<sup>304</sup> Logo, os gregos preocupavam-se com a formulação de uma ordem e de uma normatividade subjacente ao mundo físico.

Segundo, ainda, Boris Kozolchyk, o arquétipo dos babilônios mostra uma grande presença na regulação pragmática dos contratos nos sistemas da *common law*, mas, em contrapartida, os sistemas da *civil law* absorveram as características do arquétipo grego, especialmente no movimento da codificação do Século XIX.

A mencionada diferença de visão acerca do contrato faz com que os sistemas da *common law* vejam o instituto do contrato sob uma ótica da praxe do mercado, de maneira que o contrato visa à obtenção de uma utilidade econômica com as transações econômicas de circulação de bens e serviços, o que implica, inclusive, na inexistência de contratos a título gratuito.

Talvez, também seja possível associar esta visão utilitarista do contrato ao movimento utilitarista inaugurado por Francis Hutcheson, que foi teólogo e filósofo irlandês, pelo qual, segundo Bertrand Russel, “em resumo, a teoria afirma que o bem é prazer e o mal, dor. Portanto, o melhor estado que podemos alcançar é aquele em que o saldo do prazer sobre a dor seja o maior possível.”<sup>305</sup>

Por outro lado, a visão idealista de contrato nos sistemas da *civil law* alcançou uma abstração do instituto jurídico do contrato, de modo que tais sistemas apresentam conceitos de contrato altamente abstratos, não voltados à praxe do mercado, embora esta seja considerada nas operações de integração e de interpretação do contrato.

Pode-se, assim, constatar que esta concepção idealista de contrato apresente muitos pontos de contato com a lógica escolástica dos Séculos XII a XIV<sup>306</sup>, com o

---

<sup>304</sup> Tradução livre de: “(...) inventaron el teorema y un método de prueba que requería que para que una afirmación fuese considerada verdadera, ella debía derivarse con rigor lógico de axiomas y postulados.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 78)

<sup>305</sup> RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental: A Aventura dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, pp. 424-425.

<sup>306</sup> “(...) el Derecho Medieval contiene una importante herramienta del método de codificación del derecho privado en los países del Derecho Civil. Esta herramienta lo fue el razonamiento escolástico, popular tanto entre clérigos como entre juristas medievales.”

Tradução livre: “(...) o Direito Medieval contém uma importante ferramenta do método de codificação do direito privado nos países do Direito Civil. Esta ferramenta foi a lógica escolástica, popular tanto entre clérigos como entre juristas medievais.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 51)

“Como movimento, a escolástica difere da filosofia clássica naquilo que suas conclusões são circunscritas antes do evento. Precisa funcionar dentro da órbita da ortodoxia. Seu santo patrono entre os antigos é Aristóteles, cuja influência aos poucos substitui a de Platão. Em método tende a seguir a abordagem classificatória de

racionalismo<sup>307</sup>, com o humanismo<sup>308</sup> e com o *jus naturalismo* de Samuel Puffendorf<sup>309</sup> e Hugo Grocio<sup>310</sup>.

Assim, dada a diferença ideológica acerca do instituto jurídico do contrato, torna-se relevante fazer um breve retrospecto histórico acerca do surgimento do sistema da *common law* em separado do sistema da *civil law*, o que se fará a partir do Direito Antigo.

Os gregos constituíram um povo que foi marcado principalmente pelo hábito do pensamento e do debate refletido, além do êxito nas artes, na literatura, na filosofia. No que

---

Aristóteles, usando o argumento dialético com escassa referência aos fatos.” (RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental: A Aventura dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, pp. 240-241)

<sup>307</sup> “El racionalismo, visto como sinónimo del iluminismo optimista, afirmaba la capacidad de la mente humana de resolver los asuntos más espinosos del mundo discernible, incluyendo los de la vida social. La resolución de estos asuntos, sin embargo, requería la aplicación de la razón adecuada, que en el caso del comportamiento social del hombre no sólo tenía un contenido moral, sino también lógico y para algunos incluso matemático.” Tradução livre: “O racionalismo, visto como sinónimo do iluminismo otimista, afirmava a capacidade da mente humana de resolver os assuntos mais espinhosos do mundo discernível, incluindo os da vida social. A resolução destes assuntos, sem embargo, requeria a aplicação da razão adequada, que no caso do comportamento social do homem não apenas tinha um conteúdo moral, senão também lógico e para alguns inclusive matemático.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 79)

<sup>308</sup> “Uno de los propósitos de este fermento intelectual era el de revisar al *Corpus Iuris Civilis* y los escritos de los glosadores y comentaristas medievales para adaptarlos a las circunstancias de la Europa renacentista. No era ajena al humanismo jurídico una actitud crítica respecto a estas fuentes romanas al intentar adaptarlas a las necesidades de su época. Esta crítica ejerció una marcada influencia sobre el *ius naturalismo* europeo de los siguientes siglos.”

Tradução livre: “Um dos propósitos deste fermento intelectual era o de revisar o *Corpus Iuris Civilis* e os escritos dos glosadores e comentaristas medievais para adaptá-los às circunstâncias da Europa renascentista. Não era alheia ao humanismo jurídico uma atitude crítica sobre estas fontes romanas ao tentar adaptá-las às necessidades de sua época. Esta crítica exerceu uma significativa influência sobre o *ius naturalismo* europeu dos séculos seguintes.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 81)

<sup>309</sup> “Por medio de su racionalismo lógico y de la observación cultural y antropológica, Puffendorf arribó a axiomas parecidos a los de las *regulae iuris* Romanas.”

Tradução livre: “Por meio de seu racionalismo lógico e da observação cultural e antropológica, Puffendorf chegou a axiomas parecidos aos das *regulae iuris* romanas.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 82)

<sup>310</sup> “Por su parte, *De Iure Belli ac Pacis*, la obra capital de Hugo Grocio publicada en Amsterdam en 1678, lo sitúa como precursor de un derecho de gentes basado en un derecho natural, mezcla de las Sagradas Escrituras, de un Derecho Romano al que él calificaba de immanente (en contraste con el temporal y por tanto cambiante) y de su observación de los ‘mejores’ impulsos del hombre: la creación de familias y agrupaciones sociales pacíficas y productivas, es decir, la ‘sociabilidad’ o cooperación del ser humano con sus semejantes, especialmente mediante el comercio.”

Tradução livre: “Por sua parte, *De Iure Belli ac Pacis*, a obra capital de Hugo Grocio publicada em Amsterdã em 1678, situa-o como precursor de um direito das gentes baseado em um direito natural, mescla das Sagradas Escrituras, de um Direito Romano que ele qualificava de imanente (em contraste com o temporal e, portanto, cambiável) e de sua observação dos ‘melhores’ impulsos do homem: a criação de famílias e agrupamentos sociais pacíficos e produtivos, por outras palavras, a ‘sociabilidade’ ou cooperação do ser humana com seus semelhantes, especialmente mediante o comércio.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 82)

concerne ao direito, o povo grego não foi tão exitoso quanto os romanos seriam posteriormente.

Talvez, no âmbito jurídico, a grande herança deixada pelo povo grego tenha sido as ideias arcaicas de direito e de justiça, que influenciaram sobremaneira os ideais romanos. Além disso, os gregos não produziram uma ciência jurídica prática, tal como seria feito pelos romanos, como bem indica John M. Kelly:

“A posição da teoria do direito, como disciplina distinta do direito efetivo, é semelhante. Não havia um ramo distinto e reconhecido da filosofia voltado especificamente para o direito; questões como a origem e as bases do Estado, a fonte das obrigações legais ou a relação do direito com um padrão mais alto ou mais fundamental não foram discutidas em monografias que versassem exclusivamente sobre esses temas nem por teóricos especializados nelas. É certo que as ideias gregas sobre esses assuntos estão registradas em grande quantidade e são os primeiros brotos de um crescimento intelectual que as eras posteriores cultivaram de modo mais específico e organizado; mas encontram-se dispersas nas mais variadas fontes literárias, muitas delas contribuições totalmente inconscientes para a história da ciência jurídica, ciência para a qual os gregos nem sequer tinham um nome (assim como não tinham uma palavra que designasse o ‘direito’ como um conceito abstrato). Portanto, não só as obras filosóficas – embora sejam certamente as mais importantes -, mas também as obras dos poetas, dramaturgos e historiadores devem ser investigadas para fornecer o primeiro capítulo dessa história.”<sup>311</sup>

Assim, os gregos não construíram uma ciência jurídica propriamente dita, nem sistematizaram as instituições do direito, cuja noção advinha da ideia de justiça tão bem desenvolvida na filosofia grega. No período clássico da civilização grega, os romanos ainda estavam em um estágio mais primitivo de sua história e evolução.

Logo, o Direito Moderno herdou raríssimos traços característicos dos gregos, que, mesmo assim, vieram pelos romanos, cuja ascensão como civilização coincidiu com o declínio grego entre os Séculos IV e III a.C.

---

<sup>311</sup> KELLY, John M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 7-8.

O Direito Romano, por sua vez, exerceu grande influência no Direito da Europa Continental, especialmente a partir do Século XII, quando os europeus voltam-se ao estudo do Direito Romano<sup>312</sup>. A propósito da importância do estudo do Direito Romano, veja os ensinamentos de Irineu Strenger:

“De modo geral, poucos sistemas jurídicos podem ser meditados com abstração de suas raízes romanas, cuja evolução reflete a influência nunca expungível de seus ensinamentos e, se quisermos raciocinar exemplificativamente, verificaremos que é nos chamados contratos consensuais – de quatro tipos no direito romano: venda, locação, sociedade e mandato – que encontramos hipóteses onde a vontade é criadora de situações jurídicas.”<sup>313</sup>

O Direito Romano é fundamentalmente caracterizado pela praticidade e pela consequente ausência de abstrações.

Na época antiga, que vai da fundação de Roma até aproximadamente o Século II a.C., as normas morais, jurídicas e religiosas não possuíam uma completa diferenciação, sendo, o costume, a fonte primordial do Direito.

Já, na época clássica (do Século II a.C. até o final do Século III d.C.), o Direito Romano assumiu um caráter laico e individualista, com o aumento da liberdade dos cidadãos no âmbito do direito privado, além da primazia da lei escrita, do edito do pretor e dos escritos dos jurisconsultos sobre os costumes.

Justamente no período republicano os juristas, após o aprendizado do método dialético, passaram a tentar formular definições mais abstratas em paralelo à característica eminentemente prática dos jurisconsultos<sup>314</sup>, como aponta John M. Kelly:

---

<sup>312</sup> “No Ocidente, a ciência jurídica romana conheceu um *renascimento a partir do século XII*, quando passou a ser estudado nas universidades europeias. Foi essa redescoberta, aliada ao ato de a escrita ter desaparecido durante a Idade Média, que fez o direito romano influenciar em grande escala o direito europeu continental, advindo daí o fato de o nosso atual direito ser considerado dentro do espectro dos direitos romanistas.” (MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113)

“Os direitos europeus atuais derivam do direito romano no decorrer de uma secular adaptação deste último a situações econômico-sociais profundamente diferentes.” (LOSANO, Mario G.. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31)

<sup>313</sup> STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2000, pp. 70-71.

<sup>314</sup> “Esses juristas praticavam uma ciência que nada tinha de teórica. A formulação de grandes princípios e grandiosas generalizações era-lhes totalmente estranha. Eram rigorosamente práticos, concentrando-se nos casos individuais concretos sobre os quais haviam sido consultados (daí seu nome *iuris consulti* – ‘pessoas consultadas sobre o direito’), e davam seu parecer concisamente, sem retórica ou floreios filosóficos, e, na maioria da vezes, sem acrescentar sequer uma declaração completa de suas razões”. (KELLY, John M. **Uma**



“A mais importante delas, com a qual o estudo de Platão e Aristóteles deve tê-los familiarizado, foi o chamado método dialético: ou seja, a organização do material em um sistema ordenado por um processo de divisão e subdivisão dentro de gêneros e espécies, ao qual se chegava pelo estabelecimento de diferenças (*diaíresis*), por um lado, e analogias ou afinidades (*synagogé, síntesis*), por outro.

(...)

Os juristas republicanos, que aprenderam esse método com seu estudo das obras gregas, começaram também a ensaiar definições (embora os juristas clássicos posteriores tenham fugido a todo custo das definições); e o mais famoso deles, Quinto Múcio Cévola, a cujos pés se sentou o jovem Cícero, escreveu de fato uma curta coleção delas que publicou em um livro com um título parcialmente grego: *Liber singularis hóron*.<sup>315</sup>

No Baixo Império ou no direito pós-clássico, que se inicia com Diocleciano e vai até Justiniano I, foi produzida a primeira compilação escrita do Direito Romano, o *Corpus Iuris Civilis*, que era composto pela compilação do Direito Romano constante do Digesto (ou Pandectas), do Código e das Instituições, que foram atualizados pelas Novelas, constituindo, assim, segundo Mario G. Losano, a compilação da “jurisprudência romana clássica e” do “direito dos bárbaros”<sup>316</sup>.

Com a queda do Império Romano do Ocidente, constata-se a ascensão dos povos bárbaros com as invasões que realizaram a partir do Século V d.C.. Assim, na Alta Idade Média (do Século V ao Século XII), vê-se a construção dos Reinos Bárbaros sob influência clara dos romanos, formando-se o que se pode denominar de “direito romano dos povos bárbaros.”<sup>317</sup>

Durante o Século VI, há um verdadeiro sincretismo entre o então “sistema jurídico-administrativo romano” com a cultura germânica, o que resultou na criação dos Direitos dos reinos bárbaros influenciados pelo Direito Romano, que, apesar da pluralidade

---

**Breve História da Teoria do Direito Ocidental.** Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 64-65)

<sup>315</sup> KELLY, John M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental.** Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 65-66.

<sup>316</sup> LOSANO, Mario G.. **Os Grandes Sistemas Jurídicos.** Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 38.

<sup>317</sup> MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150.

existente, apresentavam, basicamente, quatro características comuns: *(i)* o direito apresentava uma natureza autônoma quanto à sua fonte, pois não decorria de uma autoridade, mas, sim, do costume, do comportamento popular; *(ii)* o direito não era escrito e era transmitido oralmente por meio de fórmulas simples, com facilidade para a memorização; *(iii)* a comunidade era constituída por vários grupos de famílias, que, por sua vez, eram organizadas hierarquicamente sob a autoridade paterna; e *(iv)* prevalecimento da relação consanguínea.

Com a consolidação das tribos germânicas nos territórios invadidos, passou-se à elaboração de normas escritas consolidadoras das normas orais até então vigentes e adaptadas à localidade invadida. Estes escritos apresentavam uma mescla de elementos advindos do Direito Romano<sup>318</sup> e outros do próprio Direito Germânico.

Segundo Mario G. Losano, “criou-se assim um enorme *corpus* de normas germânicas, que conviviam com normas romanísticas segundo as características jurídicas de cada Estado.”<sup>319</sup>

A Idade Média (tanto a Alta como a Baixa Idade Média) é marcada pelo pluralismo político e pela ausência de um poder central, momento em que há a expansão do feudalismo com os poderes locais dos feudos.

Todavia, há que se ressaltar que a Igreja foi a única estrutura político-administrativa que, na Idade Média, manteve-se organizada e, portanto, conseguiu assumir um relevante papel no âmbito político e jurídico, o que a levou a desenvolver o Direito Canônico e a intervir com frequência na sociedade até aproximadamente o Século XII, quando se passou a limitar o âmbito de incidência do Direito Canônico apenas às questões religiosas.

Especificamente na Grã-Bretanha, até aproximadamente o ano 1000, coexistiam as normas germânicas, as normas do Direito Romano e as do Direito Canônico, além dos diversos usos locais em vigor.

---

<sup>318</sup> “Assentados em novos territórios, a construção dos reinos bárbaros acelera o processo e estabilização do poder, adaptando institutos romanos às necessidades da nobreza bárbara (...) iniciando a fase de criação do direito dos reinos bárbaros sob influência claramente romana – o direito romano dos povos bárbaros.” (MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150)

<sup>319</sup> LOSANO, Mario G.. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41.

Com a conquista da ilha pelos normandos em 1066, Guilherme, o Conquistador, passou a visar não somente à unidade política, mas também à unificação do direito, que foi denominado de *common law* ou Direito Comum, uma vez que substituía os diversos direitos particulares existentes, cuja base estava nas normas consuetudinárias dos normandos que, por sua vez, tinham base no Direito Germânico.

Como bem ressaltou Mario G. Losano, o direito na Grã-Bretanha estava diretamente ligado à unidade político-administrativa, pois o centro da vida administrativa e jurídica era Guilherme I, ao redor do qual se instalaram os profissionais do direito, dentre os quais eram escolhidos os juízes, cujas decisões compunham o “novo direito”.

Por isso, Mario G. Losano adverte que “esse é, portanto, um direito consuetudinário, mas num sentido especial: *o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes.*”<sup>320</sup> (Itálico do autor)

Enquanto, por exemplo, na Alemanha, o Direito Romano era adotado como direito comum, na Grã-Bretanha, o Direito Romano não exerceu grande influência direta na formação do *common law*, embora estivessem na base do direito germânico, como visto anteriormente, pois a Grã-Bretanha já possuía seu Direito Comum próprio.

Mas, não há que se falar que o *common law* inaugurado pela Grã-Bretanha jamais tenha sofrido alguma influência na formação de seus próprios institutos, como bem reconheceu Antonio Padoa Schioppa:

“Temos, portanto, um sistema diferente e original, cuja influência histórica no mundo foi realmente profunda e extensa: basta-nos pensar no direito nos Estados Unidos, que deriva diretamente do modelo inglês. Mas também a Austrália, a Índia, o Canadá e muitas outras regiões do planeta o acolheram no decorrer da era moderna por influência direta ou indireta da dominação inglesa. O sistema do *Common Law* interagiu, porém, com os sistemas do continente europeu: as pesquisas históricas esclareceram como o direito romano, o direito canônico, os costumes comerciais, como também a doutrina universitária dos países de *civil law* muitas vezes inspiraram diretamente, no decorrer da Idade Média e da Era Moderna, toda uma série de institutos que passaram a fazer parte do direito inglês:

---

<sup>320</sup> LOSANO, Mario G.. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 325.

do testamento às letras de câmbio, do regime do matrimônio às regras para as pessoas jurídicas.”<sup>321</sup>

Especialmente em relação ao Direito Contratual, segundo os estudos de Mario G. Losano<sup>322</sup>, o núcleo inicial do *common law* era formado pelo direito penal e pelo direito de propriedade, ao qual foram somadas as regras referentes aos contratos e à responsabilidade extracontratual. Estas duas searas do direito foram desenvolvidas sob a influência de conceitos do Direito Romano.

Assim, considerando a influência exercida pelo Direito Romano, não só nos sistemas da *civil law*, mas também nos sistemas do *common law*, ainda que tal influência não tenha se dado na mesma intensidade, torna-se relevante o estudo da noção de contrato no pensamento jurídico romano, especialmente a tentativa de abstração dos elementos constitutivos do contrato pelo pensamento jurídico romano.

---

<sup>321</sup> SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pp. 149-150.

<sup>322</sup> “O fortalecimento do governo régio, entretanto, acabou desautorizando a jurisdição feudal. Ao núcleo originário do Common Law (constituído pelo direito penal e pelo direito da propriedade) acrescentaram-se os contratos e a responsabilidade extracontratual (*torts*). Ambas as matérias penetraram no Common Law e ali se desenvolveram sob a influência dos conceitos romanísticos análogos, mas precisaram ser tortuosamente deduzidos do *Writ of Trespass*, o qual – remontando a uma época em que a responsabilidade penal ainda não se diferenciava da civil – no decorrer dos séculos se revelou uma ‘fértil mãe de ações’ (‘fertile mother of actions’, Henry Maitland).

Por esses meios, formaram-se as atuais normas do Common Law relativas aos contratos, à propriedade, à responsabilidade civil e às normas penais.” (LOSANO, Mario G.. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 330)

#### 4.1. A CONCEPÇÃO DE CONTRATO NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ITALIANA: UMA TENTATIVA DE ABSTRAÇÃO NO DIREITO ROMANO

Antes de adentrar na tentativa de abstração dos elementos do contrato, segundo o pensamento jurídico romano, há que se ressaltar que, no desenvolvimento da legislação romana, reconhecia-se, já na legislação dos decenviratos (451-449 a.C.) a possibilidade do particular regular seus interesses, no âmbito da autonomia que lhe era conferida, por meio do cumprimento de um ritual rigoroso, que era imposto pela própria comunidade, de exigir a instrumentalização da vontade negocial por meio de formalismo rigoroso, para que os interesses pudessem ser tutelados pelo ordenamento jurídico.

Em comparação ao Direito Clássico, na época justiniana, constatou-se um desenvolvimento do sistema contratual romano, visto que **(i)** houve a compilação de um processo em um único ato com valor de documento em substituição às formalidades orais da *stipulatio*, o qual seria considerado como veículo de exteriorização do acordo, **(ii)** o termo contrato, que era destinado somente às relações obrigacionais, passou a ser utilizado também aos negócios com eficácia real, **(iii)** nos pensamentos Bizantino e Justiniano, passou-se a considerar o acordo como o elemento essencial do contrato e, por fim, **(iv)** os bizantinos consideraram o modo de realização da *fattispecie*<sup>323</sup> contratual, sob a perspectiva estrutural, como o momento de conclusão do ato juridicamente válido.

Como é assente na doutrina, o sistema contratual romano (especialmente o *ius civile*) era marcado pela tipicidade contratual<sup>324</sup>, não tendo reconhecido uma categoria

---

<sup>323</sup> Segundo Emilio Betti, “o termo deriva do latim medieval *facti species*, que, à letra, significa *figura do fato*. A denominação é preferível à outra, comumente usada, de ‘fato jurídico’, porque indica tanto o fato propriamente dito, como, conjuntamente, o estado de fato e de direito, em que o fato incide a se enquadra. Foi neste sentido que nós introduzimos a palavra, na primeira edição do nosso curso de *Instituições de Direito Romano*, § 45; depois disso, ela tornou-se de uso comum.” (BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p. 20, nota de rodapé nº 2)

<sup>324</sup> “La seconda precisazione attiene al concetto stesso di tipicità e alla sua portata per l’esperienza giuridica romana, la quale si caratterizza come ‘tipicità formale’ piuttosto che come ‘tipicità causale’. Il sistema contrattuale romano non si connota per il fatto di riconoscere, al di là degli eventuali requisiti di forma, soltanto talune tipiche funzioni socio-economiche entro cui le parti sono costrette a scegliere l’assetto d’interessi atto a risolvere i loro problemi pratici”.

Tradução livre: “A segunda explicação atém-se ao próprio conceito de tipicidade e a sua abrangência para a experiência jurídica romana, a qual se caracteriza como ‘tipicidade formal’ ao invés de ‘tipicidade causal’. O sistema contratual romano não se caracteriza pelo ato de reconhecer, para além dos requisitos eventuais de forma, apenas determinada função socioeconômica típica pela qual as partes são obrigadas a escolher a regulação de interesses adequada a resolver o problema prático delas.” (DONADIO, Nunzia. L’Idea di

abstrata de contrato, tampouco uma teoria geral dos contratos, como bem indicou Boris Kozolchyk<sup>325</sup>.

Gradualmente, o sistema contratual romano caminhou para o superamento da tipicidade formal, iniciando-se, por exemplo, com a superação do predomínio da forma sobre a *conventio* na *stipulatio*<sup>326</sup>, o que já estava refletido na jurisprudência clássica que atribuía maior relevância à *conventio* enquanto meio de exteriorização do acordo em detrimento da própria cláusula inserta na *stipulatio*.

Outro fator que colaborou para a superação da tipicidade formal foi o reconhecimento, já no período republicano, de figuras contratuais fundadas no mero acordo e representadas pela boa fé, enquanto paradigma do comportamento das partes e, consequentemente, como critério de valoração da tutela concedida a ambas as partes.

Por fim, o reconhecimento do contrato inominado pela jurisprudência romana a partir do Século II, que concedia tutela ao contrato atípico fundado em uma convenção das partes, também foi um fator impulsionador da superação do formalismo contratual romano.

É justamente no âmbito desta evolução do sistema contratual romano, que alguns juristas romanos tentaram formular uma noção de contrato, ou seja, partindo dos contratos típicos previstos na legislação romana, tais juristas tentaram obter uma abstração dos

---

Contratto nel Pensiero Giuridico Romano. In: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica**. Milão: CEDAM, 2010, p. 8)

<sup>325</sup> “Por el contrario, en el Derecho Romano sólo ciertos tipos de contrato tenían asignado un derecho de acción, el cual no podía ser utilizado para otros tipos de contrato y, por tanto, las reglas de derecho contractual eran de aplicación sólo contrato por contrato. De ahí la conclusión del Romanista inglés William Buckland de que el Derecho Romano no tenía una teoría general de los contratos, sino sólo reglas concedidas para su aplicación a ‘contratos en particular’.”

Tradução livre: “Ao contrário, no Direito Romano apenas certos tipos de contrato tinham atribuído um direito de ação, o qual não podia ser utilizado para outros tipos de contrato e, portanto, as regras de direito contratual eram de aplicação apenas contrato por contrato. Daí a conclusão do Romanista inglês William Buckland de que o Direito Romano não tinha uma teoria geral dos contratos, senão apenas regras concedidas para sua aplicação a ‘contratos em particular’.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 30-31)

<sup>326</sup> Embora a *stipulatio* não possa ser considerada contrato propriamente dito, visto que “a *stipulatio* era a promessa solene de uma prestação, pronunciada em resposta à pergunta do credor, ambos com o uso do verbo *spondere*, que tinha, claramente, caráter sacramental” (MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 120), mesmo assim, segundo os relatos históricos baseados em ampla documentação datada da primeira idade imperial, “mostra a variedade de emprego da *stipulatio* na praxe comercial e negocial em geral do mundo romano no Século I d.C.” (Tradução livre de: “(...) mostra la varietà d’impiego della *stipulatio* nella prassi commerciale e negoziale in genere del mondo romano nel I sec. d.C.” - DONADIO, Nunzia. L’Idea di Contratto nel Pensiero Giuridico Romano. In: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica**. Milão: CEDAM, 2010, p. 9), na antiga Pompeia e em Puteoli (atual comuna de Pozzuoli na Itália), o que indica já um superamento inicial do domínio da forma sobre o conteúdo.

elementos essenciais do contrato, diante da ausência de uma definição unitária da categoria contratual pela jurisprudência romana.

Marco Antistio Labeone (ou Marcus Antistius Labeo) foi um jurista romano, que nasceu no ano 43 a.C. e faleceu no ano 22, formulou uma primeira noção de contrato, que reconduz ao pensamento jurídico romano clássico, a qual foi mencionada por Ulpiano no *Digesto* 50.16.19<sup>327</sup>.

Embora haja, na atualidade, estudos que divergem quanto à interpretação da tentativa labeoniana de abstração de um conceito de contrato, resta consolidado que Labeone partiu da distinção entre *actum* e *contractum*. O *actum* era um termo geral destinado a abranger algo, seja por meio de palavras, seja por meio de fatos, enquanto que o *contractum* destinava-se a se referir à obrigação bilateral, recíproca existente entre duas partes (*ultra citroque obligatio*).

Discute-se, na doutrina, se o núcleo da definição labeoniana estava na reciprocidade dos efeitos obrigacionais ou, então, se a expressão *ultra citroque obligatio* estava relacionada ao modo pelo qual as partes vinculavam-se, ou seja, ao próprio ato de *contrahere* destinado à criação de uma relação obrigacional.

Assim, percebe-se que Labeone tentou abstrair uma noção de contrato fundada na bilateralidade, na reciprocidade decorrente do acordo das partes acerca de um dado negócio, com a finalidade de apresentar uma abertura no sistema contratual romano para admitir as *fattispecies* atípicas.

---

<sup>327</sup> “50.16.19

*Ulpianus libro 11 ad edictum*

Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.” (LASSARD, Yves; KOPTEV, Alexandr. **The Roman Law Library**. Grenoble: Université Grenoble Alpes. Disponível em <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>>. Acesso em 15.10.2017)

Tradução de Nunzia Donadio: “Labeone nel primo libro sull’edito del pretore urbano precisa quando qualcosa si compie, quando qualcosa si tratta, quando qualcosa si contrae: e che *actum* è un termine generale, in quanto si compie qualcosa sia con le parole che con i fatti, come nella *stipulatio* o nella *numeratio (pecunia)*: mentre il contratto è l’obbligazione che si ha dall’una o dall’altra parte, ciò che i greci chiamano *sinállagma*, come la compravendita, la locazione, la società: che gesto indica che viene posta in essere senza l’uso di parole.”

Tradução livre: “Labeone no primeiro livro sobre o edito do pretor urbano especifica quando algo se faz, quando algo se trafica, quando algo se contrata: e que *actum* é um termo geral, enquanto se faz algo, seja com a palavra ou com os fatos, como na *stipulatio* ou na *numeratio (pecunia)*: enquanto que o contrato é a obrigação que há entre uma ou outra parte, isto é o que os gregos chamavam *sinállagma*, como a compra e venda, a locação, a sociedade: que gesto indica que vem imposta sem o uso da palavra.” (DONADIO, Nunzia. *L’Idea di Contratto nel Pensiero Giuridico Romano*. In: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica**. Milão: CEDAM, 2010, p. 25)

Além da concepção labeoniana, Gaio, que, provavelmente, viveu entre os anos 108 a 178, cujo nome completo também se desconhece, foi um jurisconsulto que também tentou abstrair uma noção de contrato.

A concepção gaiana estava fundada, basicamente, no contraste entre *delictum* e *contractus*, enquanto fontes de *obligatio*. Segundo Gaio, a *obligatio* que deriva do *contractus* podia ser contraída de quatro formas: **(i)** pela entrega de uma coisa; **(ii)** pela pronúncia de uma declaração solene; **(iii)** pela celebração de um instrumento escrito; ou **(iv)** pelo mero consenso.

Desse modo, Gaio concentrou sua concepção de *contractus* no elemento volitivo consistente no *consensus*, no intento de *negotium contrahere*, no momento da gênese do *contractus*, oscilando, em seus escritos, entre a vontade de vincular e de vincular-se (*animus contrahendi*) ou a confluência do consenso a um único objetivo e a assunção do *vinculum juris*, sempre dentro de uma dialética entre a vontade/interesse individual e vontade/interesse coletiva (o), geral, o que decorria da contraposição entre *contractus* e *delictum*.

Além das duas noções já expostas, Sesto Pedio (ou Sextus Pedius), em relação a quem também não há maiores informações marcadas nos documentos históricos, mas que, provavelmente, viveu entre os reinados de Nero (anos 54 a 68) e de Adriano (anos 117 a 138), de modo que se situou, basicamente, entre Labeone e Gaio, de acordo com os comentários da Ulpiano, deixou bem clara ideia de que, para que houvesse um contrato, era indispensável que se tivesse uma *conventio*, um acordo entre as partes, seja para contratar um negócio, seja para transigi-lo.

Ainda, Tizio Aristone (Titius Ariston), em relação ao qual também não há muitas informações acerca do período em que viveu, foi o jurista romano que viveu aproximadamente no reinado de Trajano (anos 98 a 117) e, provavelmente faleceu no ano 105, também trouxe uma contribuição à noção de contrato na experiência jurídica romana.

Segundo Aristone, as convenções celebradas em conformidade com o *ius gentium* geravam ações e outras apenas exceções, isto é, a *conventio* que integrava uma figura típica identificada a uma causa, passava a denominar-se de contrato e ensejava uma ação.



Já a *conventio* que não se identificava com uma figura típica e não tinha uma causa, mantinha a denominação convenção e apenas ensejava exceção. Por outro lado, a *conventio* que não coincidia com uma figura típica, mas tinha uma causa consistente na compensação de uma prestação já executada por uma parte por meio da prestação de outra parte, era considerada um contrato, visto que havia *synállagma*, isto é, particular nexo de correspondência entre as prestações, além da reciprocidade dos efeitos jurídicos.

Por fim, vale ressaltar que com Ulpiano iniciou-se a propensão de identificar o *contractus* com a *conventio*, cuja plena identificação somente foi encontrada com os juristas bizantinos, que chegaram a definir o contrato como expressão substancial do acordo, ou seja, como o encontro de vontades de duas ou mais partes, além de indicarem a bilateralidade e reciprocidade sob o aspecto do vínculo obrigacional e a acionabilidade decorrente da pretensão surgida do contrato.

Assim, à guisa de conclusão parcial, podemos afirmar que o pensamento jurídico romano, na tentativa de obter uma abstração da noção de contrato, elencou os seguintes elementos do contrato: **(i)** bilateralidade e reciprocidade das obrigações ou forma bilateral de contratação; **(ii)** o consenso enquanto elemento volitivo considerado como fonte de obrigações “não delitivas”; **(iii)** o acordo como convenção das partes para contratar um negócio; e **(iv)** a *conventio* como figura típica identificada a uma causa, ensejava ação e era denominada de contrato, já a *conventio* não identificada a uma figura típica dotada de causa, dava lugar apenas à exceção e denominava-se de convenção, mas se a *conventio*, que não fosse identificada a uma figura típica dotada de causa, possuísse sinalagma (consistente na recompensa a uma prestação já executada por meio da execução de outra prestação), ela denominava-se contrato e era tutelada por uma ação.

Ao final dessa evolução, o pensamento jurídico romano passou a considerar o contrato enquanto acordo de vontades dotado de prestações recíprocas e bilaterais, que dá origem a uma pretensão tutelada por meio de uma ação.

Como, inegavelmente, o pensamento jurídico romano influenciou ambos os sistemas jurídicos, agora passaremos a analisar a noção de contrato no Direito Inglês, enquanto representante do sistema da *common law*.

## 4.2. A NOÇÃO DE CONTRATO NO DIREITO INGLÊS

No âmbito do sistema da *common law*, o Direito Inglês deu ensejo a um sistema, cuja fonte primordial do Direito são os julgados das cortes inglesas e não os costumes da população propriamente ditos.

Partindo dos julgados, bem como da doutrina que sistematizou a noção de contrato no Direito Inglês, tentar-se-á fazer uma análise da noção de contrato no plano de existência.

Há que se ressaltar que a formação da noção de contrato no Direito Inglês está associada ao reconhecimento da obrigação enquanto tal no âmbito jurídico, mais especificamente, aquela noção está associada ao desenvolvimento da *cause of action* e da existência de um remédio geral apto a socorrer a parte prejudicada em caso de inadimplemento (*forms of action*), vigendo a doutrina do *nudum pactum action non oriuntur* nos primórdios do *common law* inglês.

Segundo os relatos de Boris Kozolchik<sup>328</sup>, a inexigibilidade dos meros acordos, tal como ocorria no Direito Romano, também vigorou no *common law* inglês primitivo, que exigia o preenchimento dos requisitos processuais das *forms of action*. Somente entre os Séculos XV e XVI, as cortes inglesas desenvolveram uma base teórica que reconhecia a exigibilidade, por meio de ação judicial, dos pactos e das promessas informais e não reais, de modo que o termo contrato passou a ser utilizado para fazer referência àquelas obrigações que davam ensejo às ações de *debt*, o qual surgia de algum ilícito cometido pela parte que causava uma redução patrimonial à outra parte, que já havia executado sua prestação.

Nesta época, prevalecia o caráter restitutivo da ação de *debt*, o qual foi superado com o desenvolvimento da ação de *assumpsit*. Nesta época, as cortes inglesas passaram a conceder tutela quando uma das partes tivesse assumido uma obrigação, mas sua má execução teria causado à outra parte um dano.

Todavia, com o passar do tempo, passou-se a verificar a necessidade de limitar os casos em que a mera promessa ou acordo, que tivessem sido celebrados informalmente,

---

<sup>328</sup> KOZOLCHYK, Boris. *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 175-183.

fossem, por si só, vinculantes. Assim, passou-se a exigir a adoção de uma forma solene ou, alternativamente, que tivesse havido uma *consideration*. Foi neste contexto que a doutrina da *consideration* foi desenvolvida.

Segundo a doutrina da *consideration*, era preciso que tivesse havido um *quid pro quo*, isto é, era preciso haver um intercâmbio de valores como resultado da negociação entre as partes, para que, então, pudesse ser utilizada a ação *assumpsit*, ou, ainda, nas palavras de Alessandro Di Giò:

“(...) para a acionabilidade da promessa ocorria uma vantagem (*benefit*) em favor do promitente (uma contraprestação já executada ou apenas promessa da parte do promissário); ou seja, um sacrifício (*detriment*) sofrido por este último em relação à promessa aguardada.”<sup>329</sup>

Há que se ressaltar, ainda, que a definição da *consideration*, mesmo na atualidade, é controversa, podendo-se equiparar tal controvérsia à existente em relação à definição de causa nos sistemas da *civil law*.

De acordo com a doutrina contratual inglesa, os contratos apresentam os seguintes elementos essenciais para sua existência: **(i)** acordo constituído por uma oferta e uma aceitação; **(ii)** consideração; e **(iii)** intenção de criar relações jurídicas.

A noção de contrato no Direito Inglês está mais próxima da noção existente no Direito Romano acerca do *contractus*, visto que o *contract* é o resultado do *agreement*, ou seja, é a relação vinculante de troca fundada em um acordo, enquanto que, no Direito Romano, o *contractus* era o vínculo resultante de um acordo e não o acordo propriamente dito, que era abrangido pelas denominações *conventio*, *pactum*, *consensus*.

Assim, por um lado, o contrato tem como elemento genético o acordo (*agreement*), que é o resultado de uma oferta (*offer*) feita por uma parte a outra, que, por sua vez, aceita-a (*acceptance*).

---

<sup>329</sup> Tradução livre de: “(...) per l’azionabilità della promessa occorre un vantaggio (*benefit*) a favore del promittente (una controprestazione già eseguita o solo promessa da parte del promissario); ovvero un sacrificio (*detriment*) sofferto da quest’ultimo in relazione alla promessa attesa.” (GIÒ, Alessandro Di. *La Nozione di Contract nel Common Law*. In: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica**. Milão: CEDAM, 2010, p. 203)

Para tanto, deve-se considerar que a proposta<sup>330</sup> “é a expressão clara e inequívoca do interesse de uma parte se vincular no momento em que a parte contrária (proposto) aceitar a proposta”<sup>331</sup>, de maneira que a proposta inclui não só a vontade do polícitante de obrigarse, mas também a determinação da contraprestação querida pelo polícitante em troca da sua prestação, determinando, portanto, o conteúdo da relação contratual, que inclui não só o conteúdo da prestação do polícitante, mas também o da contraprestação assumida pelo oblato<sup>332</sup>.

A aceitação, por outro lado, “é a expressão inequívoca do interesse do aceitante de se obrigar, sem qualquer ressalva relevante, aos termos contidos na proposta.”<sup>333</sup> Constatase, assim, que a aceitação contém a assentimento à proposta feita pelo polícitante, ou seja, a aceitação da prestação ofertada, bem como a aceitação da execução da contraproposta pelo oblato em favor do polícitante, constituindo um verdadeiro ato de adesão do oblato que constitui o consenso, que, por sua vez, é a base fundamental da relação contratual.

A qualificação da aceitação como ato de adesão está em conformidade com o princípio da *mirror image rule*, conforme bem expressado por Giovanni Criscuoli:

“Se fala especificamente de ‘ato de adesão’ para significar com isso que o oblato não faz (e não pode fazer diferente) além de convir com o proponente acerca da criação da relação por este último programada em seu todo particularmente: é uma característica da aceitação, com efeito, a de não poder ser de qualquer modo condicionada ou mesmo sobreposta a reserva de qualquer gênero, de modo a modificar os termos da relação indicada na oferta: ‘aceitação deve exatamente encaixar na oferta’; o

---

<sup>330</sup> “L’offerta secondo la definizione più elementare, proposta da Atiyah, è ‘una promessa fatta dall’offerente di fare o di astenersi dal fare qualcosa, atteso che l’oblato accetterà l’offerta e pagherà o prometterà di pagare il prezzo indicato dall’offerta’, o eseguirà o prometterà di eseguire la controprestazione richiesta dall’offerente.”

Tradução livre: “A oferta, segundo a definição mais elementar, proposta por Atiyah, é ‘uma promessa feita pelo ofertante de fazer ou de abster-se de fazer algo, enquanto que o oblato aceitará a oferta e pagará ou prometerá pagar o preço indicado na oferta’, ou executará ou prometerá de executar a contraprestação pedida pelo ofertante.” (ALPA, Guido; DELFINO, Rossella. **Il Contratto nel Common Law Inglese**. 3ª edição. Milão: CEDAM, 2005, p. 46)

<sup>331</sup> ANDREWS, Neil. **Direito Contratual na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 60.

<sup>332</sup> CRISCUOLI, Giovanni. **Il Contratto nel Diritto Inglese**. 2ª edição. Milão: CEDAM, 2001, pp. 72-73.

<sup>333</sup> ANDREWS, Neil. **Direito Contratual na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 60.

princípio é simbolicamente conhecido como a ‘*mirror image rule*’.<sup>334</sup>  
(Tradução livre)

Quanto aos elementos estruturais da oferta e da aceitação, a *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)* julgou o recurso interposto no caso *Reville Independent LLC v. Anotech International*<sup>335</sup>, cuja discussão versava, basicamente, sobre a existência, ou não, de um contrato entre as partes, pois, embora tenha havido negociações pré-contratuais, as partes não assinaram efetivamente o instrumento contratual, mas deram início à execução do contrato.

A Corte inglesa, naquele julgado, entendeu que a conduta da parte constituiu uma aceitação à oferta, visto que, mesmo não tendo, as partes, assinado a minuta do contrato, elas agiram tal como se o contrato tivesse sido assinado, conforme é possível verificar do trecho da decisão abaixo transcrito:

“Há uma quantidade de regras do direito contratual Inglês que, em combinação, confere resolução a este apelo. Primeiro, uma análise clássica encontra o consentimento das partes para um contrato na aceitação de uma oferta e é bem aceito que a aceitação pode ser por conduta da parte que recebeu a oferta, desde que aquela conduta, enquanto objeto de análise objetiva, esteja destinada a constituir uma aceitação: *Brodgen v. Metropolitan Railway Co (1877) 2 App Cas 666*. Segundo, tal como no caso *Brodgen*, a aceitação pode ser de uma oferta contida nas cláusulas estabelecidas em uma minuta de acordo elaborada pelas partes, mas nunca assinada. Terceiro, se uma parte tem o direito de assinar o contrato antes de vincular-se, está possibilitada, por claras e inequívocas palavras ou conduta, a renúncia a este requisito e a celebração do contrato sem insistir na sua assinatura: *Oceanografia SA de CV v. DSND Subsea AS (The Botnica) [2006] EWHC 1360 (Comm); [2007] 1 All E.R. (Comm) 28 at [94], per Aikens J.*

---

<sup>334</sup> Tradução livre de: “Si parla specificamente di ‘atto di adesione’ per significare che con esso l’oblato non fa (e non può fare altro) che convenire con il proponente circa la creazione del rapporto da quest’ultimo programmato in ogni suo particolare: è una caratteristica dell’accettazione, difatti, quella di non poter essere comunque condizionata o anche sottoposta a riserve di alcun genere tali da modificare i terminini del rapporto indicati nell’offerta: ‘*acceptance must exactly fit the offer*’; il principio è simbolicamente noto come la ‘*mirror image rule*’.” (CRISCUOLI, Giovanni. *Il Contratto nel Diritto Inglese*. 2ª edição. Milão: CEDAM, 2001, pp. 89-90)

<sup>335</sup> INGLATERRA. *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*. **Reville Independente LLC v. Anotech International (UK) Limited** [2016] EWCA Civ 443, de 06.05.2016. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 01.11.2017.

Quarto, se a assinatura é a forma prescrita para a aceitação, o ofertante estará vinculado pelo contrato, se renunciar ao requisito e aceitar uma maneira diferente de aceitação. Na minha visão, quando a assinatura está prescrita como modo de aceitação, ela destina-se a beneficiar a parte que recebeu a oferta, e se este aceita de alguma outra maneira, esta deve ser tratada como eficaz, salvo se puder ser demonstrado que a falta da assinatura tenha prejudicado o ofertante: veja *Chitty on Contracts*, 32nd ed, 2015, §§2-066, 2-067; *MSM Consulting Ltd v. United Republic of Tanzania* [2009] EWHC 121 (QB), at [119] per Christopher Clarke J..

Quinto, uma minuta de acordo pode ter força contratual, embora as partes não tenham cumprido o requisito de que deveria ser assinado para ser vinculante, se essencialmente todas as cláusulas foram acordadas e a conduta subsequente delas indique isso, ainda que uma corte não chegue a esta conclusão facilmente: *RTS Flexible Systems v. Molkeroi Alois Muller GmbH* [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR 753, at [54]-[56]. Finalmente, a conduta das partes é admitida para provar a existência de um contrato e suas cláusulas, embora não como uma ajuda para sua interpretação: *Chitty on Contracts*, 32nd ed, 2015, §13-129.”<sup>336</sup> (Itálico do autor) (Tradução livre)

Assim, percebe-se que a aceitação e a oferta não necessitam seguir o padrão clássico e a forma escrita para formarem um acordo e, conseqüentemente, dar ensejo à

---

<sup>336</sup> Tradução livre de: “There are a number of rules of English contract law which, in combination, bear on the resolution of this appeal. First, classical analysis finds the parties' consent to a contract in the acceptance of an offer, and it is well accepted that acceptance can be by the conduct of the offeree so long as that conduct, as a matter of objective analysis, is intended to constitute acceptance: *Brogden v. Metropolitan Railway Co* (1877) 2 App Cas 666. Secondly, as in *Brogden*, acceptance can be of an offer on the terms set out in a draft agreement drawn up between the parties but never signed. Thirdly, if a party has a right to sign a contract before being bound, it is open to it by clear and unequivocal words or conduct to waive the requirement and to conclude the contract without insisting on its signature: *Oceanografia SA de CV v. DSND Subsea AS (The Botnica)* [2006] EWHC 1360 (Comm); [2007] 1 All E.R. (Comm) 28 at [94], per Aikens J.

Fourthly, if signature is the prescribed mode of acceptance an offeror will be bound by the contract if it waives that requirement and acquiesces in a different mode of acceptance. In my view it follows that where signature as the prescribed mode of acceptance is intended for the benefit of the offeree, and the offeree accepts in some other way, that should be treated as effective unless it can be shown that the failure to sign has prejudiced the offeror: see *Chitty on Contracts*, 32nd ed, 2015, §§2-066, 2-067; *MSM Consulting Ltd v. United Republic of Tanzania* [2009] EWHC 121 (QB), at [119] per Christopher Clarke J. Fifthly, a draft agreement can have contractual force, although the parties do not comply with a requirement that to be binding it must be signed, if essentially all the terms have been agreed and their subsequent conduct indicates this, albeit a court will not reach this conclusion lightly: *RTS Flexible Systems v. Molkeroi Alois Muller GmbH* [2010] UKSC 14, [2010] 1 WLR 753, at [54]-[56]. Finally, the subsequent conduct of the parties is admissible to prove the existence of a contract, and its terms, although not as an aid to its interpretation: *Chitty on Contracts*, 32nd ed, 2015, §13-129.” (Itálico do autor) (INGLATERRA. *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*). **Reveille Independente LLC v. Anotech International (UK) Limited** [2016] EWCA Civ 443, de 06.05.2016. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 01.11.2017)

existência de um contrato, o qual “pode vir a existir, não como um resultado de uma oferta e uma aceitação, mas durante e como resultado da execução”<sup>337</sup> (Tradução livre), sem que seja necessária, ainda, a adoção da forma escrita do contrato.

Como foi decidido no caso *Assuranceforeningen Gard Gjensidig v. The International Oil Pollution Compensation Fund*<sup>338</sup>, “um contrato bilateral forma-se por meio da troca de promessas, sob as quais ambas as partes assumem obrigações – *Chitty* parágrafo 1-099.”<sup>339</sup> (Tradução livre) Para tanto, deve-se considerar que “uma oferta é ‘a expressão da intenção de contratar sob cláusulas específicas elaboradas com a intenção ... de tornar-se vinculado tão logo é aceita pela pessoa a quem ela foi endereçada’ – *Chitty* parágrafo 2-083.”<sup>340</sup> (Tradução livre)

Além do acordo, que é constituído por uma oferta e uma aceitação, há o elemento conhecido por *consideration*, que é considerado um elemento essencial da existência do contrato, mas de difícil definição pela própria doutrina inglesa.

Para que o contrato exista, além da oferta e da aceitação, há a necessidade de haver *consideration* pelas partes, isto é, segundo Neil Andrews<sup>341</sup>, **(i)** havendo uma troca de promessas (prestações), cada promessa constitui o ônus a ser suportado por uma parte para a obtenção da contrapromessa a ser executada pela outra parte, **(ii)** a parte obrigada a executar uma promessa deve sofrer um sacrifício, um ônus e **(iii)** a parte obrigada a executar uma promessa deve conferir um benefício à outra parte.

Para tanto, como visto, deve haver um benefício, direito, interesse ou lucro atribuído em favor da parte beneficiada pela execução da prestação e, ainda, um detrimento,

---

<sup>337</sup> Tradução livre de: “(...) Contracts may come into existence, not as a result of offer and acceptance, but during and as a result of performance (...)” (INGLATERRA. *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*. **Reville Independente LLC v. Aotech International (UK) Limited** [2016] EWCA Civ 443, de 06.05.2016. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 01.11.2017)

<sup>338</sup> INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen’s Bench Division)*. **Assuranceforeningen Gard Gjensidig v The International Oil Pollution Compensation Fund** [2014] EWHC 3369 (COMM), de 17.10.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 05.11.2017.

<sup>339</sup> Tradução livre de: “A bilateral contract is formed through an exchange of promises under which both parties undertake obligations – *Chitty* para. 1-099.” (INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen’s Bench Division)*. **Assuranceforeningen Gard Gjensidig v The International Oil Pollution Compensation Fund** [2014] EWHC 3369 (COMM), de 17.10.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 05.11.2017)

<sup>340</sup> Tradução livre de: “An offer is “an expression of willingness to contract on specified terms made with the intention...that it is to become binding as soon as it is accepted by the person to whom it is addressed” – *Chitty* para. 2-083.” (INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen’s Bench Division)*. **Assuranceforeningen Gard Gjensidig v The International Oil Pollution Compensation Fund** [2014] EWHC 3369 (COMM), de 17.10.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 05.11.2017)

<sup>341</sup> ANDREWS, Neil. **Direito Contratual na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 89-109.

sacrifício, perda, abstenção ou responsabilidade a ser suportado pela parte obrigada a executar a prestação e, em ambos os casos, deve haver consideração em relação à prestação ou promessa que se quer obter em troca, de modo a legitimar aquele que teve consideração a exigir o cumprimento da contraprestação.

Logo, a *consideration*, segundo Guido Alpa e Rossella Delfino, tem dois elementos fundamentais: “a recompensa por um benefício entregue e a tutela da confiança (ou entrega)”<sup>342</sup> (tradução livre), que seja economicamente valorável.

Assim, segundo a definição sintetizada por Giovanni Criscuoli, pode-se dizer que:

“Em extrema síntese, utilizando os dados que resultaram a partir e das noções precedentes, podemos concluir definindo a *consideration* a ‘condição funcional de troca’: ‘condição de troca’ por sua natureza de contrapartida essencial para a realização da *bargain* ou negócio; ‘funcional’ porque, justamente a sua natureza, justifica sob o plano jurídico a obrigatoriedade da relação contratual.”<sup>343</sup> (Itálico do autor) (Tradução livre)

Portanto, as partes devem levar em consideração o benefício ou ônus assumido como contrapartida pela outra parte e que consta da comunicação havida entre as partes, seja por palavras, seja por conduta, como bem ficou delineado no caso *RTS Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Muller GmbH & Company KG*<sup>344</sup>:

“45. Os princípios gerais não estão em dúvida. Se há um contrato vinculante entre as partes e, sendo assim, mediante quais termos sobre os quais elas tenham acordado. Isto não depende do estado de ânimo subjetivo delas, mas da consideração sobre o que foi comunicado entre elas por palavras ou por conduta e se isto leva objetivamente à conclusão de que elas pretenderam criar relações jurídicas e tenham acordado sobre todos os termos, os quais elas objetivaram ou a lei exige como essencial para a formação de relações legalmente vinculantes. Ainda que certas cláusulas de significância econômica ou de outra natureza não tenham sido

<sup>342</sup> Tradução livre de: “(...) la recompensa per un beneficio reso e la tutela dell’affidamento.” (ALPA, Guido; DELFINO, Rossella. *Il Contratto nel Common Law Inglese*. 3ª edição. Milão: CEDAM, 2005, p. 74)

<sup>343</sup> CRISCUOLI, Giovanni. *Il Contratto nel Diritto Inglese*. 2ª edição. Milão: CEDAM, 2001, p. 40.

<sup>344</sup> INGLATERRA. *United Kingdom Supreme Court. RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller GmbH & Company KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, de 10.03.2010. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2017.



finalizadas pelas partes, uma avaliação objetiva de suas palavras e conduta pode levar à conclusão de que elas não pretenderam que um acordo de tais cláusulas fosse pré-condição para a conclusão de um acordo legalmente vinculante.”<sup>345</sup> (Tradução livre)

Além da tríade oferta, aceitação e consideração, para que o contrato exista, as partes devem ter a intenção de criar relações jurídicas. Em outras palavras, para que se constitua um contrato, deve haver uma oferta que deverá ser aceita, bem como as partes deverão considerar a prestação assumida pela outra parte como fundamento da contraprestação, de modo que a consideração deve estar direcionada ao estabelecimento de relações jurídicas vinculantes.

Desse modo, pode-se dizer que a intenção de criar relação jurídica vinculante complementa a *consideration*, bem como que a intenção das partes a ser considerada é aquela que “possa ser razoavelmente compreendida das comunicações (por palavras ou conduta) das partes entre elas.”<sup>346</sup> (Tradução livre)

Todavia, há que se ressaltar, desde já, que a intenção de criar relações jurídicas em relações mercantis não depende de prova, mas, ao contrário, a parte deve provar que não havia a intenção de criar relação jurídica, como restou decidido no caso *Assuranceforeningen Gard Gjensidig v. The International Oil Pollution Compensation Fund*:

“Em relação à intenção de criar relações jurídicas, Gard baseou-se no *Chitty parágrafos 2-162*, aonde está dito que ‘no caso de transações comerciais ordinárias não é normalmente necessário provar que as partes em um acordo expresso de fato tenham tido a intenção de criar relações

---

<sup>345</sup> Tradução livre de: “45. The general principles are not in doubt. Whether there is a binding contract between the parties and, if so, upon what terms depends upon what they have agreed. It depends not upon their subjective state of mind, but upon a consideration of what was communicated between them by words or conduct, and whether that leads objectively to a conclusion that they intended to create legal relations and had agreed upon all the terms which they regarded or the law requires as essential for the formation of legally binding relations. Even if certain terms of economic or other significance to the parties have not been finalised, an objective appraisal of their words and conduct may lead to the conclusion that they did not intend agreement of such terms to be a pre-condition to a concluded and legally binding agreement.” (INGLATERRA. *United Kingdom Supreme Court. RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller GmbH & Company KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, de 10.03.2010. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2017)

<sup>346</sup> Tradução livre de: “The test for determining whether a contract exists is objective. It depends not on the parties’ actual intentions but on what those intentions would reasonably be understood to be from the parties’ communications (by words or conduct) with each other.” (INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen’s Bench Division). Assuranceforeningen Gard Gjensidig v The International Oil Pollution Compensation Fund* [2014] EWHC 3369 (COMM), de 17.10.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 05.11.2017)

jurídicas'. Também se fundou em *Edwards v Skyways* [1964] 1 WLR 349 at 355, no qual foi dito que naquele contexto o ônus da prova que não havia intenção 'é da parte que alega que não havia intenção de produzir efeitos jurídicos e o ônus é um ônus rígido.'<sup>347</sup> (Tradução livre)

De acordo com os ensinamentos de Guido Alpa e Rossella Delfino, a intenção de criar relação jurídica, é verificada pela vontade das partes de admitir ou excluir a vinculação da promessa delas ou, ainda, pela certeza e suficiência do acordo celebrado que lhe torna apto para a produção de efeitos jurídicos, *in verbis*:

“A intenção de criar vínculo jurídico constitui um requisito essencial do contrato e mede-se considerando seja a vontade das partes de admitir ou excluir a vinculação da promessa delas (ou mais genericamente da afirmação delas), seja a objetiva certeza ('*certainty*') e suficiência do acordo concluído para produzir efeitos jurídicos, enquanto o acordo seja completo (ou suficientemente completo), digno de tutela (ou suficientemente digno) e inteligível (ou suficientemente inteligível).”<sup>348</sup> (Itálico do autor) (Tradução livre)

Portanto, conforme é possível verificar dos julgados citados e da doutrina referida, o contrato, perante o Direito Inglês, existirá quando houver uma oferta que é aceita em conformidade com a regra do *mirror image*, devendo, as partes, ter apresentado a *consideration* em relação à promessa assumida pela outra parte, visando à criação de relações jurídicas vinculantes.

---

<sup>347</sup> Tradução livre de: “In relation to the intention to create legal relations, Gard relied on *Chitty* para. 2-162 where it is stated that ‘in the case of ordinary commercial transactions it is not normally necessary to prove that the parties to an express agreement in fact intended to create legal relations’. It also relied on *Edwards v Skyways* [1964] 1 WLR 349 at 355 in which it was stated that in that context the onus of proving that there was no such intention ‘is on the party who asserts that no legal effect was intended and the onus is a heavy one.’” (INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen’s Bench Division)*. **Assuranceforeningen Gard Gjensidig v The International Oil Pollution Compensation Fund** [2014] EWHC 3369 (COMM), de 17.10.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 05.11.2017)

<sup>348</sup> Tradução livre de: “L’intenzione di creare vincoli giuridici costituisce un requisito essenziale de contratto e si misura avendo riguardo sia alla volontà delle parti di ammettere o di escludere la vincolatività della lora promessa (o più genericamente delle lora affermazioni) sia all’oggettiva certezza ('*certainty*') e sufficienza dell’accordo concluso a produrre effetti giuridici, in quanto l’accordo sia completo (o sufficientemente completo), meritevole di tutela (o sufficientemente meritevole), e intelligibile (o sufficientemente intelligibile).” (ALPA, Guido; DELFINO, Rossella. **Il Contratto nel Common Law Inglese**. 3ª edição. Milão: CEDAM, 2005, p. 62)

Também há que se ressaltar que a formação do contrato não requer a adoção de forma escrita ou, ainda mais genericamente, de forma expressa, bastando que a aceitação da oferta resulte da conduta das partes.

Para finalizar a análise do conceito estrutural de contrato no Direito Inglês, faz-se necessário citar os comentários feitos, no julgado *G. Percy Trentham Ltd v. Archital Luxfer Ltd*<sup>349</sup>, por Lord Justice Steyn, que resume o processo de verificação da existência de um contrato, ou não, entre as partes:

“Antes de voltar-me aos fatos, é importante considerar brevemente a abordagem a ser adotada para a questão da formação do contrato neste caso. Parece-me que quatro questões são importantes. A primeira é o fato de que o Direito Inglês adota uma teoria objetiva da formação do contrato. Isto significa que, na prática, nosso direito geralmente ignora as expectativas subjetivas e as reservas mentais não expressadas das partes. Ao invés, o critério regente são as expectativas razoáveis do homem honesto e, no presente caso, isto significa que o padrão é o das expectativas razoáveis de um homem de negócios sensato. Segundo, é verdade que a coincidência de uma oferta e uma aceitação representará, na grande maioria dos casos, o mecanismo de formação do contrato. Assim é no caso de contrato que tenha sido celebrado pela troca de correspondência. Mas, não é necessariamente assim no caso de um contrato que se torne existente durante e como um resultado da execução. Veja **Brogden v. Metropolitan Railway** (1877) 2 A.C. 666; **New Zealand Shipping Co Ltd v A.M. Satterthwaite & Co Ltd** [1974] 1 Lloyd's Rep. 534 at p. 539, col. 1; [1975] A.C. 154 at p. 167 D-E; **Gibson v Manchester City Council** [1979] 1 W.L.R. 294. A terceira questão é o impacto do fato da transação ser executada, ao invés de executável. É uma consideração de primeira importância em uma quantidade de níveis. Veja **British Bank for Foreign Trade Ltd v Novinex** [1949] 1 K.B. 628, at p. 630. O fato da transação ter sido executada por ambos os lados tornará geralmente irreal arguir que não havia intenção de estabelecer relações jurídicas. Isso também tornará difícil de sujeitar aquele contrato à invalidade por vagueza ou incerteza. Especificamente, o fato da transação ter sido executada torna mais fácil inferir uma cláusula solucionando qualquer incerteza ou, alternativamente,

---

<sup>349</sup> INGLATERRA. *Court of Appeal. G. Percy Trentham Ltd v Archital Luxfer Ltd* [1992] Adj.L.R. 07/20, de 20.07.1992. Disponível em <<http://www.nadr.co.uk>>. Acesso em 05.11.2017.

pode tornar possível tratar a matéria não finalizada nas negociações como não essencial. Neste caso, transações completamente executadas foram objeto de consideração. Claramente, considerações similares podem às vezes ser relevantes em transações parcialmente executadas. Quarto, se um contrato apenas torna-se existente durante e como o resultado da execução de transação, será frequentemente possível manter aquele contrato implícita e retrospectivamente coberto pela execução pré-contratual. Veja **Trollope & Colls Ltd v Atomic Power Construction Ltd** [1963] 1 W.L.R. 333.<sup>350</sup> (Negrito do autor) (Tradução livre)

---

<sup>350</sup> Tradução livre de: “Before I turn to the facts it is important to consider briefly the approach to be adopted to the issue of contract formation in this case. It seems to me that four matters are of importance. The first is the fact that English law generally adopts an objective theory of contract formation. That means that in practice our law generally ignores the subjective expectations and the unexpressed mental reservations of the parties. Instead the governing criterion is the reasonable expectations of honest men, and in the present case that means that the yardstick is the reasonable expectations of sensible businessmen. Secondly, it is true that the coincidence of offer and acceptance will in the vast majority of cases represent the mechanism of contract formation. It is so in the case of a contract alleged to have been made by an exchange of correspondence. But it is not necessarily so in the case of a contract alleged to have come into existence during and as a result of performance. See **Brogden v. Metropolitan Railway** (1877) 2 A.C. 666; **New Zealand Shipping Co Ltd v A.M. Satterthwaite & Co Ltd** [1974] 1 Lloyd’s Rep. 534 at p. 539, col. 1; [1975] A.C. 154 at p. 167 D-E; **Gibson v Manchester City Council** [1979] 1 W.L.R. 294. The third matter is the impact of the fact that the transaction is executed rather than executory. It is a consideration of the first importance on a number of levels. See **British Bank for Foreign Trade Ltd v Novinex** [1949] 1 K.B. 628, at p. 630. The fact that the transaction was performed on both sides will often make it unrealistic to argue that there was no intention to enter into legal relations. It will often make it difficult to submit that the contract is void for vagueness or uncertainty. Specifically, the fact that the transaction is executed makes it easier to imply a term resolving any uncertainty, or, alternatively, it may make it possible to treat a matter not finalised in negotiations as inessential. In this case fully executed transactions are under consideration. Clearly, similar considerations may sometimes be relevant in partly executed transactions. Fourthly, if a contract only comes into existence during and as a result of performance of the transaction it will frequently be possible to hold that the contract impliedly and retrospectively covers pre-contractual performance. See **Trollope & Colls Ltd v Atomic Power Construction Ltd** [1963] 1 W.L.R. 333.” (INGLATERRA. *Court of Appeal*. **G. Percy Trentham Ltd v Archital Luxfer Ltd** [1992] Adj.L.R. 07/20, de 20.07.1992. Disponível em <<http://www.nadr.co.uk>>. Acesso em 05.11.2017.)

### 4.3. A NOÇÃO DE CONTRATO NO DIREITO ALEMÃO

Após a análise da experiência jurídica romana na tentativa de obter um conceito abstrato de contrato, bem como dos elementos estruturais do conceito de contrato no Direito Inglês, passaremos a estudar os elementos estruturais do contrato no Direito Alemão.

Inicialmente, há que se ressaltar que, na sua origem, o Direito Germânico tinha como sua principal fonte os costumes.

Os povos germânicos possuíam ordenamentos regionais, que eram distintos de um povo germânico para outro, mas que possuíam caracteres comuns, o quais os diferenciavam do Direito Romano.

Segundo os estudos de Mario G. Losano<sup>351</sup>, os caracteres comuns entre os diversos ordenamentos dos povos germânicos eram: **(i)** o Direito surgia dos costumes vigentes entre a população, não decorria de uma fonte de poder estatal, sendo caracterizado por sua autonomia em relação ao poder estatal; **(ii)** o Direito era transmitido oralmente pelos denominados enunciadores do direito, que utilizavam fórmulas; **(iii)** as tribos eram organizadas em comunidades, que usavam comunitariamente os bens, cuja base era a família que, por sua vez, era organizada hierarquicamente, sob a autoridade paterna; e **(iv)** havia a prevalência da relação consanguínea pelo lado materno.

Essas eram as estruturas comuns entre os diversos povos germânicos, que, após as invasões que promoveram (e que culminaram com a queda do Império Romano), ao estabelecerem-se em Estados invadidos, passaram a promover a redução a escrito das normas costumeiras<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> LOSANO, Mario G.. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 38-42.

<sup>352</sup> “Mas não dissemos que o direito germânico era oral? De fato, nos anos em que as tribos germânicas se consolidaram nos Estados, também suas leis perderam o caráter de oralidade e foram colocadas por escrito. Tratava-se de escritos talvez originados dos relatórios dos ‘enunciadores do direito’, que eram ajustados com a comunidade (por isso, muitas vezes são chamados *pactum*) e nascima, em suma, não apenas de um ato de autoridade.

Nesses escritos, os elementos romanos e germânicos mesclavam-se não apenas no conteúdo das normas, mas também na formulação linguística., Ainda que redigidas num latim vulgar, que em certa medida antecipava as futuras línguas nacionais, nem sempre eram compreendidas por quem devia usá-las. Assim, em certas leis aparecem incisos em *mallobergo*, isto é, em francônio (...)

A essas leis (*leges* ou *pacta*) acrescentaram-se os vários *Spiegel* ou Espelhos (coleções, sinopses) das leis. Criou-se assim um enorme *corpus* de normas germânicas, que conviviam com normas romanísticas

Hodiernamente, a fonte primordial do Direito Alemão é o direito escrito, proveniente do Poder Legislativo e, especificamente em relação do Direito Privado Alemão, a fonte primordial é o Código Civil Alemão, o Código Comercial, além de outras leis específicas que compõem o Direito Privado Alemão, como bem indicou Frédérique Ferrand:

“A fonte essencial do direito privado alemão é constituída pelo Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), que, como o Código Civil na França, embora tenha intervindo mais tardiamente que este último, serve de fundamento às relações jurídicas de direito privado (§ 1). Ele existe apesar de outras fontes importantes, que intervieram posteriormente ao BGB, e são vistas seja como complementares de seu conteúdo, seja somando-se a ele dentro de um quadro de codificação.”<sup>353</sup> (Tradução livre)

“Certamente, o BGB não é a única fonte do direito privado alemão, mesmo que ele seja a mais importante. Há, na Alemanha, igualmente outras codificações. Além disso, o legislador moderno tende, como na França, a intervir por leis distintas que não são integradas a nenhum código, o que dificulta seu alcance e sua consulta, aliás muitas vezes difíceis.”<sup>354</sup> (Itálico do autor) (Tradução livre)

Portanto, neste estudo dos elementos estruturais do contrato comercial, será priorizada a análise da legislação alemã e da doutrina tedesca<sup>355</sup>.

---

segundo as características jurídicas de cada Esado. Em particular, no território alemão, após a assimilação do direito romano (cf. abaixo, item 8), as normas de origem germânica vigoravam lado a lado com as romanísticas, as primeiras como direito especial, as segundas como direito comum.” (Itálico do autor) (LOSANO, Mario G.. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 41-42)

<sup>353</sup> Tradução livre de: “La source essentielle du droit privé allemand est constituée par le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) qui, comme le Code civil en France, bien qu’intervenu plus tardivement que ce dernier, sert de fondement aux relations juridiques de droit privé (§ 1). Il existe cependant d’autres sources importantes qui, intervenues postérieurement au BGB, sont venue ou bien compléter son contenu, ou bien s’ajouter à lui dans le cadre d’une codifications (§ 2).” (FERRAND, Frédérique. **Droit Privé Allemand**. Paris: Dalloz, 1997, p. 77)

<sup>354</sup> Tradução livre de: “Certes, le BGB n’est pas le seule source du droit privé allemand, même s’il en est la plus impirtante. Il existe en Allemagne également d’autres codifications. En outre, le législateur moderne tend, comme en France, à intervenir par les lois distinctes qui ne sont pas intégrées dans un code quelconque, ce qui en rend la portée et la consuktations d’ailleurs parfois difficiles.”(FERRAND, Frédérique. **Droit Privé Allemand**. Paris: Dalloz, 1997, p. 84)

<sup>355</sup> Segundo Dário Moura Vicente, “A Alemanha é um dos países em que a doutrina se mostra mais fecunda e onde tem maior influência social. Alude-se aí ao *Direito de juristas (Juristenrecht)* precisamente para significar a atividade criadora que os juristas teóricos e práticos levam a cabo em ordem à explicitação dos conteúdos jurídicos e ao desenvolvimento do Direito.

O fenómeno tem, aliás, raízes longínquas. Dele é particularmente elucidativa a figura do ‘envio dos autos’ (*Aktenversendung*) pelos tribunais às Faculdades de Direito, para emissão de parecer, que vigorou até 1876.” (VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado. Volume I**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 173)

Segundo os estudos históricos de Direito Comparado dos Contratos Comerciais feitos por Boris Kozolchyk<sup>356</sup>, o processo de codificação alemão, que resultou na edição do Código Civil Alemão e do Código Comercial Alemão, estava impregnado pelos ideais do final do Século XIX, especialmente da liberdade do indivíduo, que se tornou um dos principais pilares do Direito dos Contratos, do Direito da Propriedade e do Direito das Sucessões, e, ainda, do espírito liberal-empresarial, o que proporcionou uma maior relevância à livre vontade do indivíduo e uma maior liberdade negocial<sup>357</sup>.

Mas, antes de adentrar no estudo dos elementos estruturais do contrato comercial no âmbito do Direito Alemão, é preciso ressaltar que o Direito Alemão faz uma distinção entre as relações obrigacionais decorrentes de contrato: perante o Direito Alemão, há o contrato de obrigação e o contrato de disposição, o que constitui reflexo dos princípios da separação e da abstração vigente no Direito Contratual Alemão.

De acordo com § 311, (1), do Código Civil Alemão, “Para criar uma obrigação por meio de negócio jurídico e para alterar o conteúdo de uma obrigação, é necessário haver um contrato entre as partes, salvo se a lei dispuser de maneira diferente.”<sup>358</sup> (Tradução livre)

Decorre deste dispositivo do Código Civil Alemão, que a legislação reconhece a existência de relações obrigacionais decorrentes da lei, tais como, por exemplo, as obrigações decorrentes de ato ilícito, de enriquecimento ilícito e de gestão de negócios, bem

---

<sup>356</sup> KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 109-123.

<sup>357</sup> “Finalmente, es importante al evaluar el trasunto ideológico de la codificación civil alemana no perder de vista el liberalismo político imperante. Esta ideología política exigía la mayor libertad posible del individuo sobre todo en el campo que el filósofo Kant denominaba de ‘lo mío y lo tuyo’. Así, la jurisprudencia de la voluntad libre (*Willensjurisprudenz*) se convirtió en uno de los principales motores de los derechos de contratos, propiedad y sucesiones del sistema en ciernes”.

Tradução livre: “Finalmente, é importante, ao avaliar o reflexo ideológico da condificação civil alemã, não perder de vista o liberalismo político prevalecente. Esta ideologia política exigia a maior liberdade possível do indivíduo sobretudo no campo em que o filósofo Kant denominava de ‘o meu e o teu’. Assim, a jurisprudência da livre vontade (*Willenjurisprudenz*) converteu-se em um dos principais motores dos direitos dos contratos, propriedade e sucessões do sistema em formação” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 112)

“El B.G.G. estaba imbuido del espíritu liberal-empresarial de fines del siglo XIX y por ello otorgó gran libertad negocial a las partes contratantes y a los adquirentes de propiedad.”

Tradução livre: “O B.G.B. estava incutido do espírito liberal-empresarial do fim do Século XIX e por ele outorgou grande liberdade negocial às partes contratantes e aos adquirentes de propriedade.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 113)

<sup>358</sup> “§ 311 **Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse**

(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

como relações obrigacionais decorrentes de negócio jurídico, as quais exigem que as partes celebrem um contrato.

O contrato, por sua vez, pode dar origem a uma relação jurídica obrigacional ou a uma relação jurídica de disposição, distinção esta que decorre dos princípios da separação e da abstração, que foram adotados com a finalidade de conferir maior certeza jurídica e aprimorar a conveniência comercial.

De acordo com o princípio da separação, as partes devem celebrar um contrato de obrigação, que dará origem a uma relação jurídica de obrigação com o fim de constituir obrigações entre as partes, das quais resultarão o contrato de disposição, que, por sua vez, criará uma relação jurídica de disposição, isto é, o contrato que permitirá a efetiva disposição (leia-se, por exemplo, transferência, alteração, extinção ou oneração) de determinado direito ou bem.

Desse modo, enquanto o contrato de obrigação, em regra, é um contrato causal que, usualmente, contém em si mesmo a causa para sua celebração, sendo, assim, um contrato autossuficiente que não requer uma causa externa a ele mesmo, o contrato de disposição é um contrato abstrato e neutro, pois não necessita de uma causa para a sua celebração, constituindo uma consequência lógica do princípio da separação.

Logo, considerando a separação entre contrato de obrigação e contrato de disposição, decorre que a validade do contrato de obrigação e a validade do contrato de disposição são independentes, o que constitui o princípio da abstração.

No presente estudo, o foco principal será o contrato de obrigação, apesar das regras relativas aos contratos em geral serem aplicadas a ambos os tipos de contrato.

Há que se observar que, no Direito Alemão, o contrato é um negócio jurídico bilateral, ou seja, constituído por uma oferta e uma aceitação aderente à oferta, congruência esta que dá origem a um acordo formado por duas ou mais declarações de vontade vinculantes, como decorre do § 145 do Código Civil Alemão<sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> “§ 145 Bindung an den Antrag

Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.”

Tradução livre: “§ 145 Efeito vinculante de uma oferta.

Qualquer pessoa que faz uma oferta a outra para celebrar um contrato está vinculada à oferta, salvo se tiver excluído sua vinculação.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**, de 18.08.1896. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)



Segundo, Johannes Wertenbruch, “a celebração de um contrato exige que as partes contratantes declarem suas vontades consensualmente e de comum acordo.”<sup>360</sup>

Assim, o acordo constituído por uma oferta e uma aceitação, que visa à estipulação de uma regulamentação dotada de relevância jurídica<sup>361</sup>, constitui o primeiro elemento estrutural do conceito de contrato no Direito Alemão<sup>362</sup>.

Todavia, embora o Código Civil Alemão utilize a expressão declaração de vontade, a doutrina tedesca<sup>363</sup> define-a como sendo uma manifestação de vontade privada, interna, do declarante, que é exteriorizada, manifestada com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Nesse sentido é o ensinamento de Dieter Leipold:

---

<sup>360</sup> Tradução livre de: “Zur Schließung eines Vertrags wird erfordert, das die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären.” (WERTENBRUCH, Johannes. **BGB Allgemeiner Teil**. 4ª edição. Munique: C. H. Beck, 2017, p. 110)

<sup>361</sup> “Affinché un accordo raggiunto fra due persone diventi un contratto, la volontà di entrambe le parti deve essere quella di conferir validità ad una regolamentazione di rilevanza giuridica.”

Tradução livre: “Para que um acordo alcançado entre duas pessoas torne-se um contrato, a vontade de ambas as partes deve ser a de conferir validade a um regulamento de relevância jurídica.” (STAGL, Jakob Fortunat. La Nozione di Contratto nel Diritto Privato Tedesco. Tradução de Stefano Cherti. *In*: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica**. Milão: CEDAM, 2010, p. 139)

<sup>362</sup> “Although most of rules governing the formation of a contract are found in Book One, Section III, Title 3 of the Civil Code (§§ 145-157) entitled ‘Contract’ (*Vertrag*), there is no express provision in the Civil Code to the effect that a contract comes into existence as the result of an offer and an acceptance. Nevertheless, it is well settled that an offer and acceptance are required to form a contract.”

Tradução livre: “Embora a maioria das regras regentes da formação do contrato sejam encontradas no Livro Um, Seção III, Título 3 do Código Civil (§§ 145-157) denominado ‘Contrato’ (*Vertrag*), não há expressa previsão no Código Civil de que o contrato torne-se existente como efeito resultante de uma oferta e uma aceitação. Entretanto, é bem estabelecido que uma oferta e uma aceitação são requeridas para formar um contrato.” (PIECK, Manfred. A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. **Annual Survey of International & Comparative Law**. São Francisco: GGU Law Digital Commons, Vol. 3, Issue 1, Article 7, 1996, p. 116)

<sup>363</sup> “La plus part des auteurs allemands définissent la déclaration de volonté (*Willenserklärung*) comme une ‘manifestation de volonté privé faite en vue d’une conséquence juridique’ (*private Willensäußerung, die auf di Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist*). Cette définition laisse apparaître deux éléments : l’un est subjectif et se constitue de la volonté interne du déclarant (*innerer Wille*) ; l’autre est objectif et nécessite que la volonté soit extériorisée, manifestée (*Äußerung dieses Willens*).”

Tradução livre: “A maior parte dos autores alemães definem a declaração de vontade (*Willenserklärung*) como uma ‘manifestação de vontade privada feita em vista de uma consequência jurídica’ (*private Willensäußerung, die auf di Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist*). Esta definição deixa aparecer dois elementos: um é subjetivo e constitui-se da vontade interna do declarante (*innerer Wille*); o outro é objetivo e necessita que a vontade seja exteriorizada, manifestada (*Äußerung dieses Willens*).” (FERRAND, Frédérique. **Droit Privé Allemand**. Paris: Dalloz, 1997, p. 214)

“Uma declaração de intenção é a expressão de uma vontade privada, que visa diretamente a obtenção de um efeito legal (consequência legal).”<sup>364</sup>  
(Tradução livre)

Assim, a forma da exteriorização da vontade negocial é, em regra, livre, não tendo necessariamente que ser veiculada por meio de uma declaração propriamente dita, pois o que se exige é a comunicação e a recepção da declaração de vontade, com a chegada da mesma na esfera de influência do destinatário da declaração de vontade ou, nas palavras de Manfred Pieck, “não é requisitado que o destinatário da oferta efetivamente tome ciência da oferta; é suficiente que o destinatário da oferta tenha sido colocado em uma posição, na qual habitualmente ele poderia tomar ciência da oferta.”<sup>365</sup> (Tradução livre)

A propósito, veja mais uma vez a lição de Dieter Leipold:

“Por uma questão de princípio, todos os negócios jurídicos podem ser concluídos sem observar uma forma específica. Os contratos celebrados por via oral são vinculativos. Além disso, a conclusão do contrato pode ser tácita e resultar das circunstâncias. A formalidade, por outro lado, é a exceção. Pode resultar de regulamentações legais ou ser provocada por acordo das partes.”<sup>366</sup> (Tradução livre)

Logo, salvo expressa exigência legal, a exteriorização da vontade negocial pode ocorrer por qualquer meio idôneo<sup>367</sup> que permita a vinculação das partes e, conseqüentemente, a produção dos efeitos jurídicos desejados, sendo permitida, aliás, a aceitação, inclusive, sem a comunicação ao polícitante da aceitação, se da praxe decorre a

---

<sup>364</sup> “Eine Willenserklärung ist die Äußerung eines privaten Willens, der unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung (Rechtsfolge) gerichtet ist.” (LEIPOLD, Dieter. **BGB I Einführung und Allgemeiner Teil**. 9ª edição. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 107)

<sup>365</sup> Tradução livre de: “(...) it is not required that the offeree actually becomes aware of the offer; it is sufficient if the offeree has been put into a position where customarily he would become aware of the offer.” (PIECK, Manfred. A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. **Annual Survey of International & Comparative Law**. São Francisco: GGU Law Digital Commons, Vol. 3, Issue 1, Article 7, 1996, p. 116)

<sup>366</sup> “Grundsätzlich können alle Rechtsgeschäfte ohne Einhaltung einer bestimmten Form abgeschlossen werden. Auch mündlich abgeschlossene Verträge sind verbindlich. Der Vertragsschluss kann darüber hinaus stillschweigend erfolgen und sich aus den Umständen ergeben. Die Formgebundenheit ist demgegenüber die Ausnahme. Sie kann sich aus gesetzlichen Vorschriften ergeben oder durch Parteivereinbarung herbeigeführt werden.” (LEIPOLD, Dieter. **BGB I Einführung und Allgemeiner Teil**. 9ª edição. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 244)

<sup>367</sup> “Unless the law provides otherwise, oral contracts are generally valid and may be proved by any type of evidence.”

Tradução livre: “Salvo se a lei estabelecer de modo distinto, contratos orais são geralmente válidos e podem ser provados por qualquer tipo de prova.” (PIECK, Manfred. A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. **Annual Survey of International & Comparative Law**. São Francisco: GGU Law Digital Commons, Vol. 3, Issue 1, Article 7, 1996, p. 115)

desnecessidade daquela comunicação ou, ainda, se o próprio polícitante tiver renunciado à necessidade de comunicação da aceitação, como expressamente permite o § 151 do Código Civil Alemão<sup>368</sup>.

Nesse sentido, veja o ensinamento de Frédérique Ferrand:

“A declaração de vontade compõe-se igualmente de um elemento objetivo, que é a exteriorização da vontade (*Äußerung*). Uma vontade que não será exteriorizada, mas, ao contrário, apenas interna, não produzirá efeitos jurídicos, por não ser reconhecível por outrem. A forma desta exteriorização importará pouco: manifestação expressa de vontade, verbal ou escrita, manifestação tácita, notadamente por comportamento concludente (*konkludentes Verhalten*).”<sup>369</sup> (Tradução livre)

Dessa maneira, a vontade negocial comunicada deve ser analisada diante das circunstâncias negociais, que permitirão extrair um sentido objetivo das exteriorizações da vontade negocial de cada uma das partes, sendo, portanto, as circunstâncias negociais, outro elemento estrutural do contrato, como bem reconhecem os §§ 133<sup>370</sup> e 157<sup>371</sup> do Código

---

<sup>368</sup> **§ 151 Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden**

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden..”

Tradução livre: “**§ 151 Aceitação sem comunicação ao ofertante**

O contrato é concluído pela aceitação da oferta, sem a necessidade de comunicação da aceitação ao ofertante, se tal declaração não é esperada de acordo com a prática habitual ou se o ofertante tiver renunciado (...)” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Instituí o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>369</sup> Tradução livre de: “La déclaration de volonté se compose également d’un élément objectif, qui est l’extériorisation de la volonté (*Äußerung*). Une volonté qui ne serait pas extériorisée mais au contraire seulement interne ne saurait produire d’effets juridiques, faute d’être reconnaissable par autrui. La forme de cette extériorisation importera peu : manifestation expresse de volonté, verbale ou écrite, manifestation tacite, notamment par comportement concluant (*konkludentes Verhalten*).” (FERRAND, Frédérique. **Droit Privé Allemand**. Paris: Dalloz, 1997, p. 216)

<sup>370</sup> **§ 133 Auslegung einer Willenserklärung**

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.”

Tradução livre: “**§ 133 Interpretação de uma declaração de vontade**

Ao interpretar ma declaração de vontade, é preciso verificar a real vontade em detrimento do significado literal da declaração” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Instituí o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>371</sup> **§ 157 Auslegung von Verträgen**

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

Tradução livre: “**§ 157 Interpretação dos contratos**

Os contratos devem ser interpretados de acordo com a boa fé, considerando-se as práticas habituais” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Instituí o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

Civil Alemão, as quais devem auxiliar na determinação do sentido objetivamente exteriorizado pelas declarações de vontade.

Segundo Dieter Leipold<sup>372</sup>, um comportamento concludente pode também ser considerado uma declaração de vontade, se as circunstâncias e a praxe do tráfego permitirem chegar a tal conclusão objetivamente.

Por fim, em relação ao objeto do contrato, no Direito Alemão, vige o princípio da liberdade contratual das partes, que podem estipular, de acordo com sua conveniência, a autorregulamentação do objeto do contrato.

Ademais, uma relação obrigacional<sup>373</sup> consiste em uma relação jurídica com base na qual o credor pode exigir uma prestação do devedor, a qual deve ter essencialmente um cunho patrimonial.

Portanto, após essa breve análise do Direito Alemão, podemos concluir que, para a existência de um contrato, são necessárias a existência de **(i)** um acordo formado por meio de uma oferta e uma aceitação, **(ii)** a comunicação da oferta e da aceitação (salvo as hipóteses previstas em lei que dispensam esta comunicação), quando deve haver a recepção das mesmas com a mera entrada na esfera de influência da parte destinatária, não importando o veículo utilizado para exteriorizar a vontade negocial das partes, **(iii)** as circunstâncias negociais que permitiram extrair o sentido objetivo das declarações de vontade e **(iv)** a natureza patrimonial do objeto da relação obrigacional, sempre com vistas ao estabelecimento de uma relação obrigacional para produzir determinados efeitos jurídicos.

---

<sup>372</sup> “Im Einzelnen sind ausdrückliche schriftliche oder mündliche Erklärungen ebenso anzutreffen wie stillschweigende Erklärungen, etwa die Annahme eines Vertragsangebots durch Handschlag oder Kopfnicken, ohne auch nur ein Wort zu sagen. Auch ein konkludentes (schlüssiges) Verhalten kann als Erklärung aufzufassen sein, wenn die Umstände un die Verkehrsauffassung diesen Schluss zulassen.”

Tradução livre: “Especificamente, podem ser encontradas declarações expressas, escritas ou orais, e declarações tácitas, como aceitar uma oferta de contrato por meio de um aperto de mão ou acenar com a cabeça, sem dizer uma palavra. Um comportamento concludente (conclusivo) também pode ser considerado como uma declaração, se as circunstâncias e a percepção do tráfego permitirem essa conclusão.” (LEIPOLD, Dieter. **BGB I Einführung und Allgemeiner Teil**. 9ª edição. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 110)

<sup>373</sup> “Ein Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, aufgrund dessen der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung fordern kann.”

Tradução livre: “Uma relação obrigacional é uma relação jurídica, com base na qual o credor pode exigir uma prestação do devedor.” (LEIPOLD, Dieter. **BGB I Einführung und Allgemeiner Teil**. 9ª edição. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 20)

## 5. CONCLUSÃO PARCIAL ACERCA DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO CONTRATO NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto neste capítulo, a noção de contrato deve partir dos elementos que formam a estrutura necessária para que o contrato exista no plano jurídico.

Assim, é indispensável fazer a separação dos elementos que atribuem existência jurídica ao contrato, dos requisitos que lhe conferem validade e dos fatores que lhe atribuem eficácia.

Embora a maioria da doutrina e a escassa jurisprudência não façam tal distinção e, ainda, apresentem uma noção de contrato congregando os elementos, os requisitos e os fatores respectivamente daqueles três planos<sup>374</sup>, entendemos que, para se obter uma noção estrutural do contrato, deve-se limitar à análise dos elementos estruturais, tal como tentamos fazer nos itens anteriores deste capítulo.

Desde a época do Direito Romano, o acordo, enquanto convenção das partes sobre um dado negócio, constitui um elemento estrutural do contrato. O acordo (*agreement*), tanto no Direito Inglês, quanto no Direito Brasileiro e no Direito Alemão, é formado por uma oferta e pela aceitação da oferta de acordo com a regra do *mirror image*, sob pena da pretensa aceitação ser qualificada juridicamente como contraproposta ou, ainda, de acordo

---

<sup>374</sup> A propósito, veja decisão do Superior Tribunal de Justiça, que foi proferida em 15.10.2015, mas que, mesmo tentando fazer a distinção entre os planos da existência e da validade do negócio jurídico, não teve o condão de isolar os elementos estruturais do negócio jurídico, pois apresentou também, sob aquela rubrica, os elementos gerais extrínsecos que são comuns a todos os fatos jurídicos e atos jurídicos, além de mencionar a declaração de vontade como elemento do negócio jurídico:

“A controvérsia instaurada remete aos sempre atuais ensinamentos de Pontes de Miranda, consistentes nos planos do negócio jurídico.

No plano da existência, estão os pressupostos do negócio jurídico, ou seja, os seus elementos mínimos ou essenciais. Circunscreve-se, portanto, ao suporte fático do negócio, referindo-se apenas a substantivos, sem nenhuma qualificação (adjetivos), a saber: partes (ou agentes), declaração de vontade, objeto e forma.

Dentro do plano da validade, surgem os requisitos do negócio jurídico, nos quais os substantivos acima recebem qualificações (adjetivos), passando a ter as seguintes denominações: partes ou agentes capazes, vontade livre e sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Esses requisitos estão expressamente delineados no art. 108 do Código Civil, que assim dispõe: ‘A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.’” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.190.372-DF (2010/0073749-9)**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20.11.2017)

com o Direito Alemão, mesmo que as partes não tenham concordado em todos os pontos do negócio, entende-se que há contrato válido, desde que decorra da conduta das partes que, mesmo não havendo acordo sobre determinados aspectos negociais, eles quiseram celebrar um contrato com base nos pontos negociais acordados, como bem expressou Manfred Pieck:

“Um contrato não pode existir a menos que ambas as partes tenham acordado sobre todos os pontos em relação aos quais, mesmo de acordo com uma das partes, deve haver um acordo.”<sup>375</sup> (Tradução livre)

Justamente a aceitação e a oferta têm o condão de exteriorizar a vontade negocial das partes e, assim, acabam por originar o acordo, que envolto por circunstâncias negociais, passa a ser socialmente apto a produzir efeitos jurídicos, ainda que não seja legalmente típico, tampouco formalmente celebrado por meio de instrumento.

Conforme vimos na decisão proferida no caso *Reveille Independente Llc v. Anotech International (UK) Limited*, pela *Court of Appeal (Civil Division)*<sup>376</sup>, embora as partes não tivessem assinado o instrumento contratual, a prática de atos executivos do acordo, considerados dentro do contexto das negociações, demonstrou a aceitação tácita da oferta, o que nos dá indicações de que a jurisprudência inglesa apresenta uma tendência de considerar as circunstâncias negociais para a análise do acordo e do comportamento das partes.

No que diz respeito à forma do acordo, o Direito Brasileiro e o Direito Alemão possuem como regra a liberdade de forma, salvo nos casos específicos em que a lei, por alguma razão, exija a adoção de determinada forma, caso em que o contrato, cuja forma específica é exigida, não existirá, mas, sim, existirá outro tipo de contrato por imediata aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico e da conversão.

Acrescente-se, ainda, que no Direito Alemão, é permitida a aceitação, mesmo sem a comunicação ao polícitante da própria aceitação do oblato, se da praxe decorre a desnecessidade daquela comunicação ou, ainda, se o próprio polícitante tiver renunciado à

---

<sup>375</sup> Tradução livre de: “A contract cannot come into existence unless both parties have agreed on all points concerning which, according to even one of the parties, there has to be an agreement.” (PIECK, Manfred. *A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. Annual Survey of International & Comparative Law*. São Francisco: GGU Law Digital Commons, Vol. 3, Issue 1, Article 7, 1996, p. 117)

<sup>376</sup> INGLATERRA. *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*. **Reveille Independente LLC v. Anotech International (UK) Limited** [2016] EWCA Civ 443, de 06.05.2016. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 01.11.2017.

necessidade de comunicação da aceitação, como expressamente permite o § 151 do Código Civil Alemão.

Embora, no Direito Inglês, a forma não faça parte da noção de contrato, as decisões analisadas neste trabalho indicam o entendimento jurisprudencial de que o contrato será considerado celebrado não só pela assinatura do instrumento contratual, mas também de maneira tácita pelo comportamento das partes, mormente se se tratar de comportamento de execução do acordo.

Desse modo, hodiernamente, admite-se a veiculação do acordo por qualquer *corpus*, desde que não haja a exigência legal de adoção de certa forma específica, o que condiz com a tendência da contratação contemporânea para adotar a informalidade da formação do acordo, como bem retratou Boris Kozolchik<sup>377</sup>.

Vale, neste momento, citar mais uma vez Manfred Pieck, que reconhece a difícil aplicação da noção clássica de contrato, que é formado por uma oferta e uma aceitação, à realidade moderna, *in verbis*:

“A noção de que um contrato pode legalmente existir apenas por uma oferta e uma aceitação, que refletem o acordo completo das partes não é necessariamente coerente com as realidades modernas. Quando uma pessoa usa o transporte público ou utilidades públicas ou, ainda, quando usa lugares de estacionamento para o seu carro, não há oferta e aceitação no sentido tradicional, pois as taxas são estabelecidas. Contudo, uma pessoa que faça uso de tais benefícios é solicitada a pagar por eles (...)”<sup>378</sup>  
(Tradução livre)

---

<sup>377</sup> “En contraste con el derecho contractual que prevaleció durante la mayor parte del siglo XIX y parte del XX en muchas de las naciones comerciales del mundo, las promesas contractuales contemporáneas son efectuadas informalmente, por medio del teléfono, télex, fax, computadoras, satélites artificiales o videoconferencias, e involucran a contratantes frecuentemente desconocidos y pertenecientes a diversos sistemas jurídicos.”

Tradução livre: “Em contraste com o direito contratual que prevaleceu durante a maior parte do século XIX e parte do XX em muitas das nações comerciais do mundo, as promessas contratuais contemporâneas são efetuadas informalmente, por meio do telefone, telex, fax, computadores, satélites artificiais ou videoconferências, e envolvem contratantes frequentemente desconhecidos e pertencentes a diversos sistemas jurídicos.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 3-4)

<sup>378</sup> Tradução livre de: “The notion that a contract can legally come into existence only by an offer and acceptance which reflect the complete agrément of the parties is not necessarily consistente with modern realities. When a person uses publica transportation or public utilities or even when uses a parking place for his car, there is no offer and acceptance in the tradicional sense because the reates are fixed. Nevertheless, a person who avails himself of such benefits is required to pay for them (...)” (PIECK, Manfred. *A Study of the*

Por outro lado, o Direito Inglês exige que as partes tenham apresentado consideração em relação à promessa feita para assumir o vínculo contratual, bem como tenham tido intenção de criar relações jurídicas com a troca de promessas, o que não constitui elemento estrutural do contrato no Direito Brasileiro, tampouco no Direito Alemão.

Por fim, quanto à natureza do objeto do acordo, o Direito Inglês não exige que o mesmo tenha natureza patrimonial, tal como ocorre no Direito Brasileiro e no Direito Alemão, os quais, embora não tragam tal determinação expressa no Código Civil, a doutrina diferencia o contrato, que é uma espécie de negócio jurídico bilateral, dos demais negócios jurídicos bilaterais com base na patrimonialidade de seu objeto.

Assim, podemos constatar que, em sua essência, o contrato, independentemente do sistema jurídico a que pertence dado ordenamento jurídico (*civil law* ou *common law*), apresenta caracteres muito semelhantes, tendendo, inclusive, a uma convergência, mas sempre guardando determinadas peculiaridades características da cultura local, o que não poderia ser diferente, visto que o Direito é uma expressão cultural de cada povo.



## CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS NO ÂMBITO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

### 1. O CONTRATO, A RELAÇÃO CONTRATUAL E O INSTRUMENTO CONTRATUAL

A teoria da relação contratual de fato criada por Günter Haupt e desenvolvida por Karl Larenz dá ensejo a uma necessária distinção entre o contrato, o instrumento contratual e a relação contratual.

Como é sabido, as relações sociais podem dar origem a relações jurídicas, quando assim valoradas pelo Direito ou, simplesmente, podem resultar em uma dada situação jurídica unilateral, sem, portanto, integrar ou constituir uma relação jurídica.

Para tanto, partindo da análise feita por José de Oliveira Ascensão<sup>379</sup>, deve-se considerar o gênero situação jurídica como sendo a situação de pessoas determinadas (ou subjetiva) “resultante de qualquer valoração da realidade pela ordem jurídica”<sup>380</sup>, com a consequente atribuição de consequências jurídicas, de modo que o acontecimento ocorrido no mundo fenomênico, que é juridicamente relevante e, por isso, qualificado como fato jurídico *lato sensu* produz alterações no plano da existência e, também, no plano da eficácia, mesmo que seja inválido.

Contudo, a situação jurídica pode ser simples ou unissubjetiva<sup>381</sup>, que, de acordo com Marcos Bernardes de Mello, nada mais é que “espécies de eficácia jurídica que dizem respeito a uma única esfera jurídica e cujo conteúdo se limita a atribuir a seu titular, apenas,

---

<sup>379</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas. Vol. 3.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 9-108.

<sup>380</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas. Vol. 3.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>381</sup> Segundo José de Oliveira Ascensão, “nas situações jurídicas *unissubjetivas* há apenas uma posição de um sujeito.” (Itálico do autor) (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas. Vol. 3.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17)

uma *qualidade* ou uma *qualificação* no mundo jurídico”<sup>382</sup> (Itálico do autor), tal como ocorre, por exemplo, com a atribuição de capacidade, de personalidade jurídica etc.

Além das situações jurídicas simples, há situações jurídicas complexas ou intersubjetivas, que são aquelas em que há a conjugação de situações jurídicas de mais de um sujeito de direito, isto é, há intersubjetividade, mas que, ainda, podem ser unilaterais, que são aquelas nas quais está ausente a vinculação e a eficácia fica restrita a uma só esfera jurídica.

Justamente por não haver vinculação, a situação jurídica intersubjetiva unilateral não enseja o surgimento da relação jurídica. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello, percutientemente diferencia vinculabilidade de vinculação:

“Entre *vinculação* e *vinculabilidade* a diferença reside, basicamente, na irrevogabilidade ou revogabilidade da manifestação de vontade. Mas não somente. A *vinculabilidade* constitui, sempre, uma situação complexa unilateral, enquanto a *vinculação*, em certos casos, pode não ser um efeito autônomo, portanto, uma situação jurídica complexa unilateral em si, mas integrar conteúdo eficaz de relação jurídica, mais especificamente, de direito expectativo decorrente de negócio jurídico enquanto a pendente condição suspensiva.

É evidente que nessas duas situações jurídicas há necessidade indispensável de relacionamento intersubjetivo, uma vez que a oferta é negócio jurídico unilateral em que a *receptividade da manifestação de vontade constitui elemento essencial*. Por isso, a oferta há de ser dirigida a alguém determinado, ou indeterminadamente ao *alter*, chegando-lhe ao conhecimento (...) Apesar desse relacionamento intersubjetivo essencial, os efeitos jurídicos do negócio jurídico limitam-se a uma só esfera jurídica, não implicando corresponsividade de direitos <-> deveres e não estabelecendo, por consequência, relação jurídica.”<sup>383</sup> (Itálico do autor)

Por outro lado, a situação jurídica complexa ou intersubjetiva pode constituir uma relação jurídica, que pode ser considerada como a relação social qualificada juridicamente, que é estabelecida (vinculação) entre duas ou mais pessoas determinadas, que

---

<sup>382</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106.

<sup>383</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 185-186.

assumem uma ou mais posições jurídicas, conforme se trate, respectivamente, de relação jurídica simples ou complexa<sup>384</sup>, cujo conteúdo, em suma, resulta na atribuição de poderes e deveres aos sujeitos conforme a posição jurídica que assumem, mas que são organizados de maneira unitária diante da afinidade existente entre os sujeitos<sup>385</sup>.

No âmbito das relações jurídicas contratuais, estas decorrem, como o próprio nome indica, da existência de um contrato, independentemente do suporte em que o contrato será veiculado ou, nas palavras de Clóvis V. do Couto e Silva, do *corpus* veiculador do contrato.

Como vimos anteriormente, o contrato existe no âmbito jurídico quando reunir todos os seus elementos estruturais, não importando, para a sua existência, os requisitos de validade e os fatores de sua eficácia.

Desse modo, o contrato, como já visto, existirá quando houver **(i)** o acordo das partes formado por uma oferta e uma aceitação, que exterioriza o negócio, **(ii)** a forma do contrato, isto é, tal como no negócio jurídico, o *corpus*, o suporte que veicula o acordo, **(iii)** as circunstâncias negociais que envolvem a exteriorização do acordo formado por uma oferta e aceitação e, ainda, **(iv)** o objeto de caráter patrimonial.

Reunidos os elementos estruturais de um contrato, este existe independentemente da forma que ele será veiculado, isto é, independentemente de como o contrato é instrumentalizado, podendo ser por meio de documento escrito, por meio verbal ou, ainda, por meio de comportamentos das partes.

---

<sup>384</sup> “Relação jurídica simples é aquela cujo conteúdo se cifra unicamente numa posição de poder e numa posição de dever; relação jurídica complexa é aquela cujo conteúdo é composto por várias posições de poder ou dever. Tratar-se-á, em qualquer caso, de uma combinação de relações jurídicas simples.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas. Vol. 3.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40)

<sup>385</sup> “Toda relação supõe necessariamente dois ou mais entes em presença. Esses entes podem ser quaisquer, abstratos ou concretos. Deverá porém mediar entre eles uma *afinidade*, de modo que, pelas suas referências mútuas, possam ser integrados numa posição específica, ou classe, no seio da realidade.

*Afinidade* não quer aliás dizer semelhança, e é importante observá-lo para a compreensão do conceito. Dois seres que se repelem relacionam-se por essa circunstância. Ocupa, uma posição que os distingue das restantes: têm uma fronteira (*finis*) comum.” (Itálico do autor) (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas. Vol. 3.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26)

“A afinidade, que está na base do conceito ontológico de relação, concretiza-se aqui como interdependência ou complementaridade. A situação dum é o que é, porque é o que é a situação do outro. Ou seja, *a situação de cada um só se define em referência à do outro*. Há pois a mútua referência de dois seres, e é nessa referência mútua que a relação consiste.” (Itálico do autor) (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas. Vol. 3.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45)

Da existência do contrato, surge a relação jurídica contratual que nada mais é que uma relação jurídica criada, no âmbito jurídico, por um negócio jurídico bilateral que é espécie de ato jurídico.

Logo, o contrato existe independentemente da forma adotada, havendo que se ressaltar que vige a liberdade de forma, salvo expressa exigência legal, caso em que a forma constituirá um requisito de validade, não impedindo, mesmo assim, a sua existência.

Ademais, o contrato, que em regra pode adotar qualquer forma, qualquer *corpus*, existe por si só, desde que reunidos todos os seus elementos estruturais, ou seja, mesmo que a oferta e a aceitação sejam exteriorizadas por meio de comportamento das partes, não havendo a necessidade de serem exteriorizadas por meio de declarações de vontade, havendo, ainda, que se enfatizar que o contrato (resultante de uma oferta e de uma aceitação) não se confunde com o instrumento contratual, sendo, portanto, figuras distintas e inconfundíveis, tanto que o contrato pode existir, mesmo que não haja um documento produzido para materializar as condições negociadas entre as partes e aceitas por elas consensualmente.

Desse modo, ainda que não seja adotado um instrumento contratual escrito, o contrato pode existir e, assim, poderá dar ensejo ao surgimento da relação jurídica contratual (desde que reunidos os requisitos de validade e os fatores de eficácia), ainda que o *corpus* veiculador do contrato seja o comportamento das partes, que exteriorizam a vontade negocial de ambas.

Por isso, entendemos equivocada a opinião de Enzo Roppo, que ao tratar da objetivação dos contratos, em consonância com as opiniões de Günter Haupt e Karl Larenz, assim expõe seu entendimento acerca da formação de relações contratuais não originadas de contratos:

“O elemento comum a todas essas hipóteses, embora em muitos aspectos assaz diversas entre si, encontra-se no facto de a relação contratual nascer e produzir os seus efeitos, não já sobre a base de declarações de vontade válidas (as quais, em linha de princípio, seriam necessárias para que existisse um contrato), mas sim com base no *contacto social* que se estabelece entre as partes dessa mesma relação. Por contacto social entende-se, aqui, o *complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de*

*facto, operações económicas e transferências de riqueza* entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade com valor de proposta e uma declaração de vontade conforme, com o valor de aceitação (...).<sup>386</sup> (Itálico do autor)

“Pode dizer-se que o *facto* constitutivo, no qual aquelas relações contratuais têm origem, não é propriamente o contrato, mas sim o contacto social estabelecido entre as partes, ao qual a lei atribui valor de fonte de relação e das respectivas obrigações e responsabilidade; enquanto a relação contratual nasce, em regra, de um contrato, aqui estaremos em presença de *relações contratuais que não derivam de um contrato* (...), mas de um complexo de circunstâncias e comportamentos – o contacto social – que tomam o lugar do contrato.”<sup>387</sup> (Itálico do autor)

Com o devido respeito à posição defendida por Enzo Roppo, a lei não atribui valor de contrato às supostas relações contratuais nascidas do contato social, mas, sim, equivocam-se os doutrinadores que não consideram o comportamento ou, ainda, qualquer outro meio de exteriorização da vontade negocial, que, diante das circunstâncias negociais, sejam considerados como contratos efetivamente, tal como os contratos celebrados por meio de uma proposta e uma aceitação veiculadas por uma declaração de vontade.

Na realidade, o contrato existe, mesmo que não tenha sido formalizado por um instrumento contratual escrito ou falado, mas sua existência decorre do mero comportamento das partes, desde que idôneo a exteriorizar a vontade negocial.

Portanto, ousamos dissentir da opinião de Günter Haupt e Karl Larenz, segundo os quais seria possível existir relação jurídica contratual, sem que houvesse um contrato, pois as obrigações possuem como fonte geral o fato jurídico *lato sensu*, do qual são espécies **(i)** os fatos jurídicos *stricto sensu* (ou fatos naturais) e **(ii)** os atos jurídicos *lato sensu* (ou fatos humanos).

Dentre os atos jurídicos *lato sensu*, há, como espécies, **(i)** o ato jurídico *stricto sensu*, **(ii)** o negócio jurídico e **(iii)** os atos ilícitos.

---

<sup>386</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 303-304

<sup>387</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 304.

Assim, considerando como sendo aquelas as fontes das obrigações, seria incompatível admitir a existência de uma relação jurídica contratual, sem que existisse um contrato, um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pois, dentre as fontes das obrigações contratuais, inexistente relação jurídica de natureza contratual que não surja de um contrato, de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

A propósito das fontes das obrigações e das funções da teoria das obrigações contratuais, veja os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

“A fonte das obrigações é o *fato jurídico*, uma vez que o fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, dentre eles os obrigacionais, impulsionando a criação da relação jurídica e concretizando as normas de direito. Deveras, do direito objetivo não surgem diretamente os direitos subjetivos; é necessária uma *força* de propulsão ou causa, que se denomina *fato jurídico*. Somente a ocorrência de um fato qualificado gera uma obrigação, ou seja, apenas o fato, estribado no direito objetivo, dá azo a que se crie a relação obrigacional, que atinge o indivíduo em sua liberdade, restringindo-a, para torná-lo vinculado ao poder de outra pessoa.”<sup>388</sup>

“A doutrina das obrigações contratuais tem por escopo caracterizar o contrato, abrangendo nesse conceito todos os negócios jurídicos resultantes de acordo de vontades, de modo a uniformizar sua feição e excluir, assim, quaisquer controvérsias, seja qual for o tipo de contrato, desde que se tenha acordo bilateral ou plurilateral de vontades.

(...)

Os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais é que constituem objeto de estudo da teoria das obrigações contratuais. Tal doutrina, além de caracterizar o contrato, terá de verificar se o vínculo obrigacional dele decorrente é resultante de lei, porque é ela que disciplina o contrato, sancionando-o e garantindo-o.”<sup>389</sup>

Portanto, pode haver relações obrigacionais não contratuais, todavia, as relações jurídicas contratuais pressupõem a existência de um contrato, de um negócio jurídico

---

<sup>388</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3 - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3.

<sup>389</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3 - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11.

bilateral ou plurilateral, ainda que este negócio jurídico não adote a forma escrita, bastando que o mesmo reúna seus elementos estruturais, que o acordo seja exteriorizado por qualquer meio idôneo a produzir efeitos jurídicos, inclusive por meio de comportamentos socialmente típicos.

A propósito, sobre as fontes das obrigações no âmbito específico do exercício da autonomia privada, veja a lição de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão:

“Assim, entre as fontes das obrigações resultantes da autonomia privada situam-se em primeiro lugar os contratos. Estes consistem em negócios jurídicos bilaterais, através dos quais as partes por acordo, e no exercício da autonomia privada, estabelecem para si próprias comandos juridicamente vinculantes, entre quais se incluem as relações jurídicas obrigacionais (arts. 405º e ss.). Excepcionalmente, porém, as obrigações podem ainda resultar de negócios jurídicos unilaterais, onde apenas uma das partes, no exercício da sua autonomia privada, estabelece para si uma autovinculação através da constituição de uma relação jurídica obrigacional (art. 457º).

Fora do campo do exercício da autonomia privada, verificam-se igualmente fenómenos que dão origem à constituição de obrigações, as quais nesse caso não resultam de negócios jurídicos. São as denominadas relações obrigacionais legais. Estas consistem em situações em que a lei atribui a determinados pressupostos de facto o efeito jurídico da constituição de uma obrigação, a qual surge por isso sem ter por base qualquer autovinculação das partes nesse sentido.”<sup>390</sup>

Pode-se dizer, assim, que o equívoco incorrido pelos doutrinadores, que adotam a concepção das relações contratuais de fato não decorrentes de contratos, encontra-se no fato de não considerarem a formação de um contrato por qualquer meio idôneo exteriorizador da oferta e da aceitação, mas apenas por meio de declarações de vontade.

Desse modo, afigura-se-nos inviável sustentar a existência de relações jurídicas contratuais, sem que exista um contrato, tampouco a existência do que António Menezes Cordeiro denominou de fontes paracontratuais, enquanto meios de “constituição de obrigações através de formas que não podem, em termos rigorosos, ser reconduzidas ao

---

<sup>390</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações. Volume I – Introdução, Da Constituição das Obrigações**. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 182-183.

contrato mas que, com ele, mantenham uma proximidade suficiente para que se lhes aplique, pelo menos uma parte razoável do seu regime.”<sup>391</sup>

Sem que haja a necessidade de criar uma nova fonte de relações jurídicas contratuais, tal como propuseram Günter Haupt e Karl Larenz, promovendo um alargamento atécnico das fontes das relações jurídicas contratuais, basta considerar os elementos estruturais do negócio jurídico e do contrato, que lhes dão existência, sem recorrer ao formalismo das declarações de vontade, bem como o princípio da liberdade de forma no âmbito da autonomia privada, sendo, o formalismo, a exceção.

Nesse sentido, inclusive, é o ensinamento de João de Matos Antunes Varela, que sustenta que o Código Civil Português admite a inclusão, no conceito de declaração de vontade, de todos os tipos de comportamento humano que sejam aptos a exteriorizar a vontade:

“A lei inclui hoje abertamente no conceito das *declarações negociais* (art. 217º) todas as formas de comportamento do homem (palavra, escrito ou outro meio) que *exteriorizam* uma vontade (independentemente do intento da sua notificação). Nele cabem, por conseguinte, a mera colocação de cabines telefónicas ou das máquinas automáticas de jogo à disposição do público, mediante accionamento mecânico do respectivo engenho e outras formas análogas de proposta contratual.”<sup>392</sup> (Itálico do autor)

Assim, ao invés de criar uma fonte alternativa de relações jurídicas contratuais, entendemos ser tecnicamente mais adequado aceitar a formação de contratos por meio de *corpus* exteriorizadores da vontade negocial das partes (proposta e aceitação), não sendo necessariamente veiculadas por declarações, mas antes por qualquer meio idóneo e apto a exteriorizar a vontade negocial das partes tal como aceito socialmente.

A propósito, Waldirio Bulgarelli<sup>393</sup>, ao tecer comentários acerca das relações contratuais de fato, embora não assuma um posição explícita favorável ou contrária àquela

<sup>391</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português II – Direito das Obrigações. Tomo II – Contratos. Negócios Unilaterais.** Coimbra: 2010, pp. 629-630.

<sup>392</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral – Volume I.** 10ª edição, 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2014, p. 224.

<sup>393</sup> “Pode-se aduzir ainda em relação à questão, que a tendência moderna nos contratos em massa é a de não falar, durante a formação e mesmo na execução; lembremo-nos dos milhares de contratos de venda que são realizados diariamente nos supermercados e feiras, em que nada se diz, o comprador tomando a mercadoria das prateleiras ou bancas e fazendo o pagamento indicado na própria mercadoria. Também, nas operações de pregão da bolsa, e nos leilões, os gestos característicos a significar aceitação.” (BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis.** 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85)



teoria, ao final de seus comentários relembra o valor de exteriorização da vontade negocial que as condutas das partes possui.

Com o devido respeito à opinião de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior<sup>394</sup>, que entendem ser, a conduta socialmente típica, elemento substitutivo da vontade e, ainda, carecedor de manifestação da vontade<sup>395</sup>, não se trata de um elemento substitutivo da vontade das partes, mas, antes, um elemento exteriorizador da vontade das partes, cujo valor jurídico é o mesmo de uma declaração de vontade formal.

Como já visto, a declaração de vontade não constitui um elemento estrutural do contrato, mas antes um dos diversos veículos exteriorizadores do acordo, este, sim, constitui elemento estrutural que confere existência ao contrato, ao negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Portanto, ainda que não haja uma declaração formal de vontade, mas, sim, qualquer forma idônea de exteriorizar a vontade negocial das partes com o fim de formar um acordo, há exteriorização, manifestação da vontade das partes e, conseqüentemente, há contrato com o conseqüente surgimento da relação jurídica contratual, ainda, que o contrato não esteja em suporte documental, o que é plenamente possível diante da regra da liberdade de forma que vigora no âmbito da autonomia privada.

A propósito e contraditoriamente ao sustentado na mesma obra, Enzo Roppo indica a possibilidade de uma proposta e uma aceitação serem veiculadas por qualquer modo:

---

<sup>394</sup> “Há que se construir, também, objetivamente, os contornos do *negócio*, do *ato* e do *fato* jurídico, elegendo-se – para compreensão lógica dessa estrutura – parâmetros normativos outros, que fogem do círculo de efeitos sob o comando da vontade das partes e impõem à interpretação judicial conceitos e efeitos que traçam aquilo que se logrou juridicamente denominar de *conduta socialmente típica*.”

Melhor explicando: além da vontade e da boa-fé, a *conduta socialmente típica* molda uma estrutura propícia ao reconhecimento de um parâmetro normativo novo, além do que é traçado pela vontade, que junte as pessoas e cria obrigações.

Esse valor autônomo do sistema jurídico das obrigações tem sido reconhecido, algumas vezes, como fato que substitui a vontade no momento da aplicação da norma ao caso concreto, quando o resultado da vontade leva as partes para um resultado despropositado e desproporcional, ou ainda quando, pela análise das circunstâncias do ato e do fato, se possa perceber o desdobramento de conseqüências que possam (ou devam) ser marcadas por uma ponderação autorizada pela expectativa da *conduta socialmente típica*.” (Itálico dos autores) (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil. Volume II – Direito das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 101-102)

<sup>395</sup> “Por esta razão está correto o entendimento de Larenz no sentido de que não se pode equiparar essas condutas aos contratos, porque lhes falta a manifestação da vontade. São, isto sim, atos concludentes, atos de utilização, isto é, ‘atuação de vontade jurídico-negocial’ (*rechtsgeschäftliche Willensbetätigung*).” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil. Volume III – Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 174)

“A proposta e a aceitação de um contrato (e em geral as declarações de vontade) podem, em princípio, ser expressas de qualquer modo: com palavras escritas, com palavras faladas, até com um comportamento concludente que prescindia das palavras. Exige-se apenas que o modo de expressão, escolhido pelo declarante, manifeste ao destinatário, de modo adequado e por ele inteligível, a vontade de concluir o contrato e o conteúdo que a este se tenciona dar.”<sup>396</sup>

Logo, com o devido respeito às opiniões contrárias, seria contrário à boa técnica, admitir a existência de relações jurídicas contratuais, cuja fonte não fosse um contrato, um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pois a legislação não reconhece a existência de uma fonte paracontratual de relações jurídicas contratuais, e tampouco prevê a possibilidade de aplicação do regime jurídico contratual às denominadas relações contratuais de fato supostamente não decorrentes de contratos.

Ademais, há que se ressaltar que o termo relação contratual fática, com o devido respeito às opiniões dissonantes, bem como ao uso consagrado pela doutrina e jurisprudência, não é o mais adequado para designar o contrato formado, por exemplo, por comportamentos socialmente típicos ou, de um modo geral, por meios exteriorizadores da vontade negocial.

Com efeito, primeiramente, é preciso distinguir dois momentos: o da celebração do contrato e da sua consequência, qual seja, o surgimento da relação jurídica contratual.

O momento da celebração do contrato não se confunde com o momento desencadeador da respectiva relação jurídica contratual, visto que esta somente surge com a formação, com a existência do contrato, que, de acordo com a regra geral, requer uma proposta e uma aceitação, não importando o meio utilizado<sup>397</sup> para veicular a proposta e a aceitação.

Assim, o contrato formado por meio, por exemplo, de comportamento concludente não perde sua natureza de contrato, visto que aquele meio de formação do

---

<sup>396</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 96.

<sup>397</sup> “A forma do contrato é a maneira pela qual ele se torna conhecido fora do âmbito interno das partes que o geraram, seja do ponto de vista psicológico ou fático, e aproveita às próprias partes e a terceiros para eventual fim de prova de sua celebração, do seu conteúdo e da sua extensão.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol 4. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 332)

contrato é meio idôneo a exteriorizar o acordo entre as partes e, portanto, apto a formar um contrato, que como tal será reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Além disso, também é imprescindível distinguir dois planos: o plano dos fatos e o plano jurídico ou, nas palavras de Hans Kelsen, o mundo do *ser* e o mundo do *dever-ser*.

As relações contratuais, no âmbito do mundo fenomênico (dos fatos ou do *ser*), são relações sociais estabelecidas entre as partes que se vinculam, ao exercerem suas respectivas autonomias privadas e, assim, ao estabelecerem um acordo, um negócio. Estas relações sociais tornam-se jurígenas com a incidência das normas jurídicas, momento em que se tornam relações jurídicas contratuais diante da existência de um contrato (o que somente ocorre com a presença de todos os elementos estruturais do contrato exigidos pela norma jurídica).

Por isso, ainda que o contrato e, conseqüentemente, a relação contratual decorram de comportamentos das partes, os mesmos não serão fáticos, mas simplesmente contrato e relação contratual, tal como se tivessem surgido por meio de declarações formais da vontade das partes, pois já foram apreendidos pelo Direito como tal.

Assim, as denominadas relações contratuais de fato são relações jurídicas contratuais decorrentes de contrato, que foi formado não por declarações formais, mas, sim, por qualquer meio idôneo exteriorizador da vontade negocial das partes, não sendo, por isso, consequência de uma fonte paracontratual de relações obrigacionais contratuais.

Logo, a denominação proposta pela doutrina não retrata a formação do contrato, mas, sim, o resultado da celebração de um contrato. Ademais, o termo relação contratual fática indica a sua localização no plano dos fatos e não no plano jurídico, embora já tenha tornado-se jurígeno pela apreensão da conduta humana (plano dos fatos) pelas normas jurídicas.

Acrescente-se, ainda, que o contato social por si só não permite dizer que há vinculação típica do contrato, há situações jurídicas “extra-contratuais”, ainda que haja vinculabilidade (vinculação potencial). As situações jurídicas unissubjetivas podem dar ensejo à responsabilidade extracontratual, jamais contratual, justamente porque não são decorrentes de um contrato.

De igual modo, as relações jurídicas contratuais decorrentes de um contrato inválido e/ou ineficaz, não tem o condão de desnaturar a sua existência qualificada como

contratual, uma vez que o contrato pode existir, mesmo que seja inválido e ineficaz, sem prejuízo da incidência do princípio da preservação do negócio jurídico e da conversão substancial.

Portanto, podemos dizer que as relações contratuais de fato são, na realidade, contratos formados por outros meios idôneos de exteriorização do acordo entre as partes, que são distintos, mas de igual valor jurídico que o das declarações de vontade, como bem ressaltou Giovane Veranese:

“Ainda que se possa parecer paradoxal, esta sentença tem o mérito principal de mostrar um ponto nodal da teoria da relação contratual de fato mesmo na relação social de prestação. O fato, a saber, que não colhia a dimensão valorativa do comportamento. Esta não vinha expressa em uma declaração expressa, mas tinha o valor de uma declaração de vontade. Assim no caso do estacionamento, sem ameaçar de uma perigosa incursão na esfera sociológica, bastava a antiga máxima *protestatio contra factum nihil relevat* para demonstrar que um verdadeiro contrato estava concluído e dar uma solução satisfatória à questão.” (Itálico do autor) (Tradução livre)<sup>398</sup>

A propósito, a crítica feita por Karl Larenz<sup>399</sup> ao termo relação contratual de fato proposto por Günter Haupt indica a confusão feita, por Karl Larenz, entre os planos do *ser* e do *dever-ser*, motivo pelo qual ousamos dissentir de suas críticas (o que não significa que concordamos com a proposição de Günter Haupt, como já visto).

Primeiramente, o termo relação contratual de fato não induz necessariamente à consideração de que se trata de “processo extrajurídico”.

Como visto, segundo os ensinamentos de Hans Kelsen, as condutas humanas situadas no plano do *ser* são apreendidas pelas normas jurídicas, que, por sua vez, estão

---

<sup>398</sup> Tradução livre de: “Anche sepud sembrare paradossale, questa sentenza ebbe il merito principale di mostrare un punto nodale della teoria dei rapporti contrattuali di fatto anche nei rapporti sociali da prestazione. Il fatto, cioè, che non coglieva la dimensione valutativa del comportamento. Questo non veniva espresso in una dichiarazione espresa, ma aveva il valore di una dichiarazione di volontà. Così nel caso del parcheggio, senza rischiare pericolosi sconfinamenti nella sfera sociologica, bastava l’antica massima *protestatio contra factum nihil relevat* per dimostrare che un vero contratto era stato concluso e dare una soluzione soddisfacente alla questione.” (VARANESE, Giovanni. *Commiato dalla Teoria dei Rapporti Contrattuali di Fatto*. In: HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012, p. 40)

<sup>399</sup> Vide a transcrição constante da nota de rodapé nº 34.

situadas no plano do *dever-ser*. Assim, as normas jurídicas lidam com a apreensão jurídica das condutas humanas e nem por isso perdem a qualidade jurídica, que lhes é inerente.

Com efeito, a relação contratual, que exsurge da celebração de um contrato, situa-se no plano do *dever-ser* (o mesmo ocorrendo com o contrato em si), pois a relação social estabelecida entre duas pessoas (esta sim situada no plano do *ser*), ao ser apreendida pela norma jurídica, que está localizada no plano do *dever-ser*, passa a ser qualificada juridicamente como relação jurídica contratual decorrente da celebração de um contrato, constituindo, assim, o conteúdo das normas jurídicas que são objeto de estudo da Ciência Jurídica.

Ademais, a apreensão das condutas humanas pelas normas jurídicas não é um processo efetuado pela vontade negocial das partes, tampouco pela valoração (ou atribuição objetiva de significado) das condutas, que é feita pelos usos e costumes ou pelo tráfego, tratando-se, a apreensão, de procedimento jurídico situado no âmbito da produção normativa pela autoridade legislativa.

Nesse momento, deve-se mencionar o conceito de norma que Hans Kelsen indicou em sua Teoria Pura do Direito, o qual mostrará a distinção entre norma jurídica e ato de vontade, *in verbis*:

“‘Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto é importante salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um *dever-ser* e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um *ser*.”<sup>400</sup>

O sentido objetivo atribuído, por exemplo, pelos usos e costumes a uma dada conduta humana ou até pela exteriorização da vontade negocial das partes por meio das condutas, no âmbito contratual, é apreendido pela norma jurídica por meio do elemento estrutural denominado circunstâncias negociais, de maneira que a conduta humana (fato externo ao Direito e situado no plano do *ser*), segundo o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico, isto é, é apreendido pela norma jurídica pelo seu significado objetivo que se

---

<sup>400</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 5.

torna jurígeno, não assistindo razão a Karl Larenz ao afirmar que as denominadas condutas sociais típicas têm seu significado atribuído pelo tráfico, mas jamais pela “vontade jurídica negocial dos participantes”, pois o que é relevante é a apreensão feita pelas normas jurídicas<sup>401</sup>.

Portanto, a denominada relação contratual de fato não decorre de outra fonte de direito, mas da própria fonte contratual.

Ainda, pode-se afirmar que há uma tendência, no âmbito dos contratos comerciais, voltada à sua objetivação, padronização e mercadorização, afastando-se do formalismo oitocentista e da herança romana.

Com efeito, segundo os ensinamentos de José A. Engrácia Antunes<sup>402</sup>, o contrato comercial é considerado o instrumento jurídico de maior importância na “*constituição, organização e exercício da actividade empresarial*”<sup>403</sup> (Itálico do autor), de forma que é o instrumento utilizado pelos empresários para constituir e organizar a atividade econômica empresarial, bem como para constituir “*relações jurídicas pertinentes à actividade empresarial*, enquanto actividade económica profissional e organizada de produção, circulação e mediação de bens e serviços no mercado.”<sup>404</sup> (Itálico do autor)

Desse modo, dada a relação existente entre o contrato comercial e atividade econômica empresarial, esta que, hodiernamente, é marcada pela celeridade, segurança, padronização e objetivação, acaba por influenciar os caracteres do contrato comercial, que, em razão destas transformações sofridas nas atividades econômicas empresariais, também

---

<sup>401</sup> “O fato externo que, de conformidade com o significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma esse fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, é recebido pelo fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, de forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 3-4)

<sup>402</sup> ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 19-25 e pp. 67-89.

<sup>403</sup> ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 20.

<sup>404</sup> ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 20.

sofreu profundas transformações se compararmos com o instituto do contrato, segundo sua concepção clássica que vigia no Século XIX.

Assim, os contratos comerciais passaram a ser caracterizados, em breve síntese, pela objetivação<sup>405</sup> (isto é, as obrigações previstas no contrato comercial tendem à impessoalidade e à patrimonialização, pois o contrato desvincula-se das pessoas contratantes e tornam-se um valor patrimonial, destinado à circulação no tráfego comercial existente no mercado), pela massificação e padronização<sup>406</sup> (trata-se de consequência direta das características da economia de mercado, que é marcada pela produção e distribuição de produtos e serviços em grande escala, pela internacionalização do consumo em massa e pela internacionalização – ou globalização - dos mercados, o que requer uma maior celeridade e simplificação da oferta e da aceitação, o que, inclusive, deu origem aos contratos comerciais obrigatórios – que são aqueles que impõem ao empresário a obrigação de celebrar contrato, tal como ocorre nos contratos de prestação de serviços públicos concedidos às empresas da esfera privada, bem como aqueles cujo conteúdo é imposto por lei, tal como ocorre com contratos de seguros e contratos financeiros, por exemplo – e aos usos e costumes mercantis compilados por organizações internacionais do comércio, tal como, por exemplo, os Incoterms), bem como pela mercadorização<sup>407</sup> (que consiste na maior permeabilidade do regime dos contratos mercantis às regulações do mercado).

---

<sup>405</sup> “Uma primeira característica consiste na acentuada *objectivação* dos contratos comerciais. Com efeito, a atividade empresarial é, por definição, uma atividade estável e continuada cujo sucesso depende em larga medida da sua autonomia face às vicissitudes pessoais dos empresários, singulares ou coletivos. Ora, é inegável que uma tal exigência intrínseca provinda do mundo económico da empresa tem, paulatinamente mas decisivamente, marcado a evolução da matriz e regime jurídicos dos contratos comerciais (...) *destinados a permanecer indiferentes e sobreviver às vicissitudes do respectivo abstracto pessoal, mormente do empresário contraente.*” (Itálico do autor) (ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 77)

<sup>406</sup> “Uma vez mais, são visíveis as consequências no plano das obrigações mercantis: talqualmente a estabilidade da atividade empresarial foi reclamando uma evolução da tradicional visão subjectivista para uma progressiva objectivização e patrimonialização das obrigações, também agora a massificação dessa atividade vai forçando à transição do tradicional paradigma das obrigações específicas para o *novo protótipo das obrigações genéricas*. Na verdade, é necessário ter presente que na generalidade dos Códigos Civis novecentistas, incluindo o português, a teoria das obrigações foi concebida e desenvolvida tendo sobretudo em mente um mercado de pequenos comerciantes, profissionais liberais e agricultores, cujos negócios incidem primordialmente sobre prestações de coisas específicas e infungíveis. Ora, uma vez alteradas tais premissas económicas com o advento da grande empresa e da oferta em massa de produtos e serviços, não será talvez exagerado dizer que o protótipo actual da obrigação mercantil (ao menos, na contratação comercial em massa) corresponde à obrigação de conteúdo genérico, padronizado e fungível, só secundariamente se aproximando do clássico paradigma da obrigação específica.” (Itálico do autor) (ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81)

<sup>407</sup> “Ora, porventura de modo mais incisivo do que noutros domínios da contratação (mormente, da civil), o mercado funciona como um verdadeiro ‘contexto de sentido’ dos contratos comerciais no sentido em que o regime jurídico destes últimos tem sido altamente tributário da relação jurídica do mercado, em particular daquelas intervenções regulatórias que procuram tutelar a posição dos protagonistas do jogo da oferta-procura

Portanto, em matéria de contratos comerciais, não se pode querer fazer prevalecer a noção de contrato que somente é formado por meio de declarações formais exteriorizadoras da vontade negocial das partes, visto que há uma maior objetivação e mercadorização dos contratos comerciais, sem prejuízo da sua padronização e massificação, que acabam por imprimir, no regime jurídico da formação dos contratos comerciais, uma maior informalidade como forma de permitir que haja uma maior celeridade na formação dos contratos comerciais e tal celeridade é possibilitada pela utilização de diversos *corpus* idôneos a exteriorizar a vontade negocial, sem que haja a necessidade de recorrer a fontes paracontratuais de relações jurídicas contratuais, cuja existência, inclusive, é de duvidosa adequação ao sistema jurídico globalmente considerado.

---

e encontrar um ponto de equilíbrio entre os seus interesses conflitantes”. (Itálico do autor) (ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017, p. 82)



## 2. A FASE DAS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS E A NATUREZA DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA ENTRE AS PARTES

Feito este breve estudo sobre o contrato, o instrumento contratual e as relações jurídicas contratuais diante da teoria da relação contratual de fato e dos elementos estruturais do contrato e do negócio jurídico, passaremos a analisar a fase das negociações prévias à celebração do contrato e a natureza desta relação estabelecida entre as partes, que visam à celebração de um contrato.

Dentre os grupos de relações contratuais de fato indicados por Günter Haupt, o primeiro é formado pelas relações contratuais de fato decorrentes do contato social, que seriam, na concepção do autor, relações contratuais não subsumidas a *fattispecies* determinadas e, ainda, anteriores à celebração do contrato, tampouco decorrentes de um acordo, que Günter Haupt qualificou de fictício.

Ainda segundo Haupt, a subsunção desta hipótese de relação contratual de fato à *culpa in contrahendo*, tal como desenvolvida por Rudolf von Jhering em 1861<sup>408</sup>, apresentaria uma dificuldade em regular o comportamento do agente causador do dano ao âmbito da relação contratual, visto que inexistente contrato celebrado de acordo com o modelo clássico proposta-aceitação.

Nesse momento, faz-se necessário mencionar que a concepção alemã da *culpa in contrahendo*, tal como desenvolvida por Rudolf von Jhering, no sentido de que surge uma relação obrigacional na fase das negociações prévias à celebração do contrato, a qual impõe diversos deveres de conduta às partes, cuja violação importaria à parte as consequências da responsabilidade civil contratual, foi desenvolvida com base em dois pilares essenciais, como bem indicou Dário Moura Vicente<sup>409</sup>.

A concepção da *culpa in contrahendo* foi desenvolvida visando a delimitar os limites da responsabilidade civil em níveis que não prejudicariam o desenvolvimento da

---

<sup>408</sup> JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo, ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição**. Tradução de Paulo Cardoso C. Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>409</sup> VICENTE, Dário Moura. **Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 241-334.

personalidade humana, nem de atividades consideradas socialmente úteis, de modo que impunha a ausência do dever de reparar em situações localizadas fora do âmbito da relação jurídica contratual e, mesmo nas situações fora do âmbito da relação jurídica contratual, não impunha o dever de reparar se não houvesse a violação de bens específicos e não houvesse sido procado uma perda *in natura*.

Um outro pilar sobre o qual o conceito de *culpa in contrahendo* foi desenvolvido consiste na reparabilidade de danos provocados após o estabelecimento de negociações contratuais, mas antes da efetiva celebração do contrato, danos estes que devem ser reparados, por uma questão de justiça, sem as limitações impostas na reparação civil extracontratual.

Antes da reforma do Código Civil Alemão, que entrou em vigor em 01.01.2002, e que modernizou a parte relativa ao Direito das Obrigações, a *culpa in contrahendo* decorria indiretamente de diversos dispositivos do Código Civil, como bem relatou Dário Moura Vicente:

“No Código Civil alemão de 1900 não se encontra qualquer cláusula geral relativa à *culpa in contrahendo*; mas o instituto aflora nos §§ 122, 179, 307 e 309 desse diploma, que impõem ao contraente e ao representante que derem causa à ineficácia do contrato, em virtude de falta ou de vício da vontade ou de violação de uma proibição legal que lhe sejam imputáveis, a obrigação de indemnizar os danos desse modo causados à contraparte; Idêntica cominação ser estabelece nos §§ 663 e 675 quanto a certos casos de omissão da recusa expressa de uma proposta contratual. Ressuma nitidamente naqueles primeiros preceitos o pensamento de Jhering.

No Direito alemão a responsabilidade pré-contratual funda-se, contudo, não tanto no BGB, mas sobretudo no costume jurisprudencial. A partir da conjugação dos preceitos referidos induz-se, por *analogia iuris*, um princípio imanente à ordem jurídica segundo o qual a entrada em negociações tendentes à conclusão de um contrato põe a cargo das partes certos deveres cuja violação faz incorrer a parte faltosa em responsabilidade por *culpa in contrahendo*.<sup>410</sup>

---

<sup>410</sup> VICENTE, Dário Moura. **Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 246.

Assim, a hipótese da relação contratual de fato por contato social, ainda de acordo com os argumentos apresentados por Günter Haupt, não estaria adequadamente resolvida com sua subsunção ao regime jurídico do ato ilícito, uma vez que este regime jurídico não atribuiria a adequada importância aos fatos:

“Na falta de uma celebração do contrato, pode-se recorrer à conclusão de poder resolver a controvérsia somente na base da disciplina do ilícito civil, mas, na realidade dos fatos, tal solução seria de todo fora do lugar. Com efeito, antes do início da negociação de aquisição pelo titular do exercício da atividade comercial, aquele que visita o local não é simplesmente um ‘terceiro’ qualquer, sobre o qual surge a relação jurídica apenas quando vem a ser causado um dano, como, por exemplo, o transeunte que no caso de nevar caísse na calçada diante do prédio em que a atividade tem sua sede. Deste ponto de vista, aplicar a disciplina dos atos ilícitos significa atribuir pouca importância à peculiaridade da situação de fato. Mas de outra parte, também, não há a conclusão do contrato mediante proposta e aceitação. A relação jurídica coloca-se, por assim dizer, no espaço entre contrato e relação jurídica não contratual. Aqui se abre uma lacuna no sistema do código civil.”<sup>411</sup> (Tradução livre)

Tampouco seria adequado presumir a celebração de um contrato nesta hipótese de relação contratual de fato, de modo que haveria relação contratual de fato decorrente não de um contrato, mas dos fatos, dos comportamentos das partes objetivamente considerados, isto é, do contato social, o que implicaria na regulação desta relação contratual de fato pelo regime jurídico contratual, inclusive pelo regime da responsabilidade contratual, mas cujo conteúdo é determinado pelos elementos factuais da relação.

---

<sup>411</sup> Tradução livre de: “In mancanza di una conclusione del contratto, ci si potrebbe rassegnare a ritenere di poter risolvere la controversia solamente in base alla disciplina dell’illecito civile, ma nella realtà dei fatti ciò sarebbe del tutto fuori luogo. Infatti, prima dell’inizio delle trattative d’acquisto, per lo stesso titolare dell’esercizio commerciale chi visita i locali non è semplicemente un ‘terzo’ qualsiasi, verso il quale sorgono dei rapporti giuridici solo quando viene cagionato un danno, come ad es. Il passante che in caso di ghiaccio cade sul marciapiede davanti all’edificio ove ha sede l’attività. Da questo punto di vista, applicare la disciplina degli atti illeciti, significa attribuire scarsa importanza alle peculiarità della situazione di fatto. Ma d’altra parte non c’è neppure una conclusione del contratto mediante proposta e accettazione. Il rapporto giuridico si colloca, per così dire, nello spazio tra contratto e relazione giuridica non contrattuale. Qui si apre una lacuna nel sistema del codice civile.” (HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012, pp. 51-52)

Karl Larenz<sup>412</sup>, por sua vez, afirmou textualmente que o comportamento social típico não é obrigatório e vinculante por ser considerado expressão da vontade negocial, mas justamente por não haver expressão da vontade negocial, o comportamento social típico torna-se obrigatório e vinculante de acordo com os usos do tráfico e, assim, será entendido como fundamento de uma obrigação.

Mais uma vez, Dário Moura Vicente sintetiza com acuidade a posição da doutrina alemã da década de 30 e 40, que se fundamentava na existência de uma relação obrigacional decorrente da lei na fase das negociações pré-contratuais, que ensejava, portanto, uma responsabilidade civil contratual:

“A esta concepção aderiu a doutrina dominante, que caracteriza o vínculo estabelecido entre as partes durante o período das negociações preparatórias do contrato como uma relação jurídica obrigacional, de fonte legal, sem deveres primários de prestação, de que resultam para as partes deveres de informação e esclarecimento, de lealdade, de cuidado e de consideração pelos interesses da contraparte cuja violação é fonte do dever de indemnizar.”<sup>413</sup>

Neste momento, vale relembrar que o negócio jurídico bilateral ou plurilateral existirá sempre que estiverem presentes seus elementos estruturais, quais sejam, **(i)** um negócio, que exterioriza objetivamente a vontade negocial das partes, **(ii)** a forma do negócio (*corpus*), **(iii)** as circunstâncias negociais que envolvem o referido negócio e **(iv)** o objeto.

No que diz respeito ao contrato comercial, também devemos recordar que sua existência depende da presença dos seguintes elementos estruturais: **(i)** o acordo das partes formado por uma oferta e uma aceitação, que exterioriza o negócio, **(ii)** a forma do contrato, isto é, tal como no negócio jurídico, o *corpus*, o suporte que veicula o acordo, **(iii)** as circunstâncias negociais que envolvem a exteriorização do acordo formado por uma oferta e aceitação e, ainda, **(iv)** o objeto de caráter patrimonial.

---

<sup>412</sup> “O efeito obrigatório do comportamento do usuário não se baseia, repetindo mais uma vez, no fato de ele ser imputado ao sujeito como expressão de vontade própria de obrigar-se, mas sim ao fato de que, sem levar em conta a vontade do agente, o comportamento será entendido, de acordo com os usos do tráfico, como justificador de uma obrigação. É a ‘resposta’ ou ‘reação’ social típica à oferta e tem, por isso, o significado socialmente típico de uma fonte de obrigação.” (LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**. São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, p. 60)

<sup>413</sup> VICENTE, Dário Moura. **Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 248.

Portanto, considerando que um contrato (assim como o negócio jurídico bilateral ou plurilateral) depende da reunião de todos os seus elementos estruturais para que exista juridicamente, antes da reunião de todos os seus elementos estruturais, consequentemente, inexistente qualquer contrato, qualquer negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Assim, ainda quando não estiverem reunidos os referidos elementos estruturais, estaremos diante da fase pré-contratual, que é aquela que abrange a fase das negociações<sup>414</sup> e é marcada pela troca de informações, de condições comerciais, técnicas, financeiras, dentre outras, que estejam relacionadas ao objeto do futuro contrato a ser celebrado, ou não.

Embora a fase pré-contratual das negociações não seja indispensável para a conclusão de um contrato, ela tem a finalidade de proporcionar às partes discussões acerca dos aspectos técnicos e, posteriormente, jurídicos para a definição do objeto contratual e demais condições contratuais, mas que não se subsumem às categorias jurídicas da oferta e da aceitação, como bem ensina Maristela Basso:

“É frequente, sobretudo na prática do comércio internacional, que as partes, antes de concluírem o contrato, transitem por uma fase de negociações preliminares, que poderá ser curta ou longa, na qual discutem e determinam as cláusulas do contrato pretendido. Pode-se dizer que é um período de reflexão necessário, quando as partes não estão preparadas para fechar o acordo imediatamente, e a vontade se subsume a um processo sedimentar (formação sucessiva-progressiva).”<sup>415</sup>

“Como vimos anteriormente, não se pode confundir oferta firme, como se diz no comércio internacional, com negociações preliminares ou tratativas. Como se sabe, não há contrato sem oferta e aceitação, elementos formativos – imprescindíveis do contrato. As negociações preliminares, por outro lado, são atos meramente preparatórios, que possuem carga

---

<sup>414</sup> Embora a doutrina e a jurisprudência reiteradamente empreguem o termo *tratativa* para referir-se às negociações que antecedem a celebração de um contrato, entendemos ser mais adequado utilizar o equivalente, na língua portuguesa, do termo italiano *trattativ*”, qual seja “negociação, entendimento” (BRASIL. WMF MARTINS FONTES. **Dicionário Escolar WMF: Italiano-Português, Português-Italiano**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e Letizia Zini. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 434), pois, de acordo com o léxico, *tratativa* tem o significado de “tratado, ajuste, pacto” (BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 1251), enquanto *negociação* significa “1. Ato ou efeito de negociar. 2. Diálogo; busca de entendimento” (BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 899), sendo, assim, mais adequado para referir-se à fase pré-contratual das negociações entre as partes que pretendem chegar à conclusão de um contrato.

<sup>415</sup> BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, Conclusão, Prática**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 133.

jurídica diferente da oferta e da aceitação, uma vez que podem ou não se fazer presentes na fase de formação do ajuste, não sendo, portanto, indispensáveis (vitais) à existência mesma do contrato.

Nesse passo, é conveniente distinguir a oferta (*offer*) do convite para negociar (*invitation to deal*, *offre-approximatif* ou *invitation à pourparlers*).<sup>416</sup> (Itálico da autora)

Observe-se que, especialmente em relação aos contratos de alta complexidade, que envolvem diversas discussões técnicas, procedimentos de avaliação, investimentos iniciais, pesquisas e estudos prévios à efetiva celebração do contrato, inclusive como forma de reduzir a assimetria informacional, a praxe mercantil demonstra que os agentes econômicos, geralmente, utilizam-se de instrumentos jurídicos para o fim de documentar os avanços nas negociações havidas entre as partes, sem, todavia, caracterizar o contrato preliminar, tampouco uma proposta, mas apenas com o fim de documentar os avanços nas negociações já realizadas entre as partes.

Tais instrumentos são os denominados Memorando de Entendimentos, Cartas de Intenção, dentre outros, que têm a finalidade de estipular condições para negociação entre as partes, isto é, embora tenham objeto muito variado e amplo, podem visar **(i)** à estipulação das bases negociais já aceitas, **(ii)** à atribuição da responsabilidade pelas despesas incorridas na fase das negociações, **(iii)** à imposição de exclusividade nas negociações entre as partes, impedindo que procedam à negociação do mesmo objeto com outros agentes econômicos, **(iv)** à estipulação de prazo para que as negociações sejam concluídas entre as partes, **(v)** à imposição do dever de confidencialidade entre as partes em relação às informações trocadas na fase pré-contratual das negociações, **(vi)** à limitação da responsabilidade civil extracontratual entre as partes em virtude de atos praticados no curso das negociações etc.

A propósito, veja o ensinamento de Luiz Olavo Baptista:

“Quanto mais complexo o objeto do contrato, tanto mais será previsível que resulte de um emaranhado complexo de conversações.

Para alguns, a fase de negociações é iniciada por uma *oferta para negociar*, ou *offre-négociation*, que não é uma oferta no sentido clássico da palavra. Há, apenas, a *intenção de discutir* o objeto de interesse, abstenendo-se as

---

<sup>416</sup> BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, Conclusão, Prática**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 135.

partes de formular algo que se assemelhe a uma oferta, ou seja identificável com esta ou com uma aceitação.

Procede-se a consultas, indagações, pesquisas, trocas de minutas, roteiros, reuniões, e até mesmo a estudos, projetos, viagens de visita.

Durante esta fase, negocial, por vezes surgem os protocolos de intenção, *protocoles d'accord, agreements in principle*, preferências ou opções bilaterais, e, só mais tarde, o contrato.<sup>417</sup> (Itálico do autor)

Nesta fase pré-contratual, a praxe mercantil demonstra o recurso a instrumentos contratuais, que visam à regulamentação de determinados aspectos da fase pré-contratual das negociações, sem, todavia, poder-se afirmar que a responsabilidade civil das partes, nesta fase pré-contratual, tenha tornado-se, assim, de natureza contratual, pois, em relação ao objeto do futuro contrato, cujas negociações estão sendo conduzidas entre as partes, não se pode falar que o contrato exista juridicamente, diante da não reunião de todos os seus elementos estruturais.

Nesta fase pré-contratual de negociações, inexistem ainda sequer uma proposta e uma aceitação, que somente existirão na fase também pré-contratual de formação do contrato, que é caracterizada pela emissão de uma proposta e sua aceitação após a condução das negociações entre as partes, que puderam, assim, diante das negociações havidas chegar à formulação de uma proposta que poderá ser aceita ou, então, ensejar a emissão de uma contraproposta a ser aceita, ou não, pela outra parte.

Segundo Giovanni Carrara<sup>418</sup>, a fase pré-contratual da formação do contrato é marcada pela existência de uma proposta destinada à celebração de um contrato com a

---

<sup>417</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2011, p. 130.

<sup>418</sup> “La proposta e l’acceptazione, che sono gli elementi formativi del contratto, possono essere precedute da discussioni, da scambi d’idee fra le parti, da formulazioni di singole clausole e singole condizioni, da accordi parziali, da impegni preliminari (...) Questi atti preparatori hanno una propria figura giuridica nettamente distinta da quelle della proposta e dell’acceptazione; queste tendono direttamente a formare il contratto, mentre quelli tendono direttamente a formulare la proposta. La proposta e l’acceptazione sono elementi necessari per la formazione del contratto, mentre gli atti preparatori ne sono necessari, ne sono direttamente connessi col contratto.”

Tradução livre: “A proposta e a aceitação, que são elementos formadores do contrato, podem ser precedidas de discussões, de troca de ideias entre as partes, da formulação de única cláusula e única condição, de acordos parciais, obrigação preliminar (...) Estes atos preparatórios possuem uma figura jurídica própria claramente distinta da proposta e da aceitação; estas tendem diretamente a formar o contrato, enquanto aqueles tendem diretamente a formular a proposta. A proposta e a aceitação são elementos necessários para a formação do contrato, enquanto os atos preparatórios nem são necessários, nem são diretamente ligados com o contrato.” (CARRARA, Giovanni. **La Formazione dei Contratti**. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1915, p. 1)

conformação da aceitação, enquanto que a fase pré-contratual das negociações destina-se a reunir condições para a formulação de uma proposta contratual.

Nesse sentido, também, é a doutrina de Cristiano de Sousa Zanetti:

“Assim, deve-se utilizar um conceito mais amplo de tratativas, cuja função consiste não apenas em conferir às partes a possibilidade de verificar a respectiva conveniência em concluir o contrato, mas sobretudo em tornar possível a conciliação de interesses (...)”<sup>419</sup>

“O período de formação do contrato pode ser qualificado como um estágio mais avançado das negociações, no qual as partes praticam atos relevantes que, por si só, podem produzir efeitos jurídicos, como as declarações de oferta e de aceitação, a opção (...)”<sup>420</sup>

Aquela fase pré-contratual da formação dos contratos está expressamente regulada pelos arts. 427 a 435 do Código Civil Brasileiro de 2002, enquanto a fase pré-contratual das negociações não está expressamente regulada pelo Código Civil, mas apenas de maneira esparsa em alguns de seus dispositivos, tais como, por exemplo, os arts. 421 e 422<sup>421</sup>, que, respectivamente, impõem a observância da função social do contrato no exercício da liberdade de contratar, que, frise-se, inclui a decisão de contratar ou não, a decisão de com quem contratar e o que contratar, e a observância dos princípios da probidade e da boa fé “assim na conclusão do contrato, como em sua execução”.<sup>422</sup>

No que diz respeito ao teor do art. 422 do Código Civil Brasileiro de 2002, há expressa referência às regras de conduta da probidade e da boa fé, que devem ser observadas pelas partes, não só durante a execução do contrato, mas também em sua conclusão. Em relação à conclusão, obviamente o legislador disse menos do que pretendia naquele dispositivo legal.

---

<sup>419</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 10.

<sup>420</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 11.

<sup>421</sup> “**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>422</sup> “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)



Com efeito, ao referir-se à conclusão do contrato, não é crível que exija a observância da probidade e da boa fé apenas na fase pré-contratual da conclusão do contrato e assim não o faça também em relação à fase pré-contratual das negociações.

Ora, as partes pretendentes à conclusão do contrato devem observar a probidade e a boa fé, enquanto regras de conduta das partes em negociação, em toda a fase pré-contratual, ou seja, não só durante as negociações, mas também durante a formação do contrato.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento da doutrina:

“Com relação à fase da negociação contratual, o termo ‘conclusão do contrato’, tal como constante do art. 422, merece uma interpretação igualmente extensiva, abrangendo também a fase preliminar à conclusão, ou de ‘pré-conclusão’. Afinal, a expressão ‘conclusão’ do contrato mostra-se indicativa de um processo que culmina com a contratação. Por isso, o processo de conclusão do contrato, ao longo do qual as partes devem, nos termos do disposto em tela, guardar os princípios da probidade e da boa fé, alcança as tratativas preliminares à efetiva celebração do acordo.”<sup>423</sup>

“A prática internacional reconhece a necessidade da boa-fé. Ela serve como instrumento de interpretação contratual, ou regra de conduta para as partes.

(...)

Ele opera e aparece em vários momentos da vida do contrato. Na que antecede à celebração, ou seja, no curso das negociações. Depois, no curso da execução, ou quando do fim do contrato.”<sup>424</sup>

Ainda que não fosse admitida uma interpretação extensiva do art. 422 do Código Civil Brasileiro de 2002, a necessidade de observar a boa fé como regra de conduta decorre dos princípios basilares do Código Civil em vigor, quais sejam: a eticidade, a operabilidade e a sociabilidade.

---

<sup>423</sup> TEPEDINO, Gustavo *et al.*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Vol. II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 16.

<sup>424</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2011, p. 142.

Segundo Miguel Reale<sup>425</sup>, o Código Civil Brasileiro em vigor está fundado em três princípios fundamentais.

O primeiro é o princípio da socialidade em contraposição ao caráter individualista, que teria regido o Código Civil Brasileiro de 1916, “fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.”<sup>426</sup>

Além da socialidade, o atual sistema do Código Civil Brasileiro de 2002 é regido pelo princípio da eticidade, isto é, o sistema do Código Civil em vigor não deve apegar-se ao formalismo da plenitude do Direito Positivo, mas, ao contrário, deve permitir que, partindo da consideração de que o ordenamento é dotado de eticidade, este ordenamento possa ser aplicado em conformidade com valores éticos, inclusive, permitindo que a norma seja ajustada às especificidades do caso concreto, visto que o ordenamento jurídico não é dotado de plenitude e, por isso, requer o recurso a critérios éticos para possibilitar o que Miguel Reale denominou de “concreção jurídica”.

Por fim, o terceiro princípio regente do sistema do Código Civil Brasileiro de 2002 é o princípio da operabilidade, segundo o qual o Direito deve ser operado, realizado ou, ainda, nas palavras de Miguel Reale “é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado”<sup>427</sup>.

O princípio da eticidade, que é um dos princípios basilares do sistema do Código Civil Brasileiro em vigor, como bem ressaltou Miguel Reale, tem sua raiz na boa fé, isto porque o Direito não está desvinculado de valores, *in verbis*:

“A vida do Direito não se reduz a uma sucessão de fatos desvinculados dos valores que lhes dão sentido e significado, de cuja correlação dialética emerge a *regula iuris*.”

Daí a orientação assumida pelos autores do Anteprojeto do Código Civil, sistematizado e publicado em 1972, o qual, devidamente revisto culminou no Projeto de 1975, enviado ao Congresso Nacional, nele já apresentada a

---

<sup>425</sup> REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. [S.l.], [20--?]. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018.

<sup>426</sup> REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. [S.l.], [20--?]. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018.

<sup>427</sup> REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. [S.l.], [20--?]. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018.

eticidade, cuja raiz é a boa-fé, como um dos princípios diretores que o distinguem do individualismo do Código revogado de 1916.”<sup>428</sup>

Assim, a boa fé (assim como os bons costumes e os fins econômicos e sociais) é um valor que deve reger todas as relações sociais, o que pode ser extraído do teor do próprio art. 187 do Código Civil Brasileiro em vigor<sup>429</sup>, que reputa como ato ilícito o exercício de direito sem observância dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelos fins sociais e econômicos ou, nas palavras de Miguel Reale, a boa fé consiste em “uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.”<sup>430</sup>

Portanto, ainda que não se admita a interpretação extensiva do art. 422 do Código Civil Brasileiro de 2002 para impor às partes, que se encontram na fase pré-contratual das negociações, o dever de agir de acordo com a boa fé, esta regra de conduta decorre não só do princípio basilar da eticidade, que informa todo o sistema do Código Civil, mas também do próprio conceito de ato ilícito constante do art. 187 do Código Civil, que indiretamente impõe a observância dos limites decorrentes da boa fé para que os atos jurídicos sejam, então, qualificados como lícitos.

Acrescente-se, também, que, na visão de Miguel Reale, no ordenamento, jurídico, há regras que são consideradas regras-chave, pois irradiam seu teor a todo o sistema jurídico, ou seja, fundamentam o sistema ao ter a capacidade de reunir diretrizes válidas a todo o sistema.

No que diz respeito ao Código Civil em vigor, Miguel Reale considera o art. 113 do Código Civil<sup>431</sup> como sendo um “artigo-chave”<sup>432</sup>, pois é um artigo que, ao dispor sobre

---

<sup>428</sup> REALE, Miguel. **A Boa-fé no Código Civil**. [S.l.], 2003. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018.

<sup>429</sup> “**Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>430</sup> REALE, Miguel. **A Boa-fé no Código Civil**. [S.l.], 2003. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018.

<sup>431</sup> “**Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>432</sup> “Em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas ‘para todo o sistema’.

Nessa ordem de idéias, nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequência como o artigo 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”. Note-se que esse dispositivo já figurava, sob nº 112, no Anteprojeto de 1972,

o negócio jurídico, congrega os três princípios basilares do sistema do Código Civil e, assim, irradia seus efeitos a todo o sistema, não obstante tal artigo-chave tenha eleito a espécie negócio jurídico em detrimento do gênero fato jurídico<sup>433</sup>.

Observe-se, ainda, que o próprio art. 185 do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>434</sup>, ao tratar do ato jurídico lícito, prevê a aplicação extensiva do regime jurídico do negócio jurídico aos atos jurídicos lícitos, denotando, assim, a lição de Miguel Reale no que diz respeito à aplicação extensiva do art. 113 do Código Civil a todo o seu sistema, especialmente no que diz respeito à boa fé, enquanto norma de conduta.

A propósito do caráter de “artigo-chave” atribuído ao art. 113 do Código Civil, mais uma vez Miguel Reale ensina:

“Desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos *negócios jurídicos* como disciplina preferida para regulação genérica das relações sociais, sendo fixadas, desde logo, a *eticidade* de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua *socialidade*, ao se fazer alusão aos “usos do lugar de sua celebração”.

Eis aí já esboçada a incidência dos três princípios (eticidade, socialidade e operabilidade) que, a meu ver, presidem à atual Lei Civil, conforme penso ter demonstrado em minha conferência intitulada “Visão Geral do Código

---

antes, pois, de seu conhecimento pelo Congresso Nacional.” (REALE, Miguel. **Um Artigo-Chave do Código Civil**. [S.l.], 2003. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018)

<sup>433</sup> “Quanto à apontada predileção pelo instituto dos negócios jurídicos, preferindo-se a espécie ao gênero, fatos jurídicos, cabe notar que no negócio jurídico o que sobreleva não é o aspecto da “declaração de vontades” – como sustentam alguns juristas – mas sim “o encontro das vontades” para dar nascimento a um conjunto de direitos e obrigações.

A bem ver, essa questão transcende os limites do Direito Civil para elevar-se à problematidade das fontes do Direito. Como saliento em meu livro *Fontes e Modelos do Direito*, Hans Kelsen, se, por um lado, exagerou seu formalismo normativo, por outro lado genialmente alargou os horizontes da normatividade, acrescentando às três fontes tradicionais do Direito (fonte legal, fonte jurisdicional e fonte costumeira) uma terceira, a fonte negocial que emerge da própria sociedade civil através da autonomia de vontades concordantes, vontades essas que se conjugam para dar origem a direitos e deveres recíprocos, sobretudo através de avenças ou contratos.

Trata-se, em suma, como afirmo na citada obra, do poder negocial que instaura relações jurídicas válidas, desde que não conflitantes com expressas determinações de ordem legislativa.

Isto posto, é a fonte negocial que se desenvolve no plano das relações civis, justificando-se, por esse motivo, o tratamento privilegiado que lhe foi dado pelo novo Código Civil, o que tem escapado a comentaristas situados apenas no âmbito do Direito Privado, sem a visão ampla de toda a experiência jurídica. Com razão o supra transcrito artigo 113 dá preferência aos negócios jurídicos para fixar as diretrizes hermenêuticas da eticidade e da socialidade.” (REALE, Miguel. **Um Artigo-Chave do Código Civil**. [S.l.], 2003. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018)

<sup>434</sup> “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

Civil”, publicada pela Revista dos Tribunais como introdução da (*sic*) seu livro *Novo Código Civil Brasileiro*, 3ª edição.<sup>435</sup> (Itálico do autor)

Portanto, pode-se constatar que a boa fé incide também na fase pré-contratual das negociações, desencadeando consequências sobre os comportamentos das partes, que se encontram em negociações destinadas à formação do contrato futuro.

Da boa fé decorrem diversos deveres, que independem da existência de um contrato, de forma que não precisam da existência de uma obrigação de prestação para que existam e incidam sobre as negociações havidas entre as partes, não havendo necessidade de recorrer-se à ficção da existência de um contrato prévio ao contrato principal a ser celebrado futuramente, para justificar a existência dos deveres decorrentes da boa fé, tampouco se recorrer ao alargamento injustificado das fontes das obrigações, para reconhecer a existência de relações contratuais, que não decorreriam da celebração de um contrato, mas, sim, do mero contato social entre as pessoas.

Nesse sentido, inclusive, é a crítica de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, ao tratar do surgimento e do papel da teoria da *culpa in contrahendo*, *in verbis*:

“A amostragem jurisprudencial realizada indica que, no período pré-contratual, têm sido colocadas e resolvidas questões que ultrapassam, com clareza, o âmbito de uma negociação regular. Não está, pois, em causa um mero problema de salvaguarda da autonomia privada, que possa ser resolvido, seja através de um reafirmar, também na fase preliminar, da eficácia jurídica da liberdade negocial, seja de um salvaguardar, mediante uma compartimentação dos deveres das partes, dessa mesma liberdade. Os deveres de proteção das partes, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios, não têm a ver com o contrato projectado, sendo algo forçado defender que protejam uma ‘contratação’ em geral.”<sup>436</sup>

Assim, as partes, que negociam as condições para a possível celebração de um futuro contrato, não estão sob a regência de um contrato, visto que seus elementos estruturais não estão presentes e, por isso, inexistente, não se podendo falar ainda de relação contratual de fato decorrente do contato social, tal como pretendido por Günter Haupt e Karl Larenz.

---

<sup>435</sup> REALE, Miguel. **Um Artigo-Chave do Código Civil**. [S.l.], 2003. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018.

<sup>436</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 1ª edição, 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, p. 553.

Nesse sentido, ousamos dissentir dos doutrinadores alemães acima citados, bem como de Fernando Campos Scaff, que, em referência à relação contratual de fato, assim se pronunciou:

“Por outro lado, considerando-se a existência das trocas existentes em sociedade e a ocorrência de transferências de bens e serviços, que se fazem comum e legitimamente entre os indivíduos, sendo instituídos efetivos vínculos sinalagmáticos, mas sem que se verifique propriamente a formação de um contrato – baseadas que são tais trocas apenas e tão-somente num assim denominado ‘contato social’, é de se admitir também em nossa sociedade contemporânea, a necessidade do reconhecimento desta realidade pelo sistema, inclusive para garantir a segurança e confiança das partes que assim se relacionam, bem como para fazer valer, dentre outros, o princípio constante de nosso ordenamento que coíbe o enriquecimento sem causa.

(...)

Além disso, considerando a fluidez e a contínua alteração deste sistema que envolve as trocas negociais, é de se entender a necessidade de complementação do ordenamento com um conjunto de regras que imponham às partes que contratam – ou simplesmente ‘contatam’ – um modo de proceder que garanta às mesmas parâmetros de comportamento, os quais, segundo pretende a sociedade, devam ser genericamente respeitados.”<sup>437</sup>

Com o devido respeito às opiniões contrárias, o contrato para existir, frise-se novamente, deve reunir todos os seus elementos estruturais, dentre os quais o acordo, que pode ser veiculado por qualquer espécie de *corpus*, desde que não haja exigência legal de adotar-se determinada forma e que seja apto a manifestar, a exteriorizar a vontade negocial das partes, sendo inconcebível admitir a existência de relação contratual sem a correspondente celebração do contrato, ainda que seja formado por meio de comportamentos concludentes das partes.

Conforme será visto no próximo item, a vontade negocial não precisa ser veiculada apenas por declarações de vontade, para que, então, sejam aptas a concluir um

---

<sup>437</sup> SCAFF, Fernando Campos. As Novas Figuras Contratuais e a Autonomia da Vontade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 91, 1996, pp. 156-157.

negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pois o acordo entre as partes pode ser veiculado por qualquer meio apto a exteriorizar a vontade negocial constante do *corpus* veiculador, sendo, a declaração de vontade, apenas uma das diversas formas capazes de exteriorização da vontade negocial.

Ademais, a exteriorização da vontade negocial deve ser objetiva, o que decorre, aliás, do próprio teor do art. 112 do Código Civil Brasileiro de 2002, segundo o qual o legislador claramente optou pela exteriorização objetiva da vontade negocial. Com efeito, o art. 112 dispõe que “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”<sup>438</sup>

Comparando o teor do art. 112 do Código Civil em vigor com o art. 85 do Código Civil de 1916, que dispunha que “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”<sup>439</sup>, percebe-se claramente que o legislador do 2002 preferiu a exteriorização objetiva da vontade negocial em detrimento da vontade subjetiva das partes, pois priorizou a vontade negocial efetivamente consubstanciada na manifestação de vontade, tanto que, no art. 110 do Código Civil Brasileiro de 2002, o legislador, em consonância com a opção feita pela objetividade da manifestação de vontade, determinou expressamente que “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.”<sup>440</sup>

Ora, nitidamente, a atual legislação fez uma opção pela predominância da exteriorização objetiva da vontade negocial, que não precisa ser veiculada apenas por meio das declarações de vontade, apesar do uso atécnico pelo legislador, tanto que o legislador no supracitado art. 110 refere-se à manifestação de vontade e não mais na declaração de vontade.

Portanto, independentemente do meio exteriorizador da vontade negocial, a legislação deu prioridade à objetividade da manifestação de vontade negocial pelas partes, que sempre será compreendida no seio das circunstâncias negociais, especialmente no âmbito do Direito Comercial, em que os usos e costumes, a praxe mercantil é de extrema

---

<sup>438</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017.

<sup>439</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 01.01.1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017.

<sup>440</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017.

relevância na interpretação dos atos praticados no âmbito do mercado, o que, inclusive, já constava expressamente do Código Comercial Brasileiro de 1850, que, em seu art. 130, dispunha que:

“As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.”<sup>441</sup>

Ademais, desnecessária a inserção de normas que regulamentem a suposta relação contratual de fato que não seria decorrente de contrato, pois na fase pré-contratual das negociações e da formação do contrato, incide o princípio da boa fé decorrente do princípio basilar da eticidade, que informa todo o sistema do Código Civil Brasileiro, sem prejuízo de haver expressa determinação do legislador para que seja observada a boa fé na fase de formação do contrato e de sua execução, que, como vimos, estende-se à fase pré-contratual das negociações.

Neste mesmo sentido, os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais ou mais conhecidos simplesmente por Princípios UNIDROIT, em sua versão de 2010, prevê expressamente, no art. 1.7<sup>442</sup>, que as partes devem agir de acordo com a boa fé e a negociação justa no comércio internacional, deveres estes que, aliás, sequer podem ser excluídos ou limitados pelas partes e que não decorrem de um contrato celebrado ou, como defendido por Günter Haupt, do mero contato social entre as partes.

Em complementação ao art. 1.7, os Princípios UNIDROIT preveem, no art. 2.1.15, a inexistência de responsabilidade pelo insucesso das negociações, desde que tais negociações tenham sido conduzidas de acordo com o dever de boa fé, caso contrário, da

---

<sup>441</sup> BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017.

<sup>442</sup> “**Article 1.7**

**(Good faith and fair dealing)**

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.”

Tradução livre “**Artigo 1.7**

**(Boa fé e negociação justa)**

(1) Cada parte deve agir de acordo com a boa fé e a negociação justa no comércio internacional.

(2) As partes não podem excluir ou limitar este dever.” (ITÁLIA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. 2010. Disponível em <<http://www.unidroit.org>>. Último acesso em 15.05.2016)



condução das negociações com má fé exsurdirá a responsabilidade da parte, conforme consta do art. 2.1.15:

**“Artigo 2.1.15**

**(Negociações com má fé)**

(1) A parte é livre para negociar e não é responsável pela falha em chegar a um acordo.

(2) Entretanto, a parte que negocia ou rompe as negociações com má fé é responsável pelas perdas causadas à outra parte.

(3) Considera-se com má fé, em especial, a parte que inicia ou continua as negociações quando não pretende chegar a um acordo com a outra parte.”<sup>443</sup> (Tradução livre)

Portanto, inclusive em textos legislativos internacionais e em textos não legislativos do comércio internacional, que visam à uniformização do Direito Internacional Privado, há a previsão do dever de boa fé na condução das negociações, sem que exista ainda um contrato efetivamente celebrado entre as partes, que imponha os deveres decorrentes do dever de boa fé com suas figuras parcelares.

Não bastasse tudo isso, a tentativa de aplicar o regime contratual à fase pré-contratual das negociações implicará no desvirtuamento da aplicação do regime jurídico da responsabilidade civil, visto que inadequadamente será aplicado o regime jurídico da responsabilidade contratual, sem que exista um contrato, à fase pré-contratual das negociações.

A propósito, a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, também conhecida simplesmente por Código Bustamante, em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 18.871, de 13.08.1929<sup>444</sup>, ao tratar da lei aplicável às obrigações em geral, prevê uma

---

<sup>443</sup> Tradução livre de: “**Article 2.1.15**

**(Negotiations in bad faith)**

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.” (ITÁLIA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. 2010. Disponível em <<http://www.unidroit.org>>. Último acesso em 15.05.2016)

<sup>444</sup> (BRASIL. **Decreto nº 18.871, de 13.08.1929**. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana. Disponível em <<http://www.camara.leg.br>>. Último acesso em 11.02.2018)

distinção entre obrigações decorrentes do contrato e as obrigações que são geradas por atos jurídicos ilícitos, conforme se constata do teor de seus arts. 166 a 168, *in verbis*:

“**Artigo 166.** Obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código.

**Artigo 167.** As originadas de delitos ou faltas sujeitam-se ao mesmo direito do qual o delito ou a falta provenham.

**Artigo 168.** As que derivam de atos ou omissões em que intervenha culpa ou negligência não punidas pela lei, serão regidas pelo direito do lugar em que houver sido cometida a negligência ou a culpa que as origine.”<sup>445</sup>  
(Tradução livre)

Portanto, nítida é a diferença existente entre a fase pré-contratual das negociações e da formação dos contratos da fase em que o contrato já existe, bem como consequentemente a distinção entre o regime da responsabilidade civil extracontratual e o da responsabilidade civil contratual, sendo inadequado o recurso à ficção da existência de uma relação contratual de fato na fase pré-contratual das negociações antes da efetiva celebração do contrato, cujas negociações estão em curso.

Logo, em relação à responsabilidade civil, que surge dos danos causados na fase pré-contratual das negociações ou da formação dos contratos, não se pode querer aplicar a responsabilidade civil contratual, que somente decorre dos danos causados no curso de uma relação contratual, por sua vez, gerada por um contrato existente.

Com efeito, após análise das principais diferenças das formas de responsabilidade civil em alguns sistemas jurídicos (tais como na França, em Portugal, na Alemanha, nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Itália), Dário Moura Vicente<sup>446</sup> aponta,

<sup>445</sup> Tradução livre de: “**Artículo 166.** Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código.

**Artículo 167.** Las originadas por delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que procedan.

**Artículo 168.** Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las origine.” (BRASIL. **Decreto nº 18.871, de 13.08.1929.** Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana. Disponível em <<http://www.camara.leg.br>>. Último acesso em 11.02.2018)

<sup>446</sup> VICENTE, Dário Moura. **Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado.** Coimbra: Almedina, 2001, pp. 105-147.

em síntese, as principais diferenças existentes, nos sistemas jurídicos analisados, entre a responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade civil contratual.

A primeira distinção reside na fonte da obrigação de indenizar. Na responsabilidade civil extracontratual, a fonte da obrigação de indenizar decorre da violação de deveres previstos em lei, enquanto que, na responsabilidade civil contratual, tais deveres estão previstos no instrumento contratual.

Todavia, esta primeira distinção não se mostra suficiente para diferenciar as espécies de responsabilidade civil, visto que, como alertado por Dário Moura Vicente, há deveres incidentes sobre relações contratuais que também são previstos em lei ou, ainda que previstos no instrumento contratual, têm seus conteúdos fixados por lei.

Assim, Dário Moura Vicente sugere o recurso ao fato desencadeador da responsabilidade civil como forma de definir a espécie de responsabilidade: na responsabilidade civil contratual, o fato que desencadeia o dever de indenizar reside no descumprimento de uma obrigação prevista no instrumento contratual, bem como decorrente de fatos jurídicos, da lei ou de princípios gerais, enquanto que, na responsabilidade civil extracontratual, o dever de indenizar surge da violação de deveres jurídicos gerais de conduta impostos a todos.

Além disso, outro critério diferenciador reside no âmbito em que surge a obrigação de indenizar. Na responsabilidade civil contratual, o dever de indenizar surge no âmbito de uma relação contratual pré-existente em que os sujeitos desta obrigação de indenizar estão previamente definidos entre os sujeitos da relação contratual e, ainda, o dever de indenizar tem um caráter secundário em relação à prestação principal da relação contratual, seja servindo de substituto ou de complemento da prestação principal descumprida. Por outro lado, na responsabilidade civil extracontratual, o dever de indenizar surge independentemente da prévia existência de uma relação contratual, o que torna impossível delimitar quais sujeitos possivelmente estarão envolvidos nesta nova obrigação de indenizar, constituindo um dever de caráter primário.

Outro elemento diferenciador consiste no tipo de bens e interesses tutelados. Com efeito, na responsabilidade civil contratual, protege-se o interesse do credor da prestação em seu cumprimento, tal como assumida voluntariamente com a celebração do contrato, enquanto que, na responsabilidade civil extracontratual, há a proteção da esfera

jurídica do sujeito e dos bens componentes desta sua esfera jurídica, que o permite exercer direitos, liberdades e praticar atos jurídicos no âmbito do convívio social.

Dessa maneira, ainda segundo os ensinamentos de Dário Moura Vicente, as responsabilidades civis extracontratual e contratual exercem funções socioeconômicas distintas.

A responsabilidade contratual exerce a primordial função de proteger as expectativas do credor no cumprimento da prestação, que foi atribuída ao devedor dentro do exercício da autonomia privada e, assim, conseqüentemente, proteger o exercício da autonomia privada com a autorregulamentação pactuada entre as partes livremente, sem prejuízo de, também, exercer uma função de repartição de riscos, ao alocá-los entre as partes de uma relação contratual. Obviamente que a responsabilidade contratual igualmente tem como função a reparação de danos e a dissuasão do descumprimento de obrigações contratuais.

Já a responsabilidade civil extracontratual tem como função socioeconômica fundamental a de manter indene a esfera jurídica de cada sujeito de direito no âmbito do convívio social, além de ter a função educativa de dissuadir as pessoas de praticar atos danosos à esfera jurídica de outrem, funções estas em favor do interesse geral na segurança jurídica em dada comunidade.

Ademais, com a reforma de 2002 no Código Civil Alemão, a responsabilidade civil pré-contratual passou a ser imposta expressamente pelo § 311, o qual assim dispõe:

**“§ 311 Obrigações criadas por negócio jurídico e obrigações similares a negócios jurídicos**

(1) Para criar uma obrigação por negócio jurídico e para alterar o conteúdo de uma obrigação, um contrato é necessário entre as partes, salvo se de outro modo for determinado por lei.

(2) Uma obrigação com deveres nos termos do parágrafo 241 (2) também se torna existente por:

1. o início de negociações contratuais,
2. o início de um contrato em que uma parte, no que se refere a uma potencial relação contratual, concede à outra parte a possibilidade de

prejudicar seus direitos, interesses jurídicos e outros interesses, ou confiá-los a ele, ou

3. contatos negociais similares.

(3) Uma obrigação com os deveres previstos no parágrafo 241 (2) pode também existir em relação a pessoas que não se destinam a serem partes em um contrato. Tal obrigação torna-se existente em especial se terceiro, assentando reivindicação a ser dada um certo nível de confiança, influencia substancialmente as negociações pré-contratuais ou a celebração de um contrato.<sup>447</sup> (Tradução livre)

Como é possível notar da atual redação do § 311 do Código Civil Alemão, há um alto grau de generalidade em suas previsões, de modo que, de acordo com a doutrina tedesca, é possível extrair apenas a obrigação de não prejudicar os interesses de outrem, dever este que surge em uma situação pré-contratual e à medida que terceiros, em relação a um contrato, são envolvidos, considera-se a confiança depositada.

Observe-se, contudo, que a obrigação de não prejudicar os interesses de outrem está prevista no § 241 (2), do Código Civil Alemão e, portanto, constitui um princípio geral do Direito das Obrigações, segundo o qual “uma obrigação, dependendo de seu conteúdo, pode também obrigar cada uma das partes a considerar os direitos, interesses jurídicos e outros interesses da outra parte.”<sup>448</sup> (Tradução livre)

Dessa maneira, após a reforma do Código Civil Alemão, quer-nos parecer que se admitiu a incidência do dever de agir com boa fé na fase pré-contratual em que as partes

---

<sup>447</sup> Tradução livre de: “§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,

2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>448</sup> Tradução livre de: “(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

iniciam as negociações, sem que tenha que se recorrer à ficção da celeração de um contrato ou à ficção de uma relação obrigacional de fonte legal, mas simplesmente é possível afirmar que a parte reponsabiliza-se pelos danos causados com sua conduta dissonante do princípio da boa fé e dos deveres parcelares dela decorrentes.

Por outro lado, no âmbito do Direito Inglês, não há nenhuma norma sobre a responsabilidade civil pré-contratual, quando um contrato não venha a existir como decorrência da fase das negociações pré-contratuais. Ademais, de acordo com a doutrina inglesa, a responsabilidade contratual exige a existência de um contrato.

Dessa maneira, no Direito Inglês, a responsabilidade civil pré-contratual não possui um sistema estruturado de tratamento, mas resulta da imposição de sanções e de remédios decorrentes da equidade, do ato ilícito e da restituição, sendo historicamente tratada de maneira fragmentada, como bem concluiu Stathis Banakas:

“Não há sistema de princípios, regras e exceções estruturado, mas uma sanção histórica e fragmentada de casos especiais de conduta inconsciente ou ilícita, com remédios desenhados pela equidade, responsabilidade civil e reparação. Salvo, isto é, se um contrato é obtido pelas partes ao final do estágio das negociações, quando qualquer conduta pode ser sancionada em relação a seus efeitos sobre a validade do contato e à determinação da validade de suas cláusulas, e responsabilidade (contratual e também potencialmente delitual) pode ser imposta.”<sup>449</sup> (Tradução livre)

Todavia, hodiernamente, apesar da inexistência de dispositivo legal reconhecendo a responsabilidade civil pré-contratual, reconhece-se a insatisfatoriedade da perspectiva tradicional diante do aumento da complexidade do processo de negociação pré-contratual e dos problemas decorrentes deste processo, de forma que, de acordo com Dário Moura Vicente:

“(...) caminha-se por isso para a sua superação, nomeadamente através dos institutos da *misrepresentations* e do *promissory estoppel*. Por outro lado,

---

<sup>449</sup> Tradução livre de: “No structured system of principles, rules and exceptions, but a historically and systematically fragmented sanction of special instances of wrong or unconscionable conduct, with remedies drawn from equity, tort and restitution. Unless, that is, an agreement is reached by the parties at the end of the negotiating stage, when any such conduct may be sanctioned in relation to its effect on the validity of the agreement and the determination of its valid terms, and liability (contractual and also, potentially, tortious) may be imposed.” (BANAKAS, Stathis. *Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test*. **Revista para El Análisis del Derecho**. Barcelona, nº 1, 2009, p. 16. Disponível em <www.indret.com>. Acesso em 22.04.2018)

verifica-se uma tendência recente no sentido da imposição às partes de certos deveres de conduta na fase das negociações, cuja violação é sancionada delitualmente.”<sup>450</sup>

Portanto, após a análise do Direito Brasileiro, Alemão e Inglês, podemos verificar que, na fase pré-contratual das negociações e da formação do contrato, inexistente contrato celebrado diante da inexistência dos seus elementos estruturais mínimos para dar-lhe existência jurídica e, por isso, não há que se falar em existência de relação contratual de fato, o que, aliás, é reforçado pela distinção entre as responsabilidades civis contratual e extracontratual, denotando, assim, a inadequação de recorrer-se à ficção jurídica da existência de um contrato nesta fase pré-contratual, tão somente para fundamentar a incidência da regra de conduta da boa fé, tal como fora proposto por Günter Haupt e Karl Larenz com a teoria da relação contratual de fato.

Ademais, ainda que as partes celebrem contratos como forma de regular a fase pré-contratual das negociações, o que ocorre rotineiramente no âmbito das contratações complexas entre empresas, mesmo assim entendemos que a fase pré-contratual das negociações não transmuda sua natureza de extracontratual para contratual, visto que apenas a regulação das consequências desta fase pré-contratual, bem como a atuação das futuras partes de um contrato a ser celebrado serão dispostas por meio de contrato, tal como ocorre, por exemplo, com a atribuição de determinados custos incorridos para a realização de estudos técnicos preliminares, para realização de *due diligencies*, que antecedem a celebração de contratos de compra e venda de quotas sociais ou de ações, de modo que ainda inexistente contrato propriamente dito, cujas negociações preparam a formulação da proposta a ser aceita, ou não.

---

<sup>450</sup> VICENTE, Dário Moura. **Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 275.

### 3. A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA E NO DIREITO COMPARADO ACERCA DA RELAÇÃO CONTRATUAL FÁTICA E A FASE PRÉ-CONTRATUAL DAS NEGOCIAÇÕES

Após o estudo da fase pré-contratual das negociações diante da teoria da relação contratual de fato proposta por Günter Haupt e desenvolvida por Karl Larenz, passaremos a analisar a casuística no Brasil e no Direito Comparado acerca do tratamento dispensado à fase pré-contratual das negociações.

No Brasil, optamos por analisar somente os julgados do Superior Tribunal de Justiça, que é o tribunal que tem a função jurisdicional primordial de unificar a aplicação e a interpretação da legislação federal, em detrimento dos julgados dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Dos julgados encontrados e uma busca feita no *website* do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 49.564-SP<sup>451</sup>, que foi julgado em 17.02.2005, discutia-se a responsabilidade civil decorrente da não celebração infundada de contrato.

O caso referia-se a uma ação de indenização, que foi ajuizada por um grupo de empresas que estava em situação de crise, sendo duas delas beneficiárias da concordata preventiva.

Diante da situação de crise, a instituição financeira, que era credora quirografária das empresas (o que, a propósito, contrariava as normas bancárias e sua política interna), fez promessas de liberar mais recursos, mas em contrapartida exigiram que a presidência das empresas fosse assumida por um determinado acionista, o qual juntamente com sua esposa, assinaram uma confissão de dívida consolidando toda a dívida das empresas perante a instituição financeira, com outorga de garantias pessoais do acionista e de sua esposa.

Cumpridas as exigências feitas pela instituição financeira, esta, após a celebração da confissão de dívida, não concedeu mais crédito às empresas, tal como havia informado, o que levou o grupo de empresas, bem como o acionista e sua esposa a ajuizarem

---

<sup>451</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 49.564-SP (1994/0016723-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018.



ação de indenização com fundamento na responsabilidade civil extracontratual da instituição financeira, que, na fase pré-contratual, rompeu a negociação imotivada e contrariamente ao que vinha sinalizando às empresas e ao acionista.

Nesta demanda, discutia-se se teria havido um contrato preliminar celebrado entre as partes ou se apenas se tratava de responsabilidade civil extracontratual. A ação fora julgada improcedente, pois entendeu pela inexistência do contrato preliminar, bem como pela inexistência de provas dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil extracontratual com fundamento no art. 159 do Código Civil Brasileiro de 1916.

Percebe-se o esforço dos julgadores tentarem caracterizar a celebração de um contrato preliminar para, então, alegar a responsabilidade civil da instituição financeira. Contudo, embora se tenha alegado a inexistência de provas, tanto o voto do Ministro Relator Antônio de Pádua Ribeiro, quanto o voto da Ministra Nancy Andrigli, trazem elementos que reconhecem a responsabilidade civil extracontratual da instituição financeira, em razão da violação do dever de agir de boa fé na fase pré-contratual, que também se estende para a fase contratual.

A propósito, o voto do Ministro Relator traz a citação de parecer carreado aos autos de Orlando Gomes, que assim tratou da responsabilidade civil pré-contratual sob a vigência do Código Civil de 1916:

“Em seu brilhante parecer, juntado aos autos, o Prof. Orlando Gomes faz uma análise minuciosa sobre contrato e responsabilidade pré-contratual, salientando:

“Como visto, o direito brasileiro encontra-se entre as legislações que não a consignaram explicitamente, devendo, pois, acompanhá-las na fundamentação da responsabilidade precontratual. Tal é a razão do entendimento de que entre nós a responsabilidade precontratual se rege pelas regras da responsabilidade extracontratual. Apóia-se, portanto, no art. 159 do Código Civil toda pretensão de quem seja prejudicado pela ruptura de tratativas para a conclusão de um contrato. Inequivocamente, romper sem justificativa as negociações preliminares que se estão desenvolvendo na formação de um contrato é uma ação que obriga o agente a reparar o dano. Entendem os doutores, finalmente, não ser necessário que a ruptura seja intencional, bastando ser injustificada, arbitrária, culposa.

Em face dessas observações e ponderações, pode-se afirmar com segurança que, com fundamento no art. 159 do Código Civil, faz jus a uma reparação quem quer que sofra um dano em virtude da rutura desleal de negociações preliminares em curso, quebrando a confiança de que o contrato *in fieri* se concluiria, não fora a sua injustificada desistência” (fls. 2.981).

Para caracterizar o fato constitutivo da responsabilidade pré-contratual, argumenta o eminente Professor:

“Assim sendo, requer-se, em primeiro lugar, uma atividade dos interessados em negociar, que se destine à conclusão de um contrato, cujo projeto esteja em elaboração. Importa que cada qual 'conduza as negociações num plano de probidade, lealdade e seriedade de propósitos'. Não é necessário, todavia, como salienta SACCO, que se trate de 'uma proposta contratual perfeita e acabada'; basta que os interessados estejam em entendimentos a respeito do futuro contrato ou que se encontrem *vis a vis* numa posição que induza um deles à convicção de que o outro celebrará o contrato que lhe foi prometido. O importante é que a confiança seja traída.

Quanto à ilegitimidade da rutura, entende-se que ocorre quando um dos participantes da negociação a interrompe ou abandona arbitrariamente, sem justo motivo, comportando-se deslealmente. No ilícito pré-contratual, a falta de boa fé representa o mesmo papel de critério de imputação que desempenham, no ilícito tanto contratual quanto no ilícito extracontratual, o dolo e a culpa. A doutrina italiana dividiu-se entre aqueles que equiparam a falta de boa fé ao dolo e à culpa (MIRABELLI, PUGLIATTI) e aqueles outros para os quais o elemento culpa não deve ser levado em consideração relativamente à falta de boa fé (MESSINEO). Para estes, prescinde-se da negligência, preferindo-se a idéia de motivo injustificado, — o que não significa que, uma vez iniciada uma tratativa, deva chegar necessariamente à conclusão do contrato. A mim me parece preferível a posição de MESSINEO, segundo a qual a falta de boa fé na responsabilidade pré-contratual não deve ser ligada a uma atitude decorrente da vontade do sujeito, mas, sim, deve ser avaliada por um critério objetivo de valoração dos comportamentos à luz do dever de correção, que deve presidir o

desenvolvimento da vida de relação. Por esse critério, o caráter culposo da rutura pode ser revelado pelas circunstâncias que a cercam revestindo qualquer forma que conduza à imagem utilizada pela Corte de Rennes: *'faire miroiter aux yeux de l'autre partie l'esperance d'une convention et refuser ensuite de la realiser'*. Em suma: a rutura pode ser culposa até mesmo se resulta de uma negligência simples e até mesmo se não tem caráter de gravidade. É, por fim, necessário que entre a falta de boa fé (não é preciso ser má fé) e o dano haja um vínculo de conexão” (fls. 2.982/2.984).

(...)

Sobre a questão da responsabilidade pré-contratual, salienta o insigne Mestre:

“De resto, a responsabilidade precontratual não se configura apenas, como foi visto, pela rutura de negociações preparatórias conduzidas até o ponto de já constituírem uma proposta na acepção técnica do vocábulo. Repita-se: basta que os partícipes das negociações se encontrem numa situação que autorize o lesado a supor razoavelmente que o outro concluiria os negócios jurídicos idôneos à regência dos interesses em jogo. O Consulente tinha todas as razões para esperar que a contraparte lhe proporcionasse os recursos prometidos, eis que até o Ministro da Fazenda se empenhou junto ao banco para que os fornecesse. Dúvida não pode existir, outrotanto, que a inconclusão das negociações não teve justa causa. Se o banco não estava de má fé, usando tais negociações com outra função, meramente protelatória, de qualquer sorte não estava agindo com lealdade ao alimentar, no espírito do Consulente, a ilusão de que celebraria os contratos necessários à prometida ajuda para a recuperação financeira das duas empresas. Sem dúvida alguma fez espelhar aos olhos do Consulente a esperança e a expectativa de que concluiria os contratos de financiamento e depois se recusou a celebrá-los” (fls. 2.987/2.988).

E conclui o nobre parecerista:

“O fato constitutivo da responsabilidade civil do banco foi a rutura injustificada dos entendimentos para a conclusão de contratos através

dos quais as empresas obteriam os recursos necessários ao saneamento de suas finanças” (fls. 2.989).”<sup>452</sup>

Portanto, embora o acórdão, que julgou o recurso especial em questão, não tenha efetivamente entrado no mérito do recurso, visto que, por votação majoritária, o mesmo não foi conhecido, a questão da responsabilidade civil extracontratual decorrente de atos contrários ao dever geral de conduta de acordo com a boa fé foi aventada, mesmo que ainda não houvesse sequer uma proposta, bastando que as partes tivessem agido e negociado de modo a gerar justas expectativas de conclusão do contrato, sem que houvesse a necessidade, inclusive, de socorrer-se à existência da figura do contrato preliminar, que atualmente possui tratamento específico nos arts. 462 a 466 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Observe-se que, para a existência de um contrato preliminar, indispensável é, além da existência de todos os elementos estruturais de todos os contratos, como já visto neste estudo anteriormente, que estejam reunidos “todos os elementos essenciais ao contrato a ser celebrado”<sup>453</sup>.

Da análise do relato fático constante do julgado, não nos quer parecer que as partes já teriam reunido todos os elementos essenciais do contrato, que seria celebrado entre as empresas e a instituição financeira para a concessão de crédito, de modo que, com o devido respeito à posição defendida no julgado, inexistiu contrato preliminar, mas mera ruptura injustificada das negociações entre as empresas e a instituição financeira, tendo, esta, contrariado seu dever de conduta em conformidade com a boa fé ao negar a concessão de créditos após terem sido satisfeitas suas exigências prévias à celebração do contrato, que viabilizaria a concessão de crédito às empresas.

Assim, parece-nos não assistir razão aos defensores da existência de um contrato preliminar, pois o mesmo não reuniu todos os seus elementos estruturais e, embora o Código Civil de 1916 não possuísse regulamentação expressa acerca da responsabilidade civil pré-contratual, o mesmo sempre possuiu a regulamentação da responsabilidade civil extracontratual, que compreende aquela subespécie de responsabilidade.

---

<sup>452</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 49.564-SP (1994/0016723-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018.

<sup>453</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017.

Desse modo, ousamos dissentir do entendimento exposto por Miguel Reale e Miguel Reale Júnior em parecer também acostados aos autos, segundo os quais teria havido pré-contrato entre as partes, conforme se extrai dos trechos abaixo transcritos:

“Também os Profs. Miguel Reale e Miguel Reale Júnior, em seu parecer, entendem que ocorreu, in casu, um pré-contrato. Veja-se este trecho do que ali se afirma:

“A pré-contratualidade caracteriza-se porque durante longos anos efetivamente as partes negociaram a recuperação financeira das empresas FERTIPLAN e FERTIBASE , o que dá conta de um complexo processo formativo de contratos de garantia e de mútuo.

(...)

Sua conduta negocial foi, assim, manifestamente contraditória e desleal, tendo incorrido na vedação do *venire contra factum proprium* porque, por vezes, recomendava o fim do auxílio, ao mesmo tempo integrava 'grupo de trabalho' composto também por técnicos do Ministério da Fazenda visando dar condições de saneamento, e, ao mesmo tempo, ingressava em juízo para executar os seus débitos, fiado no patrimônio individual de Bichucher. A deslealdade está em que, tão logo obteve das empresas devedoras a consolidação das dívidas em instrumento de confissão, acompanhado por novas garantias reais dadas pelo confiante BICHUCHER, o BANCO passou a se escusar a conceder ajuda financeira e, enquanto prosseguiam as negociações, inclusive com a interveniência do Ministro da Fazenda, interrompeu-as bruscamente, executando em juízo as garantias.”<sup>454</sup>

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.051.065-AM<sup>455</sup> em 21.02.2013, ao tratar da responsabilidade civil por atos praticados na fase pré-contratual, reconheceu a possibilidade de haver responsabilidade civil pré-contratual pelos danos materiais causados em virtude da ruptura injustificada e contrária à

---

<sup>454</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 49.564-SP (1994/0016723-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018.

<sup>455</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.051.065-AM (2008/0088645-2)**. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018.

boa fé das negociações prévias à celebração do contrato, vez que foram geradas justas expectativas na parte de que o contrato seria celebrado.

No caso em questão, uma empresa automotiva fez um anúncio publicitário informando que desejaria ampliar a rede de revendedores, bem como convidava os interessados a enviarem um fax ao diretor presidente da empresa. Este, por sua vez, enviou resposta à empresa interessada dando as informações e detalhes acerca da instalação de uma revendedora em Manaus.

Após submeter os documentos para avaliação da empresa automotiva, a empresa candidata recebeu comunicação de que havia sido escolhida, bem como que sua empresa de consultoria prosseguiria com as demais orientações necessárias à instalação do estabelecimento, tendo, inclusive, efetuado o pagamento à consultoria de valor devido pela adesão à rede de revendedores da empresa automotiva. Todavia, após meses de avaliação e reuniões, bem como após o anúncio de sua escolha com pagamento de taxa pela adesão à rede de revendedores, a empresa foi informada de que não mais haveria a instalação de uma revendedora em Manaus, recusando-se a devolver o valor pago pela empresa interessada.

Posteriormente, descobriu-se que se tratava de uma fraude perpetrada pelo diretor presidente da empresa automotiva, mas, mesmo assim, esta manteve a recusa em reparar os danos sofridos pela empresa interessada na adesão à rede de concessionárias.

Assim, no julgado em questão, o Superior Tribunal de Justiça, já sob a vigência do Código Civil Brasileiro de 2002, entendeu que, na fase pré-contratual das negociações e da formação do contrato, há o dever de conduta em conformidade com a boa fé e, assim, ao gerar justas expectativas à outra parte, a parte, que romper injustificadamente as negociações, tem o dever de reparar os danos sofridos.

A propósito, veja trecho da decisão:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA. DECLARATÓRIOS PROCRASTINATÓRIOS. MULTA. CABIMENTO. CONTRATO. FASE DE TRATATIVAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. DANOS MATERIAIS. SÚMULA Nº 7/STJ.

(...)

3. A responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material.

4. As instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, reconheceram que houve o consentimento prévio mútuo, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo das tratativas, o prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido. A desconstituição do acórdão, como pretendido pela recorrente, ensejaria incursão no acervo fático da causa, o que, como consabido, é vedado nesta instância especial (Súmula nº 7/STJ).

5. Recurso especial não provido.

(...)

Ao que se tem dos autos, a recorrida, instada pela BMW, afirmou sua intenção de vir a contratar, adiantando, nessa oportunidade, os documentos exigidos para a formalização do contrato definitivo, inclusive o depósito prévio. Concluiu-se, portanto, que a partir daí surgiu a responsabilidade pré-negocial, ou seja, da fase preliminar do contrato, tema oriundo da conhecida *culpa in contrahendo*.

Acerca do assunto, observa Judith Martins-Costa que "*a doutrina da culpa in contrahendo foi formulada pioneiramente por Jhering, entendendo-se contemporaneamente, mediante tal noção, que incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte*" (A boa-fé no direito privado, Revista dos Tribunais, pág. 485).

Para Menezes Cordeiro (Tratado de Direito Civil Português, págs. 397/398), a teoria da *culpa in contrahendo* veio permitir, em um primeiro momento, o ressarcimento de danos causados, na fase pré-contratual, a pessoas ou a bens e, em um segundo momento, exigir a circulação entre as partes de todas as informações necessárias para a contratação.

A propósito, ainda, é de se lembrar que foi a teoria da *culpa in contrahendo* de Jhering que influenciou o Código Civil alemão (BGB, de 1896), o pioneiro em se tratando de boa-fé objetiva.

Com efeito, o parágrafo 242 do Código Civil alemão (BGB) dispõe que o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes.

Na Itália também predomina a opinião de que, para que haja responsabilidade pré-contratual, é necessário que exista "confiança razoável entre as partes, o rompimento injustificado das tratativas, bem como dano decorrente da interrupção" (artigo 1.337 do Código Civil italiano, de 1942).

Igualmente, merece destaque o art. 227 do Código Civil lusitano, de 1967, que assenta: "*quem negocia com outrem para conclusão de um contrato, deve tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*".

No Brasil, nosso Código Civil de 1916 não possuía dispositivo expresso cuidando da boa-fé objetiva. Todavia, o novo Código Civil prevê que "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé*" (art. 422).

Mas, mesmo antes da incorporação legislativa, Pontes de Miranda já ressaltava, no âmbito das tratativas, a importância da tutela da confiança:

*"(...) o que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato."* (Responsabilidade civil pré-negocial, pág. 259)

Para o Prof. Orlando Gomes, "*se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o*



*direito de ser ressarcido dos danos que sofreu" (Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo, pág. 131).<sup>456</sup> (Itálico do autor)*

Ademais, o magistrado *a quo*, na sentença proferida, entendeu que a responsabilidade civil pré-contratual seria regida pelas normas da responsabilidade civil extracontratual, tanto que o mesmo fundamentou a condenação da empresa automotiva no art. 186 do Código Civil.

Já o Tribunal de Justiça, por sua vez, entendeu inexistir elementos caracterizadores da responsabilidade civil extracontratual, mas apenas responsabilidade civil pré-contratual, enquanto um outro gênero de responsabilidade civil. Este entendimento não foi combatido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, entendemos que se trata de posição equivocada tratar a responsabilidade civil pré-contratual como se fosse um *tertium genus*, visto que o Código Civil Brasileiro em vigor trata de duas espécies de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual. A contratual somente terá ensejo, quando houver o descumprimento de obrigação contratual.

Já a responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, surgirá quando for praticado algum ato jurídico ilícito, seja quando estiverem reunidos os requisitos do art. 186 do Código Civil Brasileiro de 2002, seja quando estiver caracterizado o exercício abusivo de direito, tal como indicado no art. 187 do mesmo Código.

Desse modo, ao ser praticado um ato jurídico ilícito ou ao restar caracterizado o exercício abusivo de um direito, a responsabilidade civil será a extracontratual, sempre que não houver a existência de um contrato, cuja obrigação tenha sido descumprida. Ora, no caso da responsabilidade civil pré-contratual, o contrato inexistente, logo não é razoável tratar esta espécie de responsabilidade civil como sendo contratual ou, ainda, como um terceiro gênero de responsabilidade civil.

Assim, entendemos que o julgado não analisou adequadamente a espécie de responsabilidade civil, embora tenha caracterizado a responsabilidade pré-contratual adequadamente.

---

<sup>456</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.051.065-AM (2008/0088645-2)**. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018.

Em um terceiro julgado, a mesma 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.367.955-SP<sup>457</sup> em 18.03.2014, abordou novamente a caracterização da responsabilidade civil pré-contratual, bem como a sua natureza.

No caso específico, uma empresa varejista, que realizaria um evento, teria contatado uma empresa de eventos, para que esta apresentasse um orçamento e projeto para celebração de contrato de prestação de serviços, que consistiriam na organização e montagem de espaço comercial.

Diante da expectativa justa gerada à prestadora de serviços e do estágio avançado das negociações entre as empresas, que permitia considerar como certa a realização do evento e, conseqüentemente, como certa a contratação, a empresa de eventos celebrou contrato com outras empresas, tendo em vista a proximidade do evento, para viabilizar a prestação de serviços.

Mas, a empresa varejista não só adiou, mas também cancelou o evento, não obstante tenha, a empresa de eventos, incorrido em despesas com contratação prévia de terceiros.

No acórdão analisado, o Superior Tribunal de Justiça expressou o entendimento de que o princípio da boa fé constitui uma diretriz de conduta ética que se irradia a todo o Direito Privado<sup>458</sup>. O Ministro Relator, citando estudo de sua própria autoria, assim, expôs seu entendimento acerca do princípio da boa fé:

“Sobre esse princípio, tive oportunidade de dissertar, em sede doutrinária:

*A boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.*

(...)

---

<sup>457</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.367.955-SP (2011/0262391-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018.

<sup>458</sup> “A solução dessa controvérsia demanda, necessariamente, a aplicação de um dos princípios fundamentais do direito privado, o princípio da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes ao longo de todas as fases da relação obrigacional.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.367.955-SP (2011/0262391-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018)

*Almeida Costa, após afirmar que a boa-fé objetiva constitui um 'standard' de conduta ou um padrão ético-jurídico, esclarece que ela estabelece que 'os membros de uma comunidade jurídica devem agir de acordo com a boa-fé, consubstanciando uma exigência de adotarem uma linha de correção e probidade, tanto na constituição das relações entre eles como no desempenho das relações constituídas. E com o duplo sentido dos direitos e dos deveres em que as relações jurídicas se analisam: importa que sejam aqueles exercidos e estes cumpridos de boa-fé. Mais ainda: tanto sob o ângulo positivo de se agir com lealdade, como sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade'. A inexistência, no Código Civil brasileiro de 1916, de cláusula geral semelhante ao § 242 do BGB ou à do art. 227, n. 1, do Código Civil Português não impediu que a boa-fé passasse a ser reconhecida em nosso sistema jurídico por constituir um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado.*

(...)

*No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé está expressamente contemplado, inserindo-se como expressão, conforme Miguel Reale, de sua diretriz ética. Exatamente a exigência ética fez com que, por meio de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução.*

*Na relação obrigacional a boa-fé exerce múltiplas funções, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuada (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).*

(...)

Verifica-se do trecho acima que a ruptura imotivada de tratativas somente viola a boa-fé objetiva, e enseja indenização, quando as negociações preliminares "*tenham chegado a tal ponto que faz prever que o contrato deveria poder-se estreitar*".

Essa é justamente a hipótese dos autos, conforme se depreende do contexto fático delineado no acórdão recorrido, impondo-se reconhecer, portanto, a obrigação de indenizar os danos sofridos.”<sup>459</sup> (Itálico do autor)

Embora o Ministro Relator tenha exposto seu entendimento, no sentido de que a boa fé impõe um padrão de conduta ética na convivência social e, no âmbito das relações obrigacionais, tal padrão de conduta ética incide na fase pré-contratual das negociações e da formação do contrato<sup>460</sup>, bem como na fase da execução do contrato e, ainda, na fase pós-contratual, ao tratar da natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual, expôs o entendimento de que, pelo fato do princípio da boa fé estar previsto no art. 422 do Código Civil, tratar-se-ia responsabilidade civil contratual, levando em consideração a topografia deste artigo dentro do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

“Relativamente à alegação de inexistência de ato ilícito, cabe esclarecer que a conduta contrária ao princípio da boa-fé objetiva é o ato ilícito que fundamenta o dever de indenizar na hipótese dos autos.

Por fim, resta analisar a insurgência relativa aos juros de mora.

Para tanto, é necessário definir se a responsabilidade civil por ruptura de tratativas deriva de ilícito contratual (relativo) ou extracontratual (absoluto).

O tema é controvertido na doutrina estrangeira, conforme explica LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, citando diversos autores:

*ALMEIDA COSTA sustenta que o critério a adotar deve ser o pragmático e, em função dele, considera a responsabilidade in contrahendo como extra-obrigacional. [...] Por outro lado, como acentua FRANCESCO BENATTI, citando LUIGI MENGONI, a boa fé objetiva surgiu e desenvolveu-se no âmbito das relações jurídicas obrigacionais, pelo que 'quando uma norma jurídica sujeita o desenvolvimento de uma relação social ao imperativo da boa fé, é isso*

<sup>459</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.367.955-SP (2011/0262391-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018.

<sup>460</sup> “Verifica-se no texto acima que o princípio da boa-fé objetiva já incide desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes.

Na verdade, antes da conclusão do negócio jurídico, são estabelecidas entre as pessoas certas relações de fato, os chamados "contatos sociais", dos quais emanam deveres jurídicos, cuja violação importa responsabilidade civil.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.367.955-SP (2011/0262391-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018)

*índice seguro de que aquela relação social se transformou, no plano jurídico, em uma relação obrigatória, cujo conteúdo se trata precisamente de especificar segundo a boa fé'. Finalmente, e sobretudo, os deveres pré-contratuais constituem imperativos de conduta destinados a satisfazer o interesse de sujeitos determinados (ou determináveis), o que, como se sabe, é o elemento que permite caracterizar distintivamente as obrigações dos deveres jurídicos. Aliás, os deveres pré-contratuais não se configuram, como tipicamente acontece com os deveres cuja violação constitui ato ilícito extra-obrigacional, por um conteúdo negativo, antes tendendo para a promoção e satisfação do interesse de um determinado sujeito. (Elementos de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 264 s.)*

Porém, em relação ao direito pátrio, entende o referido autor que a responsabilidade é contratual, devido à previsão da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil de 2002, *litteris*:

*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

Esse dispositivo está previsto no Título V, "dos Contratos em Geral", não no Título III, que trata dos "atos ilícitos", especificamente, dos ilícitos absolutos.

Então, por opção legislativa, a responsabilidade civil decorrente de ruptura de tratativas tem natureza contratual.

Cabe acrescentar que não há diferença ontológica entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.

A diferença, no direito pátrio, situa-se exclusivamente no plano dos efeitos jurídicos, conforme tive a oportunidade de esclarecer na obra supracitada.

De todo modo, tratando-se de responsabilidade contratual, aplica-se o entendimento desta Corte no sentido de que os juros de mora incidem a partir da citação.<sup>461</sup> (Ítálico do autor)

---

<sup>461</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.367.955-SP (2011/0262391-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018.

Na realidade, ousamos dissentir da posição assumida, no acórdão comentado, acerca da natureza da responsabilidade civil pré-contratual.

Inicialmente, o princípio da boa fé, que, como já visto anteriormente, constitui um dos três princípios basilares do Código Civil Brasileiro de 2002, rege a conduta de todas as pessoas em seus relacionamentos estabelecidos na sociedade brasileira, ainda que não exista contrato, ou seja, a regra de conduta de acordo com a boa fé é um princípio basilar decorrente da eticidade que é um dos sustentáculos basilares da convivência em sociedade. Assim, a boa fé incide tanto nas relações contratuais, quanto nas relações que não tenham essa natureza contratual.

Quando se analisa a fase pré-contratual, seja das negociações, seja da formação do contrato, como se constata o contrato não existe, não há relação jurídica contratual, de modo que eventual dano causado a uma parte não se dá no âmbito de uma relação jurídica contratual pré-existente.

Além disso, o fato desencadeador da responsabilidade civil não é o descumprimento de uma obrigação contratual, mas o descumprimento de um dever jurídico geral de conduta de acordo com a boa fé, que é imposto a todos.

Ademais, os interesses e bens protegidos, na fase pré-contratual das negociações e da formação do contrato, são as esferas jurídicas garantidas a cada um individualmente e os bens componentes desta esfera jurídica protegida, jamais se visa à proteção do interesse do credor no cumprimento da prestação prevista contratualmente.

Por fim, a obrigação de indenizar surgida na fase pré-contratual não tem por objetivo a proteção das expectativas do credor no cumprimento das obrigações contratuais, mas, sim, a manutenção da esfera jurídica de cada sujeito de direito indene no convívio social.

Portanto, considerando-se o âmbito de surgimento da obrigação de indenizar, o fato desencadeador desta obrigação, o tipo de bens e interesses protegidos na fase pré-contratual e, ainda, a função socioeconômica desempenhada pela obrigação de indenizar na fase pré-contratual, resta clara a natureza de responsabilidade civil extracontratual da responsabilidade civil pré-contratual.

Assim, não há que se falar que, pela mera topografia legislativa do art. 422 do Código Civil, o legislador teria feito a opção legislativa de considerar a responsabilidade

civil pré-contratual como espécie de responsabilidade civil contratual, mesmo porque, nesta fase pré-contratual, não estão presentes ainda os elementos estruturais do contrato, sendo inadequado considerar, como feito pelo acórdão, a responsabilidade civil pré-contratual como sendo de natureza contratual.

Além disso, não se pode olvidar a natureza de artigo-chave atribuída ao art. 113 do Código Civil, que como visto irradia efeitos a todo o sistema jurídico, como já exposto neste trabalho, conforme ensinamento de Miguel Reale. Ainda, o referido art. 113 do Código Civil está no Título I – Do Negócio Jurídico, que pertence ao Livro III – Dos Fatos Jurídicos, que, por sua vez, está na Parte Geral do Código Civil, sendo, portanto, inegável sua aplicação geral ao sistema jurídico como um todo.

Por fim, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão que julgou o Recurso Especial nº 1.309.972-SP<sup>462</sup> em 27.04.2017, julgou caso de responsabilidade civil pré-contratual e, ainda, analisou a natureza desta responsabilidade civil diante da dualidade da responsabilidade civil (contratual e extracontratual).

Tratava-se de ação de indenização ajuizada por empresa produtora de componentes eletrônicos de alta precisão, que foi procurada por renomada empresa de tecnologia para o fornecimento de mercadoria específica para atender a projeto de computação e comunicação desta empresa.

Mesmo não havendo um instrumento de contrato de compra e venda entre as empresas, a empresa produtora dos componentes atendeu aos pedidos de compra de empresa intermediadora, os quais foram suspensos quando a empresa produtora já tinha um elevado estoque, além da renomada empresa de tecnologia ter cometido erro na especificação técnica do produto que era fornecido.

O magistrado *a quo* entendeu que, embora não houvesse contrato formal celebrado entre a empresa produtora e a empresa renomada de tecnologia, esta convocou a empresa produtora para participar de seu projeto, do qual participaria a empresa intermediadora que fora contratada pela empresa de tecnologia, tendo havido a contratação entre as empresas.

---

<sup>462</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.309.972 - SP (2012/0020945-1)**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018.

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela ausência de responsabilidade da empresa de tecnologia, visto que não havia pedidos de fornecimento por ela emitidos, havendo contrato somente entre a empresa produtora e a empresa intermediadora.

Diante deste quadro, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o caso era um típico caso de responsabilidade civil pela violação da confiança, um verdadeiro terceiro gênero de responsabilidade civil, que independeria da existência de um contrato, tampouco da prática de um ato ilícito.

Partindo da diferenciação entre a responsabilidade civil extracontratual e a contratual<sup>463</sup>, o julgado entendeu que o caso *sub judice* não teria caracterizado um ilícito ensejador da responsabilidade extracontratual, tampouco teria havido contrato entre as partes a justificar a responsabilidade civil contratual, conforme se extrai dos excertos abaixo transcritos:

“Seguindo essa tendência natural, doutrina e jurisprudência vêm se valendo de um terceiro fundamento de responsabilidade, que não se vincula a uma prestação delineada pelas partes, nem mesmo vincula indivíduos aleatoriamente ligados pela violação de um dever genérico de abstenção, qual seja a responsabilidade pela confiança.

No que respeita à matéria, o alemão Claus Wilhelm CANARIS, autor dedicado à questão, preceitua que a responsabilidade pela confiança seria autônoma em relação à responsabilidade contratual e à responsabilidade delitual ou extracontratual, constituindo-se em um terceiro fundamento ou 'terceira pista' (dritte Spur) da responsabilidade civil. A responsabilidade pela confiança teria, na doutrina deste civilista, caráter subsidiário: onde houvesse o dano efetivo, requisito essencial para a responsabilidade civil e

---

<sup>463</sup> “Penso que as tratativas, tais como ocorreram, encerram situação muito mais complexa do que os julgadores *a quo* fizeram parecer, realizando, dessa forma, julgamento desacertado, com o comprometimento do direito.

3.1. Como se sabe, a responsabilidade é ainda definida em seu sentido clássico, como a "obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo". É responsável todo aquele que está submetido a essa obrigação de reparar ou de sofrer a pena. (DE FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015, p.11)

Nessa linha de ideias, diz-se que a responsabilidade civil é uma obrigação de reparar danos, sejam eles patrimoniais ou existenciais e que a imposição daquela obrigação é historicamente atribuída a danos contratuais ou derivados de um ilícito. Formalmente, a responsabilidade por danos contratuais se verifica quando da inobservância de qualquer dever emanado de uma relação obrigacional preexistente, já a responsabilidade extranegocial ou em sentido técnico requer o descumprimento de um dever genérico e universal de não causar danos, sem que existam condutas preestabelecidas pela autonomia privada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.309.972 - SP (2012/0020945-1)**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018)



não fosse possível obter uma solução satisfatória pelos caminhos tradicionais da responsabilidade, a teoria da confiança seria a opção válida (MIRANDA, José Gustavo Souza. op. cit. , p. 138).

É de Manuel Antonio Carneiro da Frada, também estudioso do tema, a lição segundo a qual a teoria da confiança ingressa justamente no vácuo existente entre as responsabilidades contratual e extracontratual e seu reconhecimento se fundamenta principalmente no fato de que o sujeito que dá origem à confiança de outrem e, após, frustra-a, deve responder, em certas circunstâncias, pelos danos causados dessa frustração. A defraudação da confiança constitui o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar (Idem. p, 140).

(...)

É bom que se diga, nessas situações, não existe ainda, entre a parte lesada e o responsável pela lesão, um dever de prestar, mas o ordenamento jurídico objetivamente já enquadra esses sujeitos, para que o tráfico social ocorra de forma correta e segura, prevenindo relações potencialmente geradoras de desequilíbrios e injustiças, sob pena de ressarcimento dos danos causados.

Isso porque, na trilha desse entendimento, os doutrinadores reconhecem que a proteção que o direito reconhece à "confiança", não tem como fim único, exclusivo, nem mesmo preponderante, a proteção à vítima dos danos, mas, sobretudo, da segurança do tráfico. De fato, a responsabilidade fundada na confiança visa a proteção de interesses que transcendem o indivíduo, ditada sempre pela regra universal da boa-fé, sendo imprescindível a quaisquer negociações o respeito às situações de confiança criadas, estas consideradas objetivamente, cotejando-as com aquilo que é costumeiro no tráfico.

(...)

Essa concepção concede à confiança um espaço próprio no confronto com as duas grandes modalidades clássicas da responsabilidade civil – a contratual e a aquiliana -, considerando-a um *tertium genus*, uma pista autônoma da responsabilidade” (Op. Cit. p. 72).

3.2. Importante ressaltar, que a responsabilidade pela quebra da confiança possui, conforme delineada, a mesma *ratio* da responsabilidade pré-

contratual, cuja aplicação já fora reconhecida por esta Corte de Justiça. O ponto que as aproxima, sem sombra de dúvidas, é o fato de uma das partes gerar na outra uma expectativa legítima de determinado comportamento, que, após, não se concretiza. O ponto que as diferencia é o fato de, na responsabilidade pré-contratual, a formalização de um contrato ser o escopo perseguido por uma das partes, enquanto que na responsabilidade pela confiança o contrato, em sentido estrito, não será, ao menos necessariamente, o objetivo almejado.

(...)

5. Voltando ao caso dos autos, o que ocorreu, a meu juízo, é situação típica de responsabilidade por quebra da confiança. Não se fala aqui em responsabilidade contratual, nem mesmo na genérica responsabilidade extracontratual, mas na terceira pista aventada por Canaris.

Com efeito, é incontroverso que os investimentos realizados pela recorrente Radiall, para a produção dos conectores que serviriam ao computador de bordo de titularidade da recorrida IBM, foram realizados de acordo com as relações que se verificaram no início das tratativas entre essas empresas, fatos a respeito dos quais concordam sentença e acórdão.

Igualmente, não há dúvidas de que a presença dos engenheiros da IBM na sede da recorrente e a estipulação por parte daquela empresa do número de peças a serem produzidas, a estimativa de tempo de duração de fornecimento das peças, especificando os anos em que seriam comercializados o Blue Bird, independentemente de quem seria o comprador direto dessas peças, são fatos que geraram na recorrente expectativa qualificada, diferente da que seria criada caso não houvesse qualquer interferência da IBM, de qualquer espécie, nas negociações.

Da mesma forma, corrobora a existência da relação jurídica forte entre as partes e da expectativa gerada pela confiança, posteriormente arruinada, o fato de a IBM – Brasil ter solicitado que os produtos utilizados na produção dos conectores pela Radiall fossem importados da França, diretamente, para evitar os impostos e beneficiar as operações tipo 'draw-back' (material reexportado isento de qualquer imposto), conforme narrado na sentença (fl. 750).

Assim, ainda que não se discuta a existência de um contrato formal de compra e venda entre as partes ou de qualquer outra natureza, impossível negar a existência de relação jurídica comercial entre aquelas empresas.”<sup>464</sup>

De acordo com o teor do voto do Ministro Relator, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que inexistia contrato celebrado entre a empresa de tecnologia e a empresa fornecedora dos produtos, mas entendeu que incidia *in casu* o princípio da proteção da confiança, o que teria ensejado a existência de responsabilidade civil de outro gênero distinto da extracontratual e da contratual, não obstante tenha a mesma *ratio* da responsabilidade pré-contratual.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça simplesmente desconsiderou a existência de um contrato, que não foi veiculado por um instrumento contratual escrito, mas, sim, pelo comportamento entre as partes, do que decorreria a responsabilidade contratual. Desse modo, entendemos inadequada a posição do Superior Tribunal de Justiça de entender que não havia contrato, pois o mesmo existia em razão da presença de seus elementos estruturais.

Além disso, a proteção da confiança justa gerada nas partes decorre da incidência da boa fé, seja na convivência social, seja na fase pré-contratual, seja na fase contratual. A violação do princípio da confiança não enseja um terceiro tipo de responsabilidade civil, que será extracontratual, se ainda inexistente um contrato, ou será contratual, se existente um contrato entre as partes, como afigura-se-nos ter ocorrido no caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Observe-se que, no voto proferido pela Ministra Maria Isabel Gallotti<sup>465</sup>, embora tenha sido enxuto, constata-se que a mesma entendeu haver um contrato entre as partes, cuja execução deve ser pautada pelo respeito ao princípio da confiança, o que não poderia ser diferente, vez que a boa fé, que impõe o respeito à confiança e às justas expectativas das partes, também deve ser observada como regra de conduta durante a existência de uma relação contratual e após o término da relação contratual (fase pós-contratual), além,

---

<sup>464</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.309.972 - SP (2012/0020945-1)**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018.

<sup>465</sup> “Senhores Ministros, acompanho o eminente Relator por entender que havia um contrato, embora não formal, mas das tratativas havidas entre as partes pode-se entender que houvesse um contrato cuja execução deve ser lastreada também no princípio da confiança.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.309.972 - SP (2012/0020945-1)**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30.04.2018)

obviamente e como já dito diversas vezes neste estudo, de incidir na fase pré-contratual e em toda a convivência social dos sujeitos de direito.

Assim, percebe-se que a jurisprudência brasileira adota uma posição confusa e pouco clara acerca dos institutos da responsabilidade civil contratual e extracontratual, além de desconsiderar que o princípio da boa fé incide em todas as fases das relações obrigacionais, bem como em toda a convivência social, constituindo verdadeiro pilar estrutural do sistema jurídico, o que tornaria desnecessária a deturpação das fontes das obrigações, das espécies de responsabilidade civil e, ainda, da caracterização da existência de um contrato consoante o seu conceito estrutural.

Ademais, constata-se que a jurisprudência brasileira aplica institutos desenvolvidos no estrangeiro, sem considerar as peculiaridades do sistema específico que criou tal instituto, como, por exemplo, a aplicação, no Brasil, da denominada “terceira via” de responsabilidade civil, que abarcaria situações não subsumidas ao âmbito da responsabilidade civil contratual, tampoco da responsabilidade civil extracontratual.

A mencionada aplicação da “terceira via” da responsabilidade civil, que foi criada na Alemanha, desconsidera que naquele país a responsabilidade civil extracontratual é restritíssima, pois somente considera passível de indenização os danos causados a determinados bens especificados no Código Civil Alemão, repuntando não passíveis de indenização os danos causados a outros bens que não os especificados no Código Civil, o que não ocorre no Brasil, que adotou, em seu Código Civil de 2002, uma cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, dispensando, portanto, a criação de formas transversas para superar as limitações impostas por opção legislativa.

Analisada a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, impende, neste momento, analisar a experiência jurisprudencial no Direito Comparado.

No Direito Inglês, como já visto anteriormente, só existirá um contrato quando estiverem reunidos os seguintes elementos estruturais: **(i)** acordo constituído por uma oferta e uma aceitação; **(ii)** consideração; e **(iii)** intenção de criar relações jurídicas.

Havendo a falta de um dos elementos estruturais da concepção de contrato, não estaremos diante do instituto do contrato e, por isso, não haverá relação contratual, mas qualquer outra espécie de relação jurídica.

No que diz respeito à fase pré-contratual das negociações, o Direito Inglês, de acordo com o entendimento doutrinário, não é adepto da aplicação do princípio da boa fé como critério de avaliação da conduta das partes, tal como ocorre em certos países pertencentes à família da *civil law*, mas isto não significa que a fase pré-contratual das negociações é uma fase em que inexistirá responsabilidade das partes, como bem ressaltou Neil Andrews:

“No entanto, mesmo na Inglaterra, a fase pré-contratual não é uma zona cinzenta sem lei. Tradicionalmente, os advogados ingleses entendem o conceito de ‘boa-fé’ (1.10) como extremamente vago. Em contrapartida, o direito inglês se vale de uma mistura do direito de países de *civil law* e princípios de *Equity* para proteger as partes diante as negociações.”<sup>466</sup>

Assim, o Direito Inglês não reconhece um dever geral de boa fé, tampouco durante a fase pré-contratual das negociações, nem na fase da execução do contrato. De acordo com a lição de Guido Alpa e de Rossella Delfino, o Direito Inglês, na fase pré-contratual das negociações, preocupa-se em garantir o *fairness* entre as partes pretendentes à celebração de um contrato, *in verbis*:

“No curso dos séculos o *common law* inglês limitou-se a garantir a *fairness* do procedimento negocial, para impedir que uma parte pudesse tirar vantagem do erro no qual seja induzido a outra, ou que pudesse, com dolo ou abuso, induzir a outra a estabelecer um contrato que de outra forma não teria celebrado. O direito contratual inglês esteve sempre fundado no princípio que as partes devem saber cuidar de seus interesses e que a função da lei é apenas o de garantir a *fairness* do procedimento, ou seja, a correção da regra do jogo, deixando vencer o melhor dos participantes.”<sup>467</sup>  
(Tradução livre)

Portanto, inexistindo contrato celebrado entre as partes, qualquer responsabilidade advinda da fase pré-contratual das negociações será tratada no âmbito da

<sup>466</sup> ANDREWS, Neil. **Direito Contratual na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 45.

<sup>467</sup> Tradução livre de: “Nel corso dei secoli il *common law* inglese si è limitato a garantire la *fairness* del procedimento negoziale, per impedire che una parte potesse trarre vantaggio dall’errore in cui fosse incorsa l’altra, o potesse con dolo o violenza indurre l’altra a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe concluso. Il diritto contrattuale inglese si è sempre basato sul principio che le parti devono saper curare il loro interessi, e che compito della legge è solo quello di garantire la *fairness* del procedimento, ossia la correttezza delle regole del gioco, lasciando vincere il migliore dei partecipanti.” (ALPA, Guido; DELFINO, Rossella. **Il Contratto nel Common Law Inglese**. 3ª edição. Milão: CEDAM, 2005, p. 141)

responsabilidade civil extracontratual, mas não fundamentada no descumprimento do princípio da boa fé<sup>468</sup>. A responsabilidade advinda de danos indenizáveis na fase pré-contratual funda-se no enriquecimento ilícito, no engano ou na custosa confiança posta em certas promessas.

A propósito da responsabilidade pré-contratual fundada no enriquecimento ilícito foi tratada no caso *British Steel Corp. v. Cleveland Bridge*<sup>469</sup>. Neste julgado, a *High Court of Justice* entendeu que as partes não teriam celebrado um contrato para o fornecimento de estruturas de aço, uma vez que ainda deveriam estabelecer consensualmente o preço e, também, as regras regentes da responsabilidade por perdas indiretas, o que não tinham feito.

Não obstante, a *British Steel Corp* forneceu 136 (cento e trinta e seis) das 137 (cento e trinta e sete) estruturas de aço, retendo a entrega da última em razão do não pagamento do preço pela *Cleveland Bridge*, que contrapôs pedido de indenização fundado no atraso das entregas das estruturas de aço.

A decisão judicial entendeu que não existia ainda contrato, justamente por não haver proposta e aceitação diante da não pactuação do preço pelas partes, além da ausência de regras sobre a responsabilidade por perdas indiretas, como, por exemplo, por atraso na entrega.

Assim, restou decidido que as partes ainda se encontravam na fase pré-contratual das negociações, mas a *Cleveland Bridge* foi obrigada a pagar uma certa quantia pelo fornecimento com base no valor de mercado dos bens fornecidos, como forma de evitar enriquecimento injusto e diante de seu dever de restituir, mas, por outro lado, não foi concedida nenhuma proteção à pretensão da *Cleveland Bridge* de reclamar por perdas indiretas decorrentes do atraso nas entregas das estruturas de aço.

---

<sup>468</sup> “Aun en las jurisdicciones del *common law* se reconocen y sancionan ciertas conductas culpables durante la etapa pre-contractual, ellas no son punibles en virtud de haber infringido el principio de la buena fe (...) Por su parte, las cortes norteamericanas han sido igualmente reticentes a reconocer el imperio del principio de la buena fe en la etapa pre-contractual.”

Tradução livre: “Ainda que nas jurisdições do *common law* são reconhecidas e sancionadas certas condutas culpáveis durante a etapa pré-contratual, elas não são puníveis em virtude de ter infringido o princípio da boa fé (...) Por seu lado, as cortes norte-americanas têm sido igualmente reticentes em reconhecer o império do princípio da boa fé na fase pré-contratual.” (KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 345)

<sup>469</sup> INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen’s Bench Division)*. **British Steel Corp v. Cleveland Bridge** [1984] 1 All ER 504, [1984]. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018.

Por este julgado, percebe-se claramente que, havendo danos causados durante a fase pré-contratual das negociações, não há relação contratual e, por isso, inexistente responsabilidade civil contratual.

Entendimento similar foi exposto no caso *Whittle Movers Ltd. v. Hollywood Express Ltd.*<sup>470</sup>. Neste caso, a empresa Whittle Movers Ltd. participou de um levantamento feito pela Hollywood Express Ltd. para escolher um fornecedor de alimentos e bebidas para sua rede de lojas de locação de filmes, tendo sido a escolhida.

Contudo, durante a fase pré-contratual das negociações de um contrato formal e escrito de longa duração, em que as partes concordaram em se vincularem apenas mediante a celebração de um contrato formal e escrito, a empresa Whittle Movers Ltd. forneceu alimentos e bebidas, de acordo com o que as partes já haviam negociado, tendo sido pago o respectivo preço.

Mas, a empresa Hollywood Express Ltd. decidiu celebrar o contrato de fornecimento com outra empresa, o que levou a Whittle Movers Ltd. a ajuizar uma ação alegando que teriam celebrado o contrato por meio de comportamento concludente, enquanto que a empresa Hollywood Express Ltd. alegava que as partes teriam celebrado um contrato provisório que foi resilido por meio de aviso prévio de 6 (seis) meses.

A *High Court of Justice* entendeu que as partes não teriam celebrado o contrato de longo prazo, cujas negociações estavam em curso, tampouco que as partes teriam celebrado um contrato provisório, tal como havia sido decidido pelo magistrado de primeira instância, pois as partes haviam claramente estabelecido que somente estariam vinculadas por meio da celebração de um contrato formal e escrito.

Desse modo, segundo as razões da decisão, as partes encontravam-se desvinculadas, ou seja, não havia contrato celebrado por comportamento concludente, visto que as partes ainda se encontravam na fase pré-contratual das negociações e, principalmente, as partes concordaram em se vincularem somente por meio da celebração de um contrato formal e escrito.

Por outro lado, não se poderia deduzir que as partes teriam celebrado um contrato provisório, pois a intenção das partes constituírem uma relação contratual somente por meio

---

<sup>470</sup> INGLATERRA. *High Court of Justice (Civil Division)*. **Whittle Movers Ltd v. Hollywood Express Ltd.** [2009] EWCA Civ 1189, de 11.11.2009. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018.

do contrato formal e escrito também afastava esta possibilidade, o que levou a Corte a decidir que se tratava de caso de enriquecimento indevido, isto é, de responsabilidade civil extracontratual, conforme se extrai dos excertos da decisão abaixo transcritos:

“Assim, no meu ponto de vista, o juiz deveria ter concluído que não havia nenhum contrato. A questão que ele deveria ter perquirido sobre se a remuneração adicional era devida, dependia se era defensável que Hollywood teria enriquecido injustamente e se era possível fazer essa perquirição diante da maneira que as questões foram apresentadas a ele.

(...)

Ambas as partes estavam assumindo o risco de que um contrato de longa duração não seria assinado, mas Hollywood quis os serviços antes da celebração daquele contrato, aceitou aqueles serviços e estava obrigada a pagar um valor razoável por eles. Se o valor recebido era razoável, então Hollywood não teria enriquecido injustamente, mas se a Whittle recebeu menos que um preço razoável, então Hollywood teria enriquecido injustamente. Parece, pelos menos arguível, que a Whittle tenha recebido menos que um preço razoável.”<sup>471</sup> (Tradução livre)

Assim, também no Direito Inglês, embora pertença ao sistema da *common law*, não há uma terceira via de responsabilidade civil, que abrangeria a suposta relação contratual de fonte legal, que, por sua vez, existiria na fase pré-contratual das negociações, de modo que ou existe um contrato e, por isso, a responsabilidade civil pelos danos causados nesta fase pré-contratual será de natureza contratual, ou não existe contrato e, assim, estar-se-á diante de um caso de responsabilidade civil extracontratual.

---

<sup>471</sup> Tradução livre de: “Thus in my view the answer the judge should have reached was that there was no contract. The question whether he should have directed an inquiry as to whether further remuneration was due depended on whether it was arguable that Hollywood had been unjustly enriched and whether it was open to him to do so following the way in which the issues had been placed before him.

(...)

Both parties were in one sense taking the risk that a long term contract would not be signed but Hollywood wanted services before that contract had concluded, accepted those services and were bound to pay a reasonable sum for them. If the sum received was reasonable then Hollywood would not have been unjustly enriched but if Whittle received less than a reasonable price then Hollywood would have been unjustly enriched. It appears at least arguable that Whittle may have received less than a reasonable price.” (INGLATERRA. *High Court of Justice (Civil Division)*. **Whittle Movers Ltd v. Hollywood Express Ltd**. [2009] EWCA Civ 1189, de 11.11.2009. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018)



Este, inclusive, foi o entendimento da *Court of Appeal* no caso *Courtney & Fairburn Ltd v. Tolaini Bros (Hotels) Ltd*<sup>472</sup>, cuja decisão entendeu que, na fase pré-contratual das negociações e da formação do contrato, não existe uma relação contratual, ou seja, inexistente um *contract to negotiate, in verbis*:

“Se a lei não reconhece um contrato para celebrar um contrato (quando ainda há cláusulas fundamentais a serem acordadas), parece-me que não se pode reconhecer um contrato para negociar. A razão é por que ele é muito incerto para ter qualquer força vinculante. Nenhuma corte poderia estimar os danos, pois ninguém pode dizer se as negociações seriam exitosas ou se fracassariam; ou se exitosa, qualquer seria o resultado obtido. Parece-me que um contrato para negociar, como um contrato para celebrar um contrato não é um contrato conhecido pela lei.”<sup>473</sup> (Tradução livre)

Na Alemanha, o tratamento mais recente à fase das negociações contratuais não difere do tratamento já visto pelas cortes inglesas.

A Corte Federal de Justiça Alemã, em 07.12.2000, proferiu acórdão<sup>474</sup>, que julgou recurso interposto em que as partes discutiam pedido de indenização em razão da ruptura de negociações, que visavam à celebração de contrato de empreitada entre empresas.

No referido caso, as partes haviam entabulado negociações prévias, que duraram quase seis meses, com o intuito de celebrarem um contrato de empreitada para a construção de um prédio. As partes trocaram intensamente diversas mensagens visando à negociação das condições contratuais, sendo que as empresas rés, em determinado momento das negociações, chegaram a criar certa legítima confiança na empresa autora de que o contrato seria celebrado.

Contudo, passados quatro meses de negociações, as empresas rés declararam expressamente que não estavam mais vinculadas à proposta enviada à empresa autora, e,

---

<sup>472</sup> INGLATERRA. *Court of Appeal of England and Wales. Courtney & Fairburn Ltd. v. Tolaini Bros. (Hotels) Ltd. [1975] 1 All ER 453*, [1975]. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018.

<sup>473</sup> Tradução livre de: “If the law does not recognize a contract to enter into a contract (when there is a fundamental term yet to be agreed) it seems to me it cannot recognise a contract to negotiate. The reason is because it is too uncertain to have any binding force. No court could estimate the damages because no one can tell whether the negotiations would be successful or would fall through; or if successful, what the result would be. It seems to me that a contract to negotiate, like a contract to enter into a contract, is not a contract known to the law.” (INGLATERRA. *Court of Appeal of England and Wales. Courtney & Fairburn Ltd. v. Tolaini Bros. (Hotels) Ltd. [1975] 1 All ER 453*, [1975]. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018)

<sup>474</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **VII ZR 360/98**, de 07.12.2000. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

assim, propuseram a celebração de contrato de empreitada estabelecendo o preço que queriam cobrar pela obra. Todavia, a empresa autora não respondeu a esta nova correspondência das empresas réis.

Não obstante a ausência de resposta da empresa autora, esta ajuizou ação pedindo a condenação das empresas réis no pagamento de indenização, diante da ruptura das negociações sem qualquer motivo que justificasse a ruptura.

A Corte Federal de Justiça Alemã entendeu que as empresas réis retiraram-se das negociações sem que houvesse motivo justo, mas entendeu que não houve omissão das empresas réis na conclusão do contrato proposto, vez que, após a comunicação e proposição de celebrar contrato com o preço que as empresas réis queriam, estas não criaram na empresa autora legítima expectativa e confiança de que o contrato seria efetivamente celebrado, motivo pelo qual entendeu não haver dever de indenizar a empresa autora pela ruptura das negociações, conforme é possível extrair do excerto abaixo transcrito:

“a) Mesmo após negociações contínuas e longas para a celebração de um contrato de construção, o parceiro negociador pode retirar-se das negociações sem desvantagens jurídicas. Um pedido de indenização fundado na culpa pela não conclusão do contrato, devido à ruptura de negociações contratuais, deve ser considerado se um parceiro de negociação gerar à outra parte confiança legítima de que o contrato será concluído com certeza, mas depois, sem justa razão, rompe as negociações do contrato (...) Esses requisitos prévios não estão presentes.

b) Os réus não deram motivos para criar no requerente confiança de que o contrato de empreitada seria com certeza celebrado. Em nenhum, momento as partes chegaram à pactuação de acordo que o requerente poderia ter confiado na segura conclusão do contrato.

(...)

O curso das discussões mostra que o demandante dificilmente estava preparado para aceitar as condições dos réus. Ele limitou-se em grande parte a persuadir os réus a cederem. A confiança, para ter êxito desta maneira, não deve ser confundida com a confiança que os réus causaram. Por outro lado, os réus estavam, em princípio, preparados para aceitar as expectativas de preços da demandante, que diferiam significativamente da sua oferta. Assim, contrariamente à opinião do Tribunal de Recurso, nem

todos os elementos essenciais foram acordados; foi apenas estabelecido um quadro para futuras negociações. Em vez de discutir o preço total, os réus esforçaram-se para obter um equilíbrio no preço pelo preço mais baixo desejado pelo demandante e procuraram obter alterações para a realização das obras.”<sup>475</sup> (Tradução livre)

Desse modo, a Corte Federal de Justiça Alemã entendeu que não havia contrato celebrado entre as partes, pois não se constatou a existência de manifestações de vontade negociada das quais se pudesse inferir a celebração do contrato, vez que as circunstâncias e o comportamento das partes demonstraram a inexistência de contrato de empreitada, o que o levou a reformar a decisão do Tribunal *a quo*.

Em outro julgado de 09.11.2012<sup>476</sup>, a Corte Federal de Justiça Alemã estabeleceu que o dever de indenizar, quando inexistente o contrato, está sujeito à efetiva e grave violação de obrigações pré-contratuais.

Com efeito, o mencionado caso envolvia a relação estabelecida entre um investidor e uma empresa de projetos, para aquisição de um terreno e posterior construção de acantonamentos. As partes chegaram a elaborar uma minuta contratual, mas o investidor não aprovou o contrato de compra e venda do terreno, sem que o mesmo tivesse um motivo justificador dessa recusa. Assim, o objeto do recurso limitava-se a saber se o investidor tinha o dever, ou não, de arcar com os custos da celebração do contrato certificado.

---

<sup>475</sup> Tradução livre de: “a) Auch nach länger andauernden Verhandlungen zu einem umfangreicheren Bauvertrag kann ein Verhandlungspartner sich grundsätzlich ohne rechtliche Nachteile von den Verhandlungen zurückziehen. Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß, der wegen Abbruch von Vertragsverhandlungen geltend gemacht wird, kommt erst dann in Betracht, wenn ein Verhandlungspartner bei der Gegenseite zurechenbar das aus deren Sicht berechnete Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, dann aber die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht (st. Rspr., z.B. BGH, Urteil vom 22. Februar 1989 - VIII ZR 4/88, ZIP 1989, 514 = NJW-RR 1989, 627 m.w.N.; Urteil vom 10. Januar 1996 - VIII ZR 327/94, WM 1996, 738 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. b) Die Beklagten haben der Klägerin keinen Anlaß zu dem berechtigten Vertrauen gegeben, der Generalunternehmervertrag werde mit Sicherheit zustande kommen. Zu keinem Zeitpunkt ist zwischen den Parteien so weitgehende Einigkeit erzielt worden, daß die Klägerin auf den sicheren Vertragsschluß hätte vertrauen dürfen (...) Sie hat sich überwiegend darauf beschränkt, die Beklagten zum Nachgeben zu bewegen. Die Zuversicht, auf diesem Wege zum Erfolg zu gelangen, darf nicht verwechselt werden mit einem von den Beklagten etwa veranlaßten Vertrauen. Die Beklagten andererseits waren grundsätzlich bereit, die von ihrem Angebot deutlich abweichende Preisvorstellung der Klägerin zu übernehmen. Damit war im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts nicht alles Wesentliche bereits vereinbart; es war erst ein Rahmen für die weiteren Verhandlungen gesetzt. Anstatt den Gesamtpreis zu erörtern haben die Beklagten einen Ausgleich für den von der Klägerin gewünschten geringeren Preis angestrebt und versucht, Änderungen der Bauleistungen zu erreichen.” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. VII ZR 360/98, de 07.12.2000. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018)

<sup>476</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. V ZR 182/11, de 09.11.2012. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

A Corte Federal de Justiça Alemã entendeu que o Tribunal Regional de Karlsruhe deveria analisar a presença, ou não, dos requisitos necessários a ensejar a responsabilidade civil pré-contratual, o que não fez.

Assim, a Corte Federal de Justiça entendeu que, diversamente do entendimento do Tribunal Regional, “no âmbito da autonomia privada, cada parte tem, até a celebração do contrato, o direito de não celebrar o contrato almejado.”<sup>477</sup> (Tradução livre)

Dessa forma, as despesas incorridas na fase pré-contratual são feitas por conta e risco da própria parte, e o fato da parte recusar-se a celebrar o contrato sem justo motivo não enseja a responsabilidade civil pelos custos incorridos antes da celebração do contrato, pois é necessário haver a violação grave e intencional de algum dos deveres pré-contratuais, caso contrário ter-se-ia uma compulsão indireta para celebrar o contrato que se afigura contrária à liberdade contratual.

Portanto, após analisar as bases doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se concluir que a fase pré-contratual das negociações e da formação do contrato não constituem uma relação contratual fática, como defendido por Günter Haupt e por Karl Larenz, mas, sim, apenas constitui uma fase extracontratual típica da convivência social, na qual incide o princípio basilar da boa fé em alguns sistemas jurídicos, tal como ocorre no Brasil e na Alemanha, que servirá de critério para análise da conduta das partes em caso de causar danos à outra parte.

No sistema jurídico inglês, como visto anteriormente e como expresso no caso *Cramaso LLP v. Ogilvie- Grant, Earl of Seafield & Ors (Scotland)*<sup>478</sup>, a boa fé não é um

---

<sup>477</sup> Tradução livre de: “Im Rahmen der Privatautonomie hat jede Partei bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertrag Abstand zu nehmen. Aufwendungen, die in Erwartung des Vertragsabschlusses gemacht werden, erfolgen daher grundsätzlich auf eigene Gefahr.” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. V ZR 182/11, de 09.11.2012. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018)

<sup>478</sup> “The law does not impose a general duty of care in the conduct of contractual negotiations, reflecting the fact that each party is entitled, within the limits set by the law, to pursue its own interests. As the Supreme Court of Canada has observed, the prospect of causing deprivation by economic loss is implicit in the negotiating environment (*Martel Building Ltd v Canada* [2000] 2 SCR 860, para. 51). It is also possible that a contract entered into between the parties may limit or exclude the scope for finding a duty of care in respect of pre-contractual representations.”

Tradução livre: “A lei não impõe um dever geral de cuidado na conduta de negociações contratuais, refletindo o fato de que cada parte está autorizada, dentro dos limites estabelecidos pela lei, a perseguir seus próprios interesses. Como a Suprema Corte do Canadá observou, a probabilidade de causar privações por perda econômica está implícita no ambiente de negociação (*Martel Building Ltd. v. Canada* [2000] 2 SCR 860, par. 51). Também é possível que um contrato celebrado entre as partes possa limitar ou excluir o escopo de encontrar um dever de cuidado em relação a afirmações pré-contratuais.” (INGLATERRA. *Supreme Court. Cramaso LLP v. Ogilvie- Grant, Earl of Seafield & Ors (Scotland)* [2014] UKSC 9, de 12.02.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018)

princípio explícito do sistema jurídico inglês. Além disso, o mesmo não incide na fase pré-contratual das negociações, visto que possui institutos jurídicos plenamente desenvolvidos e aptos a amparar a responsabilidade civil nesta fase negocial, o mesmo não ocorrendo na fase de cumprimento do contrato, na qual incide a boa fé, mas sem, contudo, implicar em grandes alterações às previsões contratuais.

A propósito, esse é o ensinamento de Neil Andrews:

“No entanto, a boa-fé não é um princípio explicitamente reconhecido no direito contratual inglês.

(...)

(i) na Inglaterra, o princípio da boa-fé não é necessário no contexto das *negociações pré-contratuais*, uma vez que existe um conjunto de preceitos altamente desenvolvidos e fértil; porém, (ii) no que tange à boa-fé como um princípio geral que rege o *cumprimento de contratos*, a questão é mais equilibrada. No segundo caso, os benefícios da mudança seriam mínimos, e os juízos provavelmente não fariam uso dinâmico do conceito. A ansiedade e incerteza, inevitavelmente presentes na profissão do advogado ao aconselhar seus clientes, poderiam superar os benefícios possíveis e marginais de uma mudança nesse sentido.”<sup>479</sup> (Itálico do autor)

Independentemente da incidência do princípio da boa fé, da análise dos sistemas da *common law* e da *civil law*, resulta claro que a responsabilidade civil decorrente dos danos causados no âmbito da fase pré-contratual das negociações e da formação do contrato possui natureza extracontratual e, assim, não autoriza considerar existente uma relação contratual fática, mas apenas dever de agir dentro dos limites impostos pela lei, visando à satisfação dos interesses pessoais envolvidos nas negociações pré-contratuais e, ainda quando as partes celebram contratos, que regulam a fase pré-contratual das negociações, mesmo assim a natureza da responsabilidade não se transmuda de extracontratual para contratual.

---

<sup>479</sup> ANDREWS, Neil. **Direito Contratual na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 38.

#### 4. O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS FÁTICAS

Após o estudo da fase pré-contratual das negociações diante da teoria da relação contratual de fato criada por Günter Hapt e desenvolvida por Karl Larenz, passaremos à análise dos dois outros grupos de relações contratuais de fato, que foram criados por Günter Haupt, quais sejam *(i)* a relação contratual de fato decorrente da inserção em uma relação comunitária e *(ii)* a relação contratual de fato decorrente da obrigação social de prestar.

O segundo grupo é aquele que compreende as relações decorrentes da inserção dos sujeitos em uma relação comunitária, tal como, por exemplo, ocorreria nos casos de nulidade de um contrato de sociedade, caso em que, no plano dos fatos, a sociedade existe, embora formalmente não tenha cumprido os requisitos legais para ter validade e eficácia jurídicas.

Além da hipótese acima indicada, há que se considerar a hipótese de uma sociedade comercial existir no plano dos fatos, sem, todavia, que os sócios tenham celebrado contrato de sociedade por meio de instrumento contratual escrito, isto é, os casos em que há uma sociedade em comum entre os sócios, mas que simplesmente decidiram por não formalizar a existência da sociedade perante o Registro de Empresas.

Estas duas hipóteses mencionadas, que pertencem ao segundo grupo de relações contratuais de fato proposto por Günter Haupt, serão analisadas a seguir no item 4.1.

Por fim, o terceiro grupo de relações contratuais de fato refere-se à prestação de serviços públicos ou fornecimento de bens, diretamente pelo Poder Público ou por meio de empresa privada concessionária, ao administrado, que via de regra inicia a relação contratual diretamente com o uso do serviço pelo administrado e com a prestação do serviço público pela Administração Pública (diretamente ou mediante concessão), ou seja, a relação contratual tem seu início diretamente com a execução das obrigações contratuais de cada uma das partes, sem que haja as fases pré-contratuais de negociações e de formação do contrato, tampouco a celebração de contrato por instrumento escrito. Este terceiro grupo será analisado no item 4.2 abaixo.

## 4.1. A SOCIEDADE EM COMUM E A RELAÇÃO CONTRATUAL DE FATO

Antes de adentrar no cerne desta questão envolvida no segundo grupo de relações contratuais de fato, há que se ressaltar que, embora doutrinariamente haja uma relevante discussão acerca da natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades comerciais<sup>480</sup>, de forma que há diversas teorias explicativas da natureza jurídica daquele ato constitutivo, tais como, exemplificativamente, as teorias anticontratalistas<sup>481</sup>, a teoria do ato corporativo (ou ato de fundação ou ato de união)<sup>482</sup>, a teoria institucionalista<sup>483</sup> e a teoria contratalista<sup>484</sup>, neste estudo será adota a concepção contratalista.

Esta opção, além de melhor explicar o instituto jurídico das sociedades, adequa-se à reiterada opção legislativa do legislador brasileiro<sup>485</sup>, que já nos art. 300 a 302 do Código

---

<sup>480</sup> “O debate sobre a natureza jurídica do ato que cria a sociedade é um dos mais fascinantes temas do direito comercial. A utilidade do estudo das várias teorias e a exata conceituação do ato que cria a entidade servem para elucidar muitos pontos obscuros no estudo das sociedades comerciais.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 272)

<sup>481</sup> “Os juristas alemães, como Oertmann, Kuntze e Lehmann, e os italianos, como Rocco e Messineo, sustentam que a sociedade não é formada por *contrato*. Mas, mesmo nesse grupo anticontratalista, os autores não se harmonizam. Uns acham que a sociedade se forma por *ato coletivo*, e, outros, que ela se origina de *ato complexo*.” (Itálico do autor) (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 272)

<sup>482</sup> “Para os autores que adotam essa teoria, sobretudo Von Gierke, as difentes declarações dos sócios não têm existência e valor jurídico autônomos, antes se unificam em uma única declaração de vontade – o ato corporativo – de que são elementos.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 274)

<sup>483</sup> “Deve-se a Hauriou a elaboração da *teoria institucionalista*, que teve como ponto de partida as instituições de direito público, projetando-se no direito comercial para explicar a constituição das sociedades anônimas, por excelência (...) Hauriou definiu a instituição como ‘uma organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes, e que constitui, por si mesma, um estado de direito’.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 275)

<sup>484</sup> “O Prof. Tullio Scarelli, na Itália, foi o principal divulgador da teoria moderna do contrato plurilateral (...) Quando se fala em plurilateralidade, em relação aos que participam do contrato, é bom explicar, não se tem em consideração o número de partes, mas a indeterminação do número, ou melhor, a possibilidade de participação de um número variável de partes. É ele *aberto* à adesão de novas partes. A circunstância de ser reduzido a dois o número de membros não tira ao contrato de sociedade o traço típico de plurilateralidade (...) Na sociedade é possível a participação de mais de *duas partes*, uma verdadeira plurilateralidade, não sendo viável agrupá-las em apenas duas posições. Todas as partes são titulares de direitos e obrigações, não para com a *outra*, mas para com todas, e da mesma forma são titulares dos direitos.” (Itálico do autor) (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 277)

<sup>485</sup> “Os textos citados remetem o instituto da *sociedade* indubitavelmente para o campo do contrato, do qual representaria uma modalidade.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol. 2 – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39)

Comercial Brasileiro de 1850<sup>486</sup> havia estruturado as sociedades comerciais com base no instituto do contrato.

O mesmo ocorreu no Código Civil de 1916, que disciplinou, nos arts.1.363 a 1.374, o contrato de sociedade como taxativamente previsto, em especial, no art. 1.363<sup>487</sup>, não sendo diferente o tratamento dispensado às sociedades pelo Código Civil Brasileiro de 2002, cujo art. 981<sup>488</sup> também previu que a sociedade é constituída por meio de um contrato.

Todavia, como o estudo da natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades não é objeto do presente trabalho, adotar-se-á a teoria contratualista acerca do ato constitutivo das sociedades comerciais.

Partindo do pressuposto de que as sociedades comerciais são constituídas por meio da celebração de um contrato, é preciso fazer um estudo breve e prévio acerca das sociedades em comum.

---

<sup>486</sup> “**Art. 300** - O contrato de qualquer sociedade comercial só pode provar-se por escritura pública ou particular; salvo nos casos dos artigos nºs 304 e 325.

Nenhuma prova testemunhal será admitida contra e além do conteúdo no instrumento do contrato social.

**Art. 301** - O teor do contrato deve ser lançado no Registro do Comércio do Tribunal do distrito em que se houver de estabelecer a casa comercial da sociedade (artigo nº. 10, nº 2), e se esta tiver outras casas de comércio em diversos distritos, em todos eles terá lugar o registro.

As sociedades estipuladas em países estrangeiros com estabelecimento no Brasil são obrigadas a fazer igual registro nos Tribunais do Comércio competentes do Império antes de começarem as suas operações.

Enquanto o instrumento do contrato não for registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação a estes contra todos os sócios solidariamente (artigo nº. 304).

**Art. 302** - A escritura, ou seja pública ou particular, deve conter:

- 1 - Os nomes, naturalidade e domicílios dos sócios.
- 2 - Sendo sociedade com firma, a firma por que a sociedade há de ser conhecida.
- 3 - Os nomes dos sócios que podem usar da firma social ou gerir em nome da sociedade; na falta desta declaração, entende-se que todos os sócios podem usar da firma social e gerir em nome da sociedade.
- 4 - Designação específica do objeto da sociedade, da quota com que cada um dos sócios entra para o capital (artigo nº. 287), e da parte que há de ter nos lucros e nas perdas.
- 5 - A forma da nomeação dos árbitros para juizes das dúvidas sociais.
- 6 - Não sendo a sociedade por tempo indeterminado, as épocas em que há de começar e acabar, e a forma da sua liquidação e partilha (artigo nº. 344).
- 7 - Todas as mais cláusulas e condições necessárias para se determinarem com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si, e para com terceiro.

Toda a cláusula ou condição oculta, contrária às cláusulas ou condições contidas no instrumento ostensivo do contrato, é nula.” (BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>487</sup> “**Art. 1.363**. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01.01.1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

<sup>488</sup> “**Art. 981**. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)



Ainda quando vigia o Código Comercial Brasileiro de 1850, a doutrina fazia uma distinção entre as sociedades de fato e as sociedades irregulares<sup>489</sup>. Enquanto as sociedades de fato existiam apenas no plano dos fatos, vez que não constituída expressamente por meio do respectivo instrumento contratual, as sociedades irregulares haviam sido formalizadas por meio da celebração de um contrato, mas ainda havia a falta de algum requisito que não lhe conferia validade e/ou eficácia jurídicas à sociedade, como, por exemplo, a falta de registro na Junta Comercial<sup>490</sup>.

Por outro lado, havia doutrinadores que sequer faziam distinção entre as sociedades de fato e as sociedades irregulares. Como ensinava Waldemar Martins Ferreira, “mal se distingue a sociedade de fato da irregular. Confundem-se elas na sinonímia das duas expressões. De uma ou de outra se diz sociedade de fato ou irregular.”<sup>491</sup>

Segundo Waldemar Martins Ferreira, a sociedade é considerada de fato quando “ajustando-se para o exercício em comum da atividade mercantil, sob firma ou razão social, deixam os sócios, muitas vezes, de reduzir a escrito seu ajuste.”<sup>492</sup> Já ter-se-á sociedade irregular quando “ela se organiza por escrito. Articulam-se os dispositivos da lei social. O contrato, porém, não se arquivava no registro público do comércio.”<sup>493</sup>

Nesse sentido, é a síntese feita por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa acerca da distinção feita entre sociedade de fato e sociedade irregular, durante a vigência do Código Comercial Brasileiro de 1850, *in verbis*:

“Observe-se, a propósito, que ‘de fato’ seria a sociedade constituída mediante simples acordo verbal entre os participantes, ou, ainda, por exemplo, pelo simples exercício de uma atividade lucrativa em comum por duas ou mais pessoas. Enquanto isso, ‘sociedade irregular’ seria aquela regida internamente por um contrato escrito mas não levado a registro na

<sup>489</sup> Acerca das diversas posições da doutrina, ora não fazendo qualquer distinção entre as sociedades de fato e as sociedades irregulares, ora apartando-as, vide a percuciente síntese histórica *in* FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 15-31.

<sup>490</sup> “Como já foi dito, autores procuram fazer a distinção entre as sociedades de fato e as sociedades irregulares: as primeiras seriam as que funcionam sem quaisquer documentos em que baseiem a sua atuação, e as segundas as que, tendo um contrato escrito, deixam de arquivá-lo no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins.” (MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 175)

<sup>491</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial. 1º Volume, Tomo II – O Estatuto da Sociedade Mercantil**. 5ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 419.

<sup>492</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial. 1º Volume, Tomo II – O Estatuto da Sociedade Mercantil**. 5ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 419.

<sup>493</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial. 1º Volume, Tomo II – O Estatuto da Sociedade Mercantil**. 5ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 419.

Junta Comercial. A diferença entre uma e outra se dava tão-somente no campo da prova da aludida atividade em comum, mais facilmente demonstrada quando se tratava do segundo caso. Contudo, conforme visto acima, havia limitações bastante significativas ao uso do ‘contrato social’ pelos participantes.”<sup>494</sup>

Segundo Fran Martins, embora já tenha comungado da opinião de que há distinção entre sociedade de fato e sociedade irregular, o mesmo passou a defender que a sociedade de fato seria aquela que resultava do mero exercício da atividade comercial, sem que as partes tivessem celebrado um instrumento contratual escrito, bem como aquela que, embora tivesse ato constitutivo escrito, o mesmo não estaria registrado na Junta Comercial, reservando o termo sociedade irregular àquela sociedade que, possuindo contrato celebrado por escrito e registrado na Junta Comercial, passou a praticar atos que desnaturaria o tipo societário ou, ainda, não cumpriria exigências legais.

A propósito, veja a posição de Fran Martins:

“Para nós, quer a sociedade tenha os atos constitutivos escritos e não arquivados, quer resulte apenas de atividade comercial em comum, com ânimo societário, teremos uma *sociedade de fato* e não uma *sociedade irregular*. Esta será a sociedade que se organiza legalmente, arquivando os seus atos constitutivos no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins, mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social (...); ou que funciona sem cumprir as obrigações impostas por lei (...). Já a sociedade *de fato* não chegou a possuir personalidade jurídica, por não ter arquivado os seus documentos constitutivos no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins. A circunstância de terem algumas sociedades chegado a lavrar um contrato especificando objeto, capital, atribuições e responsabilidade entre os sócios etc., serve apenas de elemento de prova *entre os sócios*, nenhum reflexo tendo em relação aos terceiros que são aqueles que contratam com a sociedade.”<sup>495</sup>

Não obstante a divergência doutrinária sob a vigência do Código Comercial Brasileiro de 1850 e a distinção que era feita entre as sociedades de fato e as sociedades irregulares, o Código Civil Brasileiro de 2002, nos arts. 986 a 990, cuidou das sociedades em comum.

---

<sup>494</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol. 2 – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 316.

<sup>495</sup> MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial.** 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 175.

Segundo Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, de acordo com o regime jurídico do Código Civil Brasileiro de 2002, não há distinção entre a sociedade em comum e a denominada sociedade irregular, pois a sociedade em comum seria:

“(...) aquela resultante da ausência do registro obrigatório, mesmo quando se trate de contrato social por prazo determinado vencido sem prorrogação tempestiva. A única diferença entre o regime do NCC e o do CCoB está na configuração de um patrimônio especial na sociedade em comum, formado pelos bens e dívidas sociais.”<sup>496</sup>

Ainda, segundo Gustavo Tepedino *et alli*, as denominadas sociedades em comum abrangeriam diversas situações, inclusive as situações que, sob a vigência do Código Comercial Brasileiro de 1850, eram denominadas de sociedades de fato e aquelas tipificadas como sociedades irregulares, conforme é possível extrair da transcrição abaixo:

“À luz do artigo em análise e do art. 985 verifica-se a sociedade em comum, originariamente, em quatro situações fáticas: (i) a sociedade não tem contrato escrito; (ii) há contrato escrito mas não arquivado; (iii) há contrato arquivado no registro impróprio (v. comentários ao art. 1.150); e (iv) há contrato arquivado no registro competente, porém em desacordo com as prescrições legais.

As disposições deste Capítulo também são aplicáveis quando se verificar a perda da personalidade jurídica supeveniente à constituição, como no caso de cancelamento do registro pela Junta Comercial por inatividade da empresa, nos termos do art. 60 da L. 8.934/1994, mas com continuidade fática da atividade pelos sócios.”<sup>497</sup>

Diante das definições transcritas acima, para alguns doutrinadores<sup>498</sup>, a sociedade em comum prevista no Código Civil Brasileiro de 2002 passou a abranger as antigas sociedades de fato e irregular.

---

<sup>496</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol. 2 – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 319-320.

<sup>497</sup> TEPEDINO, Gustavo *et al.*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. III.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 50.

<sup>498</sup> “Ora, a sociedade irregular ou de fato, do CCoB, que não preenchia os requisitos do registro obrigatório, passou a revestir-se no NCC da condição de *sociedade em comum*, tutelada pelos arts. 986 a 990, a ser examinada de forma mais completa no Capítulo 2, abaixo.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol. 2 – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 85-86)

Há doutrinadores, ainda, como, por exemplo, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, que entendem que a qualificação “de fato” refere-se à sociedade que é um contrato plurilateral, o qual deve ser enquadrado “nas categorias da existência (ou inexistência), da validade (ou da invalidade) ou da eficácia (ou da ineficácia)”<sup>499</sup>, enquanto que a qualificação “irregular” estaria ligada à “*atividade* exercida pela sociedade sem o registro.”<sup>500</sup> (Itálico do autor)

Para tanto, o mencionado autor recorre à distinção feita por Tullio Ascarelli entre ato e atividade, segundo o qual:

“A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. O termo ‘ato’, ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a ‘negócio’ (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de ‘negócios’, e não puramente de ‘atos’, que pode se apresentar como coordenada a uma ‘atividade’ e, por isso, elemento integrante desta.”<sup>501</sup>

Desse modo, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França conclui que “a falta de registro (ou o seu cancelamento superveniente), não torna *o contrato de sociedade irregular* (a não ser por metonímia); poderá, sim, qualificar a *atividade* da sociedade de irregular, se esta ocorrer antes do registro ou persistir após o seu cancelamento.”<sup>502</sup> (Itálico do autor)

Com o devido respeito às opiniões doutrinárias acima indicadas, percebe-se que inexistente a análise da sociedade de fato e da sociedade irregular sob a ótica do conceito estrutural de contrato, o que possibilitará verificar a existência jurídica, ou não, de uma relação contratual societária e, portanto, afirmar se em dada hipótese a sociedade existe, ou não, juridicamente, além de verificar a validade (ou invalidade) e a eficácia (ou ineficácia) de contrato de sociedade existente.

---

<sup>499</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 115.

<sup>500</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 115.

<sup>501</sup> ASCARELLI, Tullio. O Empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXVI, nº 109, Jan.-Mar. 1998, p. 183.

<sup>502</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 116-117.

Como já visto anteriormente, decorre do conceito estrutural de contrato que a existência jurídica requer a presença de determinados elementos estruturais, sem os quais o contrato sequer existirá no âmbito jurídico.

Apenas para relembrar, o contrato terá existência jurídica se reunir os seguintes elementos estruturais: **(i)** o acordo das partes, que exterioriza o negócio, **(ii)** a forma do contrato, isto é, tal como no negócio jurídico, o *corpus*, o suporte que veicula o acordo, **(iii)** as circunstâncias negociais que envolvem a exteriorização do acordo e, ainda, **(iv)** o objeto de caráter patrimonial.

Portanto, uma vez reunidos todos os elementos estruturais, o contrato existirá juridicamente. Observe-se que, em relação à forma e como já visto, a regra geral é a da liberdade de forma, como decorre da expressa previsão do art. 104, inciso III, do Código Civil<sup>503</sup>.

Nos contratos, em relação aos quais não se exige uma forma prescrita em lei, adota-se a liberdade de forma, de maneira que o acordo pode ser formado por qualquer espécie de *corpus* veiculador do acordo entre as partes, inclusive por comportamentos concludentes.

No caso dos contratos de sociedade, há uma exigência legal que implica na obrigatoriedade da adoção da forma escrita, para que a sociedade, já existente juridicamente, possa adquirir a personalidade jurídica, tornando-se pessoa jurídica.

Para que as sociedades comerciais adquiram personalidade jurídica e tenham existência jurídica como pessoa jurídica (pois as sociedades comerciais já existem no plano dos fatos e como tal, mesmo não dotadas de personalidade jurídica, recebem tratamento jurídico), há a necessidade de proceder ao registro do ato constitutivo no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins instituído pela Lei nº 8.934, de 18.11.1994<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> “**Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:

(...)

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>504</sup> BRASIL. **Lei nº 8.934, de 18.11.1994.** Dispõe sobre o Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10.06.2018.

Com efeito, como decorre dos arts. 45 e 985 do Código Civil<sup>505</sup>, as sociedades somente adquirem personalidade jurídica, isto é, existência jurídica, com o registro do contrato de sociedade no registro específico, o que, necessariamente, exigirá a apresentação de um instrumento contratual escrito para tanto.

Desse modo, ter-se-á uma relação contratual societária de fato quando não houver instrumento contratual escrito, ou seja, quando os sócios de fato celebram um contrato de sociedade por meio de um *corpus* veiculador distinto do instrumento contratual escrito, tal como previa o Código Comercial Brasileiro de 1850, que, no art. 305, elencava situações fáticas que permitiam a presunção fática existência fática de uma relação contratual societária.

Com efeito, o art. 305 do Código Comercial assim dispunha:

“**Art. 305** - Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social.

Desta natureza são especialmente:

- 1 - Negociação promíscua e comum.
- 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum.
- 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública.
- 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum.
- 5 - A dissolução da associação como sociedade.
- 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais.

---

<sup>505</sup> “**Art. 45.** Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

**Parágrafo único.** Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

“**Art. 985.** A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social.

8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes.

9 - O uso de nome com a adição - e companhia.

A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (artigo nº. 316).<sup>506</sup>

Como é possível observar do rol de atos indicados no art. 305 do Código Comercial Brasileiro de 1850, a prática reiterada de determinados atos, cuja execução não se habituava praticar fora do âmbito de uma sociedade, permitia a presunção da existência de uma sociedade, que podia ser provada, além da referida presunção, por qualquer espécie de prova que era admitida no comércio.

Não é sem motivo que o art. 304 do Código Comercial Brasileiro de 1850<sup>507</sup> permitia a prova da existência da sociedade por presunção de fatos e por qualquer espécie de prova admitida no comércio, remetendo ao teor do art. 122 do Código Comercial, que previa:

“**Art. 122** - Os contratos comerciais podem provar-se:

1 - por escrituras públicas;

2 - por escritos particulares;

3 - pelas notas dos corretores, e por certidões extraídas dos seus protocolos;

4 - por correspondência epistolar;

5 - pelos livros dos comerciantes;

6 - por testemunhas.”<sup>508</sup>

---

<sup>506</sup> BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017.

<sup>507</sup> “**Art. 304** - São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (artigo nº. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade.” (BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>508</sup> BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017.

Todavia, a não observância da forma escrita implicará na inexistência da pessoa jurídica diante da impossibilidade da sociedade existente adquirir personalidade jurídica com o registro de seu ato constitutivo, o que não quer significar que a sociedade não exista, tampouco que o contrato de sociedade inexistia.

Neste momento, torna-se imperiosa a distinção entre pessoa jurídica e sociedade, que não é recorrente na doutrina, mas que será importante neste momento de estudo das relações contratuais societárias de fato.

Segundo De Plácido e Silva, a sociedade nada mais é que o agrupamento organizado de pessoas, cuja finalidade é a execução de um objetivo de interesse comum, *in verbis*:

“Do latim *societas* (associação, reunião, comunidade de interesses), gramaticalmente e em sentido amplo, sociedade significa *reunião, agrupamento, ou agremiação de pessoas*, na intenção de realizar um fim, ou de cumprir um objetivo de interesse comum, para o qual todos devem cooperar, ou trabalhar.

(...)

Em regra, a sociedade traz fins de ordem econômica, visando particularmente aos interesses dos sócios.

(...)

Assim, como expressão jurídica, sociedade tem um conceito próprio: revela-se na organização constituída por duas ou mais pessoas, por meio de um contrato, ou convenção, tendo o objetivo de realizar certas e determinadas atividades, conduzidas ou empreendidas em benefício e em interesse comum.<sup>509</sup> (Itálico do autor)

Assim, basta a celebração de um contrato de sociedade, não importando a forma que os sócios utilizam para veicular o acordo, para que a sociedade tenha existência, o que não é suficiente para lhe atribuir personalidade jurídica, como bem explicitou Waldemar Martins Ferreira em sua monografia sobre as sociedades comerciais irregulares:

---

<sup>509</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes III e IV**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 248.



“Da só existencia, de facto, das sociedades de commercio não lhes advem a personalidade jurídica. Necessario é que ellas se tenham constituido por escripto, e que esse escripto, publico ou particular, contracto, acto constitutivo, estatutos, compromisso, seja inscripto no seu registro peculiar, regulado por lei especial.”<sup>510</sup>

Mas, o fato da sociedade não adquirir personalidade jurídica não implica na falta de reconhecimento jurídico de sua existência, tanto que o próprio Código Civil Brasileiro de 2002 prevê no Subtítulo I, do Título II, do Livro II – Do Direito de Empresa, as sociedades não personificadas<sup>511</sup> (arts. 986 a 996 do Código Civil Brasileiro de 2002) em contraposição às sociedades personificadas<sup>512</sup> (Subtítulo II, arts. 997 a art. 1.141 do Código Civil Brasileiro de 2002), conferindo um regime jurídico específico às sociedades, conforme tenham adquirido, ou não, a personalidade jurídica.

Portanto, ressalte-se que a relação contratual societária de fato não tem o condão de constituir uma sociedade comercial dotada de personalidade jurídica, sendo, por esta razão, exigido o registro do contrato de sociedade escrito devidamente obediente às determinações legais, ou seja, o contrato de sociedade deve ser regular, de acordo com as exigências legais para ser registrado no Registro de Empresas, momento em que se tem o surgimento da pessoa jurídica<sup>513</sup>.

---

<sup>510</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. **Sociedades Commerciaes Irregulares**. São Paulo: São Paulo, 1927, p. 37.

<sup>511</sup> “A sociedade não personificada é a que não possui personalidade jurídica, ante o fato de não ter providenciado o arquivamento de seu ato constitutivo no registro competente. Não tem, portanto, o caráter de pessoa jurídica de direito privado. Terá, contudo, capacidade processual, podendo mover ações, como autora, e responder por elas, como ré, embora não possa requerer a falência de seu credor.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 8 – Direito de Empresa**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 204)

<sup>512</sup> “Com tal inscrição, ter-se-á a *sociedade personificada*, ou seja: a) pessoa jurídica distinta da pessoa natural de seus sócios (CC, at. 45), pois passará, em seu nome, a contrair obrigações e a exercer direitos, tendo nacionalidade, capacidade e domicílio próprios; b) patrimônio social separado do dos sócios. Ter-se-á, portanto, ente individualizado, autônomo contratual e patrimonialmente e representado ativa e passivamente, em juízo, pelo seu administrador ou representante. Com a aquisição da personalidade jurídica, a sociedade passará a ter não só o poder de exercer direitos sobre o seu patrimônio, como também o de contrair obrigações necessárias ao seu desenvolvimento e ao exercício de suas atividades.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 8 – Direito de Empresa**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 231-233)

<sup>513</sup> “Se a existência da pessoa natural começa pelo acto do nascimento com vida (art. 4), a da pessoa legal, isto é, daquela que só existe pela determinação da lei, começa desde o acto sua inscrição no registro publico.

O artigo refere-se á *existencia legal*, presumindo uma outra existência que não a determinada por lei.

Distinguem-se, na verdade, estas duas phases dessa entidade social, como destacam-se para os fins de direito a gestação da pessoa natural e o seu nascimento (...) Da mesma forma, as pessoas legais, enquanto estão em formação, ou constituindo-se, pela discussão de seus contractos, estatutos ou compromissos, não exercem direito algum: esperam ser constituídas para, pela inscrição dos respectivos documentos, ser firmada sua personalidade ou função jurídica, começando desta epoca o exercicio de seus direitos.” (COELHO, A. Ferreira. **Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil Comparado, Commentado e Analysado. Vol. 5**. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1923, p. 182)

Nesse sentido, é a posição da Maria Helena Diniz:

“Com o registro do estatuto ou do contrato social (CC, art. 985) surge a personalidade jurídica e a sociedade passa ser pessoa jurídica, suscetível de direitos e obrigações, tendo capacidade, inclusive, contratual, legitimidade processual ativa e passiva e responsabilidade civil (contratual, extracontratual. Poderá ser ainda sujeito passivo de imputação penal, na hipótese de delito contra sua imagem-atributo, causando abalo creditório, atingindo sua boa fama, e sujeito ativo de crime ambiental (Lei n. 9.605/98, art. 3º). A sociedade, com o registro de seu contrato social, terá, portanto, individualidade diversa das pessoas que dela participam, patrimônio próprio, órgãos deliberativos e executivos. A sociedade, como sujeito de direito, terá não só titularidade jurídica, podendo contratar, fazer valer uma pretensão, mediante uma ação, por meio de administrador com poderes especiais, mas também será sujeito de um dever jurídico, assumindo obrigações.”<sup>514</sup>

Assim, feito o registro do ato constitutivo, surge a pessoa jurídica que, mais uma vez segundo De Plácido e Silva, é um termo utilizado para:

“(…) indicação da individualidade jurídica constituída pelo homem, é empregada para designar as (...) *sociedades*, que, por força ou determinação da lei, se *personalizam*, tomam *individualidade própria*, para constituir uma *entidade jurídica*, distinta das pessoas que a formam ou que a compõem.

Diz-se *jurídica* porque se mostra uma *encarnação da lei*. E, quando não seja inteiramente *criada* por ela, adquire *vida* ou *existência legal* somente quando cumpre as determinações fixadas por lei.”<sup>515</sup> (Itálico do autor)

Portanto, após o registro do ato constitutivo a sociedade, que foi constituída por um contrato de sociedade necessariamente escrito, torna-se pessoa jurídica e, assim, passa a ter individualidade formalmente reconhecida, com separação patrimonial, com capacidade jurídica de direitos e obrigações próprios, ao ser-lhe atribuída personalidade jurídica própria e distinta da de seus sócios.

---

<sup>514</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 8 – Direito de Empresa**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176.

<sup>515</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes III e IV**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 368.

Logo, voltando às terminologias sociedade de fato, sociedade irregular e sociedade em comum, entendemos que antes do registro do ato constitutivo, ter-se-á uma relação contratual societária, uma sociedade que existe juridicamente, mas não dotada de personalidade jurídica, sendo-lhe conferido um tratamento jurídico específico e diverso daquele atribuído às pessoas jurídicas.

Todavia, mesmo antes do registro do ato constitutivo, a sociedade pode ter sido constituída por um instrumento contratual escrito, mas que não foi levado a registro, ou pode ter sido constituída por meio de uma relação contratual fática, isto é, por meio de comportamentos concludentes. Em ambos os casos, o contrato de sociedade existe juridicamente, não importando o *corpus* utilizado pelos sócios para a constituição da sociedade, e a sociedade também, a qual apenas não possui personalidade jurídica.

Desse modo, nas situações acima apontadas, entendemos que há uma sociedade em comum não dotada de personalidade jurídica, que não preferimos denominar de sociedade de fato para fazer referência à sociedade existente, mas não dotada de personalidade jurídica, por remeter à ideia de que a mesma existe no plano dos fatos, mas não juridicamente, o que não condiz com a realidade, pois tanto a sociedade formada por instrumento contratual escrito, mas não registrado, bem como a sociedade formada por meio de comportamentos concludentes, não possuem personalidade jurídica, mas existem no plano dos fatos e, inclusive, sua existência é reconhecida juridicamente.

Nesta hipótese, entendemos que a melhor denominação para referir a ambas as situações fáticas seria a utilização do termo sociedade em comum<sup>516</sup>, que, aliás, já era utilizada pelo Código Comercial Brasileiro de 1850, em seu art. 304<sup>517</sup>.

---

<sup>516</sup> “Entende-se, agora, por sociedade comum tanto aquela na qual, em que pese a existência do contrato escrito, não foi cumprida alguma exigência estabelecida na lei, tal seja o arquivamento; tal a redução do número de sócios abaixo da previsão legal (em regra dois), como aquela na qual falta o instrumento escrito, e é esta a situação prevista na norma em questão.

No caso em tela a sociedade não necessita ter qualquer contrato a denunciar sua existência, revelando-se externamente pela prática de uma série de atos e comportamentos que indicam a presença de uma sociedade no plano de fato. Todavia, quer se cuide de sociedade cujo contrato não foi levado a registro ou que decaiu do número legal, quer aquela existente apenas de fato, a sanção é a mesma.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. **Direito Empresarial I: O Empresário e seus Auxiliares, O Estabelecimento Empresarial, As Sociedades**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 174)

<sup>517</sup> “**Art. 304** - São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (artigo nº. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade.” (BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

E a explicação para a adoção, neste trabalho, do termo sociedade em comum para referir-se à sociedade existente por meio de uma relação contratual de fato ou por meio de um instrumento contratual escrito não registrado, é bem retratada, mais uma vez, por Waldemar Martins Ferreira:

“Usa o texto, ademais a expressão ‘sociedade em comum’.

Porque?

Por querer conferir á sociedade de facto personalidade jurídica?

Não. Porque via, nella, em verdade, não a sua personalidade, mas dos sócios, em *commum*, ligados pelos mesmos interesses em torno de um mesmo patrimônio.”<sup>518</sup>

“Presumindo a existencia da sociedade, nem por isso lhe attribuiu personalidade juridica o codigo de commercio, reconhecendo-lhe um patrimonio distincto do de cada um ou de todos os seus socios. Viu, nesse ajuntamento, uma comunhão.”<sup>519</sup>

Por outro lado, após o registro do contrato de sociedade no registro competente, teremos uma pessoa jurídica. No curso de sua existência pode haver irregularidades, que podem ser sanadas e, assim, a sociedade manterá sua personalidade jurídica, tal como ocorre na pessoa jurídica que deixa de ter dois sócios e passa a ter um único sócio, mas que recompõe o quadro social dentro do prazo legal de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos do previsto no art. 1.033, inciso IV, do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>520</sup>.

Em outros casos, as irregularidades podem não ser sanadas, caso em que, a depender da situação, poderá implicar na extinção da pessoa jurídica, tal como ocorre quando não houver o restabelecimento da pluralidade de sócios no prazo legal.

Nestes casos em que a pessoa jurídica é acometida de alguma espécie de irregularidade, entendemos que não há sociedade em comum, mas sim uma pessoa jurídica

<sup>518</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. **Sociedades Comerciaes Irregulares**. São Paulo: São Paulo, 1927, pp. 52-53.

<sup>519</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. **Sociedades Comerciaes Irregulares**. São Paulo: São Paulo, 1927, p. 55.

<sup>520</sup> “**Art. 1.033**. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

(...)

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

irregular, o que não significa que a pessoa jurídica com alguma irregularidade não possa vir a se tornar sociedade em comum, caso a manutenção da irregularidade leve à extinção da personalidade jurídica. Para estes casos, preferimos utilizar o termo pessoa jurídica irregular em detrimento do termo sociedade irregular, pois não se pode olvidar que, nestes casos, a sociedade adquiriu personalidade jurídica e, portanto, tornou-se pessoa jurídica.

Considerando o objeto deste trabalho, interessa-nos apenas a sociedade que existe, sem ter sido dotada de personalidade jurídica, mas que tenha sido constituída por relação contratual de fato, a qual preferimos designar, tal como feito pelo Código Civil Brasileiro de 2002 e pelo Código Comercial Brasileiro de 1850, por sociedade em comum.

Após essa digressão necessária acerca da sociedade e da pessoa jurídica, retornaremos à teoria da relação contratual de fato, mais especificamente ao segundo grupo de relações contratuais de fato apontado por Günter Haupt, que consiste na inserção em uma relação comunitária, tal como ocorre, por exemplo, nos casos de nulidade do contrato social de uma sociedade<sup>521</sup>.

Como visto acima, a celebração do contrato de sociedade, seja por meio de comportamentos concludentes, seja por meio de instrumento contratual escrito não levado a registro, implicam na existência de uma sociedade, que preferimos denominar de sociedade em comum, embora não tenham o condão de atribuir-lhe personalidade jurídica.

No caso dos sócios de uma sociedade procederem à celebração de um instrumento contratual escrito, que seja nulo desde o princípio, obviamente que o mesmo não será aceito para registro e, portanto, não será atribuída personalidade jurídica à sociedade formada no âmbito fático, remetendo, portanto, ao mesmo tratamento dado à sociedade constituída por comportamento concludente, pois em ambas as situações estar-se-á diante de uma sociedade em comum, não dotada de personalidade jurídica, mas que possui existência jurídica, embora o contrato de sociedade não tenha validade jurídica.

Nesse momento, torna-se extremamente útil os planos utilizados por Antônio Junqueira de Azevedo para encaminhar o tratamento das relações contratuais de fato, que sejam decorrentes da relação societária existente em virtude da celebração de contrato social

---

<sup>521</sup> Embora Günter Haupt também inclua, neste segundo grupo, a relação entre a sociedade e os empregados da sociedade decorrente de um contrato social nulo ou de um contrato de trabalho nulo, não cuidaremos dessa hipótese, vez que, em nosso entendimento, ela é afeita ao Direito do Trabalho e, por isso, escapa da grande área à qual pertence esse trabalho, que é o Direito Comercial, merecendo, assim, um tratamento especial pelo Direito do Trabalho.

nulo, bem assim as decorrentes da relação societária constituída por comportamentos concludentes.

Com efeito, uma vez reunidos os elementos estruturais dos contratos já indicados anteriormente, a sociedade comercial existe no plano dos fatos e juridicamente, isto é, antes mesmo de ser-lhe atribuída personalidade jurídica. Neste momento, vale citar a opinião de Marcos Bernardes de Mello acerca do plano da existência:

“No plano da existência não se cogita da invalidade ou da eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.”<sup>522</sup>

Assim, existindo a sociedade comercial, para que seja juridicamente válida, contudo, há a necessidade de, além de reunir os elementos estruturais que lhe conferem existência jurídica, também apresentar os requisitos de validade, que, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, “são aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido”<sup>523</sup>, isto é, são as qualidades dos elementos estruturais, de forma que somente a sociedade existente pode ser qualificada como válida ou inválida.

Em relação aos elementos estruturais que conferem existência à sociedade comercial, os mesmos devem apresentar as seguintes qualidades<sup>524</sup> para conferir validade jurídica: **(i)** o negócio deve ser o resultado de um processo interno volitivo do agente, com consciência da realidade fática, cuja escolha deve ser feita dentro da esfera de liberdade do agente e sem má fé; **(ii)** a forma deve ser livre ou, ainda, obedecer à prescrição legal; **(iii)** o objeto do negócio deve ser lícito, juridicamente possível e determinado ou passível de ser determinado; e **(iv)** em relação às circunstâncias negociais não há, na lei, a imposição de qualquer requisito de validade.

---

<sup>522</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 20ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

<sup>523</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

<sup>524</sup> Observe-se que, neste trabalho, tal como fizemos quando da análise do conceito estrutural de negócio jurídico e de contrato, limitamo-nos à análise dos elementos estruturais constitutivos, que são os elementos gerais específicos ao negócio jurídico que lhe dão existência jurídica, mas não analisamos os elementos extrínsecos que são elementos comuns a todos as categorias superiores ao negócio jurídico (ato jurídico e fato jurídico) e, por isso, pressupostos de todos os fatos jurídicos, tampouco os elementos particulares que não são próprios de todos os negócios jurídicos, mas são apostos pelas partes em determinado negócio concreto.

Logo, percebe-se que a situação decorrente da nulidade de um contrato social remete ao mesmo tratamento conferido às sociedades existentes por meio de comportamentos concludentes, pois, em ambos os casos, a sociedade existe juridicamente e é tratada como sociedade não personificada ou, ainda, como sociedade em comum.

Portanto, embora Günter Haupt tenha pregado que, nos casos de nulidade do contrato de sociedade, a relação contratual de fato seria uma fonte de obrigações distinta da decorrente dos contratos, entendemos que bastaria a análise do contrato de sociedade nos planos propostos por Antônio Junqueira de Azevedo e segundo a técnica que denominou de eliminação progressiva, *in verbis*:

“O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de *técnica de eliminação progressiva*. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito “ato inexistente”) e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido estrito).”<sup>525</sup> (Itálico do autor)

Assim, o contrato de sociedade existiria de qualquer modo, independentemente de reunir os requisitos de validade necessários para conferir-lhe validade jurídica, isto é, embora a sociedade fosse existente, ela não seria apta a adquirir personalidade jurídica, a transformar-se em pessoa jurídica dotada de individualidade jurídica distinta da de seus sócios em razão da invalidade do contrato (bem como da falta de registro perante o Registro de Empresas).

Portanto, inexistiria a necessidade de recorrer-se à ampliação inadequada das fontes das obrigações com a desconsideração da existência do contrato de sociedade, mesmo que inválido, para tentar qualificar a relação jurídica contratual que existe juridicamente

---

<sup>525</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 63-64.

entre os sócios, como mera relação contratual de fato de natureza diversa da categoria jurídica dos contratos celebrados por meio de comportamentos concludentes ou por meio de contrato escrito, mas inválido.

Ademais, ao invés de tentar mudar a categoria jurídica do contrato de sociedade inválido, não se pode olvidar, ainda, que no âmbito dos negócios jurídicos, vige o princípio da conservação dos negócios jurídicos em qualquer um dos três planos (existência, validade e eficácia), segundo o qual se deve procurar conservar o negócio celebrado entre as partes o máximo possível no âmbito dos planos da existência, da validade e da eficácia.

Esta preservação ao máximo da atividade das partes no âmbito da autonomia privada, deve-se à utilidade que os negócios jurídicos proporcionam na sistemática de relações no âmbito da sociedade, utilidade esta que deve ser preservada como forma de tutela da autonomia privada, que, como já visto anteriormente, possui inclusive proteção constitucional.

Assim, embora determinado negócio jurídico possa não ter validade jurídica, diante da ausência de requisitos de validade, o mesmo conserva sua existência jurídica e, por isso, deve ser preservado ao máximo como forma também de proporcionar segurança jurídica.

Observe-se, ainda, que o princípio da conservação do negócio jurídico tem uma natureza de princípio geral do direito<sup>526</sup> e como tal possui diversas expressões no Código Civil Brasileiro de 2002.

Com efeito, o art. 170 do Código Civil Brasileiro<sup>527</sup> vigente prevê com algumas imperfeições a conversão do negócio jurídico nulo. Além disso, o art. 184 do mesmo Código

---

<sup>526</sup> “Como vimos, a conservação dos negócios jurídicos não reside no plano puramente das regras jurídicas. Cuida-se de um Princípio Geral de Direito, que deflui do Princípio da sanção dos atos jurídicos.

(...)

Pelo fato de ser um Princípio geral de direito (e como tal dotado de elevado conteúdo valorativo deontológico-axiológico), o Princípio da conservação dos negócios jurídicos distancia-se das regras e assume posição de primazia. Justifica a plêiade de possibilidades de aplicações concretas no processo de interpretação jurídica. Não se trata de um comando que visa precipuamente a reger uma situação jurídica específica.” (GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos: A Eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalididades Negociais**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 176)

<sup>527</sup> “**Art. 170.** Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)



Civil<sup>528</sup> prevê a preservação do negócio jurídico eivado de invalidade parcial, desde que não haja prejuízos à parte válida.

O mesmo pode-se dizer do contrato de sociedade nulo, cuja invalidade não prejudica sua existência e, assim, não impede a aplicação do regime jurídico da sociedade em comum que existe, embora não dotada de personalidade jurídica, tanto que o art. 183 do Código Civil Brasileiro de 2002 é taxativo ao determinar que “a invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.”<sup>529</sup>

Não obstante a literalidade da vedação dos meios de prova a serem utilizados pelos sócios para provar a existência da sociedade em comum (art. 987 do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>530</sup>), a doutrina moderna e a jurisprudência têm mitigado a vedação dos meios de prova, como decorrência direta das garantias constitucionais do direito de ação e de defesa, bem como do contraditório e do devido processo legal.

Nesse sentido foi a conclusão de Helena Najjar Abdo e Carlos Eduardo Jorge Bernardini:

“Em síntese, limitar os meios de prova à disposição das partes para a demonstração da existência de uma sociedade de fato<sup>531</sup> seria negar o direito à prova e, com isso, infringir os direitos de ação, defesa e as garantias do contraditório e do devido processo legal.”<sup>532</sup>

---

<sup>528</sup> “**Art. 184.** Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>529</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017.

<sup>530</sup> “**Art. 987.** Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>531</sup> Para efeitos do artigo, os autores adotaram o seguinte conceito de sociedade de fato: “O objeto do presente estudo volta-se àquelas sociedades que, embora entendidas pela legislação civil como sociedades não personificadas (CC, art. 986), existem no mundo dos fatos e, uma vez reconhecidas, projetam efeitos jurídicos na esfera dos ‘sócios’ (ou seja, das pessoas que a integram) e de terceiros.” “De todo modo, para os fins do presente estudo, entendeu-se por sociedade de fato aquela sociedade empresária que, a despeito de praticar todos os atos empresariais característicos, não tem seus atos constitutivos registrados perante o órgão público competente, o que, conseqüentemente, não lhe confere personalidade jurídica própria.” (ABDO, Helena Najjar; BERNARDINI, Carlos Eduardo Jorge. *Prova das Sociedades de Fato de Natureza Empresarial.* In: YARSEHLL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. **Processo Societário.** São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 299)

<sup>532</sup> ABDO, Helena Najjar; BERNARDINI, Carlos Eduardo Jorge. *Prova das Sociedades de Fato de Natureza Empresarial.* In: YARSEHLL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. **Processo Societário.** São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 312.

Portanto, constata-se que a sociedade em comum, que foi constituída por meio de comportamentos concludentes, aquela formada por instrumento contratual válido não registrado no Registro de Empresas, bem como a sociedade constituída por instrumento contratual inválido, sujeitam-se ao mesmo regime jurídico, qual seja o da sociedade em comum que pode ser provada por qualquer meio de prova e que constitui verdadeiro contrato, cujo negócio não resta prejudicado pela eventual invalidade do instrumento contratual, o que afasta a suposta necessidade de recorrer-se a uma alegada fonte de obrigações distinta do contrato, como pretendido por Günter Haupt.

## 4.2. A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E A RELAÇÃO CONTRATUAL DE FATO: OBRIGAÇÃO SOCIAL DE PRESTAR

Por fim, a terceira hipótese de relação contratual de fato aventada por Günter Haupt seria formada pelas relações contratuais de fato derivadas da denominada obrigação social de prestar, que é imposta à Administração Pública para assegurar o acesso a bens mais elementares da vida.

A obrigação social de prestar não decorreria da celebração de um acordo sobre o objeto do contrato, nem sobre o seu preço, tampouco da constituição de um negócio de fornecimento, pois inexistiria uma declaração que aperfeiçoaria o contrato.

Segundo a concepção de Günter Haupt, nesta terceira hipótese, a relação contratual de fato decorre diretamente da prestação, do fornecimento de um bem ou serviço e, por outro lado, pelo uso deste bem ou serviço, sem que tenha havido uma prévia negociação, um prévio acordo sobre o objeto e o preço do bem ou do serviço, o que demonstraria a inexistência da liberdade contratual nestas hipóteses.

Logo, o acordo não exerceria nenhum papel enquanto fato gerador da relação contratual, mas restaria apenas uma obrigação da Administração Pública de prestar (diretamente ou por meio de empresas privadas concessionárias), sendo o objeto pré-determinado, o que geraria a expectativa de pagamento do respectivo preço.

Dessa forma, para Günter Haupt<sup>533</sup>, haveria uma obrigação social de prestar da Administração Pública, que garantiria à pessoa interessada na prestação do serviço público o direito à prestação contratual, visto que a Administração Pública teria a obrigação legal de assegurar o acesso aos bens mais essenciais à vida.

---

<sup>533</sup> “Invece, nella prospettiva del rapporto contrattuale di fatto l’obbligo a contrarre appare come un obbligo sociale di prestazione, che garantisce all’avente diritto non solo la pretesa alla conclusione di un contratto, ma direttamente anche il diritto alla prestazione contrattuale.”

Tradução livre: “Ao invés, na perspectiva da relação contratual de fato, a obrigação de contratar aparece como uma obrigação social de prestação, que garante ao titular não só a pretensão de celebrar um contrato, mas diretamente também o direito à prestação contratual.” (HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012, p. 63)

Diante dessa situação, para Haupt não haveria um contrato celebrado entre as partes ante a ausência de acordo, pois não haveria declaração negocial emitida pelas partes, seja a título de proposta, seja a título de aceitação, mas apenas um direito à prestação, que decorreria da obrigação da Administração Pública satisfazer as necessidades existenciais da pessoa, obrigação de prestar esta que decorreria diretamente da lei, jamais de um contrato.

Estas hipóteses de relação contratual de fato, segundo o desenvolvimento de Karl Larenz<sup>534</sup>, seriam regidas pelo regime jurídico dos contratos de fornecimento, não obstante não tenha existido um contrato diante da suposta inexistência de declaração negocial, sequer de declaração negocial tácita<sup>535</sup>, mas a relação contratual de fato decorreria de conduta social típica.

Logo, na visão de Karl Larenz, ao contrário do pensamento de Günter Haupt, não haveria um “dever de conclusão” ou, nas palavras de Haupt, uma “obrigação de contrair”, pois na moderna circulação de bens e serviços em massa, há o oferecimento público de bens e serviços, cujo uso fático pode ser feito por qualquer pessoa, independentemente da celebração de um contrato, seja expressa, seja tacitamente.

O uso real, para Karl Larenz, enseja a criação da relação contratual de fato, uso este que, de acordo com os usos do tráfico comercial, leva à criação da expectativa de que com o uso é gerada a expectativa do pagamento do preço, o que, em tese, não exigiria a emissão de declaração negocial, como bem é possível extrair da transcrição abaixo:

---

<sup>534</sup> “Incluso, en el segundo caso nace una relación obligatoria, sobre cuya ejecución han de aplicarse las normas sobre obligaciones contractuales (contratos de suministros), mientras que por el contrario son inaplicables los preceptos sobre conclusión de negocios jurídicos y contratos. Trátase, por consiguiente, en estas ‘relaciones de obligación derivadas de conducta social típica’ de relaciones jurídicas que intrínsecamente han de considerarse según el Derecho de Obligaciones, a pesar de que su nacimiento no exige la existencia de un contrato.”

Tradução livre: “Inclusive, no segundo caso nasce uma relação obrigacional, sobre cuja execução devem ser aplicadas as normas sobre obrigações contratuais (contratos de fornecimento), enquanto que ao contrário são inaplicáveis os preceitos sobre conclusão de negócios jurídicos e contratos. Trata-se, por conseguinte, nestas ‘relações obrigacionais derivadas de conduta social típica’ de relações jurídicas que intrinsecamente devem ser consideradas segundo o Direito das Obrigações, apesar de que seu nascimento não exige a existência de um contrato.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 60)

<sup>535</sup> “En los casos concretos no puede, evidentemente, hablarse de ‘supuestos de declaración’, entendidos en su significado típico, sino únicamente de determinada conducta en el tráfico. Concretamente se trata de la aceptación de una prestación que está a disposición de todos en las condiciones de la tarifa.”

Tradução livre: “Nos casos concretos, não se pode, evidentemente, falar-se de ‘supostos de declaração’, entendidos em seu significado típico, senão unicamente de determinada conduta no tráfico. Concretamente, trata-se da aceitação de uma prestação que está à disposição de todos nas condições da tarifa.” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones. Tomo I.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 61)

“O chamado dever de conclusão (a ‘obrigação de contrair’) é, na verdade, nesses casos em que nada é ‘contraído’ realmente, um dever de aceitar; a empresa obrigada não deve recusar ninguém sem motivo real, caso a pessoa queira fazer uso da prestação oferecida. Assim, a empresa não pode privar ninguém ‘arbitrariamente’ da prestação. Havendo ou não um dever de conclusão desse tipo, um dever concreto de prestar perante um usuário determinado (...) ocorre apenas no momento em que tal usuário faz de fato uso dessa possibilidade (...) É apenas nesse momento que surge uma relação obrigacional, que funda a existência de deveres de prestação e de comportamento para ambas as partes”.<sup>536</sup>

Portanto, segundo Larenz, não haveria, nesta espécie de relação contratual de fato, qualquer espécie de declaração negocial, mas mero comportamento social típico que seria o fato gerador da relação contratual de fato, ensejando, assim, o dever de prestar e o dever de pagar o preço.

Ressalta-se que, na concepção de Karl Larenz, o comportamento social típico não expressaria a vontade negocial da parte, que usa de fato um bem ou serviço ofertado faticamente pela empresa prestadora de serviço ou fornecedora de um bem, vez que o comportamento social típico, independentemente da vontade negocial da parte, terá um significado social típico que não só o vinculará ao pagamento do preço, mas exigirá da empresa prestadora de serviço ou fornecedora de bem a efetiva prestação do serviço ou o efetivo fornecimento do bem<sup>537</sup>.

Não obstante os esforços de Günter Haupt e de Karl Larenz, entendemos que esta terceira hipótese da relação contratual de fato também configura efetivamente a hipótese

---

<sup>536</sup> LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**. São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, p. 59.

<sup>537</sup> “O efeito obrigatório do comportamento do usuário não se baseia, repetindo mais uma vez, no fato de ele ser imputado ao sujeito como expressão de vontade própria de obrigar-se, mas sim no fato de que, sem levar em conta a vontade do agente, o comportamento será entendido, de acordo com os usos do tráfego, como justificador de uma obrigação. É a “resposta” ou “reação” social típica à oferta e tem, por isso, o significado socialmente típico de uma fonte de obrigação. Ninguém pode afastar as conseqüências jurídicas de seu próprio ato. A conseqüência do comportamento social típico do agente, inafastável, independente da sua vontade e, por isso, impossível de ser eliminada por ele, é ser o agente obrigado, por meio do recebimento de fato da prestação, à contraprestação de costume ou conforme tarifas. Essa conseqüência provém da avaliação social do ato, que é a manifestação de uma convicção jurídica geral. Na fatispécie como um todo, na qual se baseia a relação jurídica “de tipo contratual” do usuário, a oferta de prestação conforme à tarifa publicada “corresponde” ao recebimento de fato da prestação oferecida. Apenas a publicação das tarifas tem um caráter “negocial”; a oferta pública da prestação e seu recebimento de fato por um usuário determinado são fáticos, mas atos sociais típicos e como tais juridicamente relevantes.” (LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**. São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, p. 60)

de celebração de um contrato entre a Administração Pública, ou a empresa privada concessionária, e a empresa que contrata a prestação de serviço público ou o fornecimento de bens. Senão, vejamos.

Primeiramente, as opiniões de Günter Haupt e de Karl Larenz estavam voltadas a considerar que um contrato somente poderia ser celebrado por meio de declarações negociais. Contudo, a declaração de vontade não é um único veículo apto a permitir a formação de um contrato entre as partes, pois há diversas espécies de *corpus* que podem veicular o acordo das partes e, assim, dar existência a um contrato, uma vez que são aptas a manifestar a vontade negocial consubstanciada seja em uma proposta, seja em uma oferta.

Isto ocorre, por exemplo, por meio dos comportamentos concludentes que podem consistir em atos de execução da prestação contratual, de uso de um bem ou serviço, os quais, por sua vez, não deixam de possuir a aptidão de manifestar a vontade negocial constante de uma proposta e de uma aceitação, mas apenas antecipam a formação do contrato.

Portanto, em uma contratação de um serviço público, por exemplo, entre uma empresa privada e o Poder Público diretamente ou outra empresa privada concessionária, a prática de atos de execução das respectivas obrigações não significa que inexistem juridicamente um contrato.

Ao contrário, os atos de execução das obrigações (fornecimento do bem ou prestação do serviço, por um lado, e pagamento do preço, de outro lado) são atos praticados pelas partes, que denotam a manifestação da vontade negocial e que, por isso, levam à conclusão de um contrato e, assim, dão ensejo à existência de uma relação jurídica contratual entre as partes não instrumentalizada necessariamente por meio de um instrumento contratual escrito.

O fato do objeto do contrato ter natureza de bem público não leva à conclusão de que o fato gerador da relação jurídica não seja um contrato, mas a lei diretamente como defendido por Günter Haupt e Karl Larenz, seja considerando a alegada obrigação social de prestar por parte do Poder Público, seja considerando o comportamento social típico cujo significado é atribuído pelo tráfego comercial.

A natureza jurídica do objeto do contrato apenas pode levar à definição da sua titularidade, tal como ocorre com os serviços públicos prestados diretamente pela

Administração Pública ou por meio de empresas concessionárias<sup>538</sup>, contudo, não elimina a celebração de um contrato específico, enquanto fonte das obrigações e da própria relação jurídica contratual de fato.

Ademais, a natureza de bem público e conseqüentemente sua titularidade podem impor outras formalidades na fase de formação contratual e de celebração do contrato, além de submeter o contrato a um regime jurídico próprio, o que não elimina a natureza jurídica contratual do instrumento utilizado pelas partes.

A propósito, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, na doutrina brasileira, ficou consolidada a posição de que os contratos administrativos formam uma espécie dos contratos bilaterais:

“A doutrina brasileira consolidou-se em torno da tese de que os contratos administrativos são espécies do gênero contrato bilateral, tendo por objeto o fornecimento de bens, a prestação de serviços, a execução de uma obra por um particular (pessoa física ou jurídica) ou, ainda, a alienação de bens públicos ou a delegação da prestação de um serviço ou a outorga de direito privativo de uso.”<sup>539</sup>

Apesar de alguns aspectos específicos do regime de Direito Público, é inquestionável que a base dos contratos celebrados pela Administração Pública está na Teoria Geral dos Contratos, que se aplica subsidiariamente ao regime jurídico próprio.

Nesse sentido, é a lição de Hely Lopes Meirelles:

“Embora típica do Direito Privado, a instituição do *contrato* é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados

---

<sup>538</sup> “Serviços públicos seriam as atividades de prestação de utilidade ou comodidade material, singularmente fruíveis pelos administrados e submetidas a um regime específico de direito público, desempenhadas, pois, pelo Estado ou sob sua égide, por considerá-las atinentes a interesses integrados em sua esfera de ação própria. Constituem-se, então, em bens, em *res, extra commercium (sic)*. Logo, pertence, por definição ao setor público e estão nele inamovivelmente sediados. Em última instância, concernem à coletividade. Por isto, não podem ser privatizados, no sentido de que não podem ser erradicados da esfera pública, já que pertencem ao todo social. *Isto não significa que não possam ser prestados por particulares*. Significa, entretanto, que o titular deles é o Estado; que a senhoria sobre eles fica permanentemente retida em mãos do Poder Público; que as condições em que serão efetuados são ditadas e unilateralmente modificáveis a qualquer tempo por aquele a quem pertencem e que por isto podem ser retomados sempre que as conveniências públicas o demandarem. O particular prestador deterá apenas a execução material dos serviços, a ser efetuada nos termos e condições impostos pela autoridade estatal concedente de seu desempenho.” (Itálico do autor) (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatização e Serviços Públicos. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, Vol. 15, nº 5, 1999, p. 296)

<sup>539</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano XXIX, nº 107, Dez. – 2009, p. 75.

realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que a *teoria geral do contrato* é a mesma tanto para os *contratos privados* (civis e comerciais) como para os *contratos públicos*, de que são espécies os *contratos administrativos* e os *acordos internacionais*. Todavia, os *contratos públicos* são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração.”<sup>540</sup> (Itálico do autor)

Aliás, há doutrinadores que sustentam que o regime jurídico dos contratos administrativos não seria um regime exorbitante do Direito Comum, mas apenas um instituto com traços específicos devidos à qualidade da Administração Pública, enquanto parte da relação jurídica contratual<sup>541</sup>, de modo que “a maior parte dos traços desse regime jurídico em nada difere do Direito Privado.”<sup>542</sup> Ademais, as normas do Direito Privado incidirão em maior ou menor intensidade, conforme a atuação do Poder Público seja mais ou menos intensa na relação jurídica<sup>543</sup>.

Consoante os ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida<sup>544</sup>, o que se busca fazer é explicar o instituto do contrato sob a ótica do objeto contratual, que é dotado de especialidades em seu regime jurídico, enquanto, na realidade, o contrato dito administrativo é estruturalmente o mesmo instituto tratado pela teoria geral dos contratos,

<sup>540</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 193.

<sup>541</sup> “Na minha opinião, é precisamente porque vai havendo a percepção de que, afinal, esse regime do contrato administrativo não é tão ‘exorbitante’ como isso, que a doutrina vai evoluindo para critérios nos quais cada vez é mais diluída a fronteira entre o contrato administrativo e os contratos privados. A doutrina começou por reconhecer a dificuldade – ou mesmo a impossibilidade – de identificar em concreto as ‘exorbitâncias’ do contrato administrativo, já não erigindo em elemento de qualificação do contrato um regime jurídico concreto, mas sim uma mera intuição acerca de um ‘clima’ ou ‘ambiente’ exorbitante. Contudo, na última fase da evolução, acaba-se mesmo por prescindir de qualquer ideia de ‘exorbitância’ e por reconhecer que o regime jurídico concreto de um contrato administrativo não difere, normalmente, pela sua natureza do de um qualquer contrato privado. Abandonada a ideia da submissão a um regime jurídico incompatível com o Direito Privado, houve que procurar outras justificações para a manutenção da autonomização dessa categoria de contratos administrativos. A justificação encontrada foi a de que se trataria de contratos sujeitos, não a um regime jurídico exorbitante, mas a um regime jurídico privativo, estatutário da Administração.” (ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 115-116)

<sup>542</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 116.

<sup>543</sup> A propósito, veja o seguinte estudo acerca deste tema: ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Públicos e Direito Privado: Interpretação, Princípios e Inadimplemento**. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 77-94.

<sup>544</sup> “Do ponto de vista estrutural, o problema intrínseco da teoria é pretender esclarecer características de uma relação contratual por meio de elementos próprios do regime legal (situação jurídica objetiva) relativo ao objeto do contrato.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 320)



isto é, o fundo obrigacional do contrato administrativo não advém do Direito Administrativo, mas da própria teoria geral do contrato, não obstante o regime jurídico de Direito Administrativo influenciará o tratamento de certos aspectos do contrato<sup>545</sup>.

Dessa maneira, Fernando Dias Menezes de Almeida conclui que, “pelo aspecto estrutural, não há distinção essencial entre contrato administrativo e contratos ditos privados.”<sup>546</sup>

Com exceção de formalidades impostas a determinados tipos contratuais celebrados pela Administração Pública, tais como as relativas à capacidade jurídica contratual, o processo de formação do contrato, a escolha do sujeito de direito privado, o processo de celebração do contrato, as regras de execução e os deveres especiais impostos ao sujeito de direito privado, as regras específicas quanto às dificuldades ou impossibilidades de execução das obrigações contratuais, as prerrogativas atribuídas à Administração Pública na execução ou na extinção do contrato, o regime dos contratos administrativos sofre incursões das regras do regime de direito privado dos contratos<sup>547</sup>.

Portanto, parece ser desnecessário o recurso à alegação de que o Poder Público teria uma obrigação social de prestar, a qual dispensaria a manifestação da vontade negocial,

---

<sup>545</sup> “Ou seja, no caso brasileiro, a teoria do contrato administrativo, em um primeiro momento, sequer pode-se dizer *teoria científica*, no sentido de se propor a conhecer e descrever a realidade do Direito positivo, mas sim uma teoria empregada como *ideologia*, visando a conformar a produção do Direito. Uma vez produzido o Direito nos moldes propugnados pela teoria é que esta, de fato, passou a decrevê-lo.” (Itálico do autor) (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 351)

<sup>546</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 322.

<sup>547</sup> “Portanto, o problema da teoria do contrato administrativo, pelo ângulo da análise estrutural, não está em descrever um fenômeno inexistente – pouco importando o nome que se lhe dê: ‘contrato administrativo’ ou outro – mas em pretender levar para dentro da essência contratual do fenômeno elementos que lhe são estranhos, especialmente não distinguindo o *contrato* de seu *objeto*, com os respectivos regimes jurídicos.” (Itálico do autor) (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 353-354)

“Portanto, não se nega que se possa teorizar sobre o *contrato administrativo*, isto é, não se nega que o *contrato administrativo* seja um fenômeno real, passível de ser compreendido e explicado teoricamente.

Mas, repita-se, *contrato administrativo* há de ser compreendido como elemento pertencente ao gênero próximo *contrato* porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; e como possuidor da diferença específica *administrativo* porque sofre potencialmente a incidência do regime de Direito público autoexecutório inerente à ação administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral.

E o critério de incidência desse regime há de ser o objeto contratual e não a simples presença da Administração na relação. Há que se buscar na *natureza* do objeto contratual a razão de ser do regime.” (Itálico do autor) (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 355)

tampouco que inexistiria um acordo entre as partes quando se refira aos denominados atos existenciais<sup>548</sup>.

Tal como ocorre nos contratos celebrados entre sujeitos de direito da esfera privada, no âmbito da prestação de serviços públicos ou de fornecimento de bens públicos, o contrato pode ser considerado existente assim que reunir seus elementos estruturais, o que não ocorre apenas com a celebração de um contrato por instrumento escrito, precedido de uma declaração negocial (proposta) à qual outra adere (aceitação), podendo ser concretizada sua celebração com a prática de comportamentos concludentes, tais como atos de execução, por exemplo.

Portanto, na hipótese de celebração de contrato de fornecimento de bens ou serviços pela Administração Pública, diretamente ou por meio de empresa privada concessionária, por meio de atos de execução sem a precedência clássica da celebração de contrato por instrumento escrito, há a efetiva celebração de contrato, cuja existência decorre de meios de exteriorização da vontade negocial, distintos da tradicional declaração de vontade.

Nesse momento é preciso fazer uma breve digressão acerca do comportamento concludente, que nada mais é que uma forma de exteriorização da vontade negocial.

---

<sup>548</sup> “Os atos de tipo existencial referem-se às necessidades básicas do indivíduo, tais como alimentação, vestuário, água etc.” (SILVA, Clóvis V. do Couto. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 78)

Para Judith Martins-Costa, os atos existenciais “são aquelas providências típicas da sociedade massificada em que vivemos, quotidianamente necessárias para que o cidadão subsista de forma digna, de acordo com os padrões sociais vigentes em cada época e em cada localidade particular, traduzindo-se, modo geral, em atos padronizados e reiterados por práticas sociais.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 247)

### 4.3. O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE COMO *CORPUS* EXTERIORIZADOR DA VONTADE NEGOCIAL

Como visto anteriormente, para a existência de um contrato, faz-se necessária a exteriorização da vontade negocial das partes, de modo que haja uma proposta e uma aceitação exteriorizadas, cuja aderência leva à existência de um acordo.

A maneira clássica de celebração de um contrato ocorre com a emissão de uma proposta e a aderência a esta proposta, ambas, oferta e aceitação, veiculadas por meio de declaração de vontade que acabam por constituir um acordo, que é um dos elementos estruturais do contrato, conforme já visto anteriormente.

Todavia, é preciso observar que aquela forma clássica de celebração do contrato não pode ser vista como a única forma existente, mormente porque desde o início do surgimento da teoria geral dos contratos no Século XVI<sup>549</sup>, as dinâmicas social, econômica e jurídica impuseram, por diversas vezes, a necessidade de evolução e adaptação às constantes modificações sociais, econômicas e jurídicas conforme a evolução das sociedades.

Apesar do uso recorrente da expressão declaração de vontade para se referir à proposta e à aceitação, é preciso ressaltar que o próprio Código Civil Brasileiro em vigor utiliza de maneira inapropriada o termo declaração de vontade, sem necessariamente exigir que haja uma declaração de vontade em sentido estrito para que se permita a celebração de um contrato com a aderência àquela declaração por outra declaração de vontade.

A propósito, o art. 110 do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>550</sup> menciona expressamente a manifestação de vontade, embora em outros dispositivos faça referência expressa ao termo declaração de vontade. Percebe-se, assim, que o Código Civil considera que a manifestação da vontade constitui um dos elementos estruturais do contrato, sendo a

---

<sup>549</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Prefácio à 1ª Edição. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. XXIII.

<sup>550</sup> “Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

declaração de vontade uma das formas de exteriorização da vontade negocial, mas não a única que possibilita a celebração de um contrato.

Tanto é possível afirmar que a exteriorização da vontade negocial não precisa ser formalizada por meio de declaração de vontade, que, no Direito Brasileiro, vige a liberdade de forma contratual, vez que não só o art. 104, inciso III, do Código Civil vigente<sup>551</sup>, ao tratar do negócio jurídico, permite a utilização de qualquer forma que não seja proibida por lei, naqueles casos em que não é exigida uma forma específica, mas também o art. 107 do Código Civil Brasileiro em vigor<sup>552</sup> expressamente permite a liberdade de forma para a exteriorização da vontade negocial.

Apenas corroborando os dispositivos legais supramencionados, de uma análise dos arts. 427 a 435, da Seção II – Da Formação dos Contratos, do Capítulo I – Disposições Gerais, do Título V – Dos Contratos em Geral, do Livro I – Do Direito das Obrigações, da Parte Especial do Código Civil, podemos perceber que não se exige uma forma específica de exteriorização da vontade negocial para que um contrato exista, bastando que as vontades negociais exteriorizadas sejam aptas a constituir um acordo.

Há, também, que se mencionar que o Código Civil de 1916 já fazia referência à manifestação da vontade como gênero da forma de veiculação da vontade negocial tendente à formação de um contrato, tanto que assim expressamente indicava, em seu art. 1.079<sup>553</sup>, a possibilidade da “manifestação da vontade, nos contratos” poder “ser tácita, quando a lei não exigir seja expressa.”

Portanto, a legislação brasileira, inclusive a legislação já revogada, possui artigos que indicam que o contrato necessita, para que se considere celebrado, da existência de um acordo que, por sua vez, é constituído por manifestações da vontade negocial das partes, que não precisam ser necessariamente veiculadas por meio de declarações de vontade, que são uma das espécies de veículos de exteriorização da vontade negocial.

---

<sup>551</sup> “**Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer:

(...)

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>552</sup> “**Art. 107.** A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>553</sup> “**Art. 1.079.** A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01.01.1916.** Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

Nesse sentido, Orlando Gomes expressamente reconhece, por exemplo, que “a *aceitação* de uma *proposta* de contrato não se realiza unicamente mediante *declaração de vontade*. Verifica-se ainda através de significativa *atuação* ou comportamento do oblato.”<sup>554</sup> (Itálico do autor)

Mesmo estas outras formas de veiculação da vontade negocial são plenamente aptas a formar um acordo e, assim, reunindo os demais elementos estruturais, dar ensejo à existência de um contrato, motivo pelo qual dissentimos da opinião de Orlando Gomes, segundo o qual os outros *corpus* não seriam uma declaração de vontade, porquanto não se destinariam “a manifestar a outrem a vontade de provocar efeitos jurídicos, tendo apenas uma finalidade diretamente prática.”<sup>555</sup>

Assiste razão a Orlando Gomes quando afirma que a aceitação de uma proposta pode ser veiculada não só por declaração de vontade, mas por outros meios, como, por exemplo, um ato de utilização de um bem, cuja venda teria sido objeto de uma proposta. Contudo, entendemos que não assiste razão a Orlando Gomes quando afirma que a aceitação, que não seja veiculada por meio de declaração de vontade, não teria o condão de manifestar a vontade negocial e, assim, produzir efeitos jurídicos, visto que a existência de um contrato não exige que o acordo seja constituído apenas por declarações de vontade das partes, mas, sim, que haja um acordo formado por exteriorizações da vontade negocial, não importando o *corpus* utilizado para veicular as vontades negociais.

Na realidade, seja por meio de declaração da vontade em sentido estrito, seja por qualquer outro *corpus* veiculador da aceitação, ter-se-á a exteriorização da vontade negocial destinada à celebração de um acordo. Obviamente que a parte que, ao invés de emitir uma declaração de vontade em sentido estrito, inicia a execução de suas obrigações contratuais, terá exteriorizado, por meio deste comportamento, a vontade negocial de aceitar a proposta formulada e, portanto, terá celebrado o contrato, ainda que não haja a instrumentalização por escrito ou, ainda, pelo menos verbal.

Observe-se que a consideração de fatos como concludentes de um acordo já era conhecido no Direito Romano, como bem narrou Paulo Mota Pinto:

“Seja como for quanto a estas últimas questões, podemos concluir, dizendo que se nota uma tendência da doutrina no sentido do reconhecimento, já

---

<sup>554</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição: Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76.

<sup>555</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição: Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 77.

para o direito clássico, da relevância de actos concludentes como declarações negociais, discutindo-se apenas se esses actos eram tomados em conta enquanto típicos ou na sua individual configuração. Os primórdios da declaração negocial por actos concludentes procederão, portanto, deste período. Por outro lado, como referimos, eram conhecidas, e utilizadas também com alguma frequência, ficções de vontade e de declarações ‘tácitas’. Aspecto, este último, que será particularmente acentuado na evolução posterior, a começar pelo direito pós-clássico.”<sup>556</sup>

Veja a propósito que o Digesto já indicava que as pessoas obrigavam-se não pela forma do documento, mas sim pelo significado expressado no documento, ou seja, pela manifestação de vontade que do documento exsurgia, *in verbis*:

“44.7.38

Paulus, no Édito, Livro III

Nós não estamos obrigados pela forma das cartas, mas pelo significado que elas expressam, pois como foi decidido que a escrita não tem menos validade do que o significado das palavras pronunciadas verbalmente.”<sup>557</sup>  
(Tradução livre)

Seguindo esta orientação já existente no Direito Romano, o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 112<sup>558</sup>, que, com pequenas alterações, basicamente reproduz o art. 85 do Código Civil Brasileiro de 1916<sup>559</sup>, indica de maneira clara que prevalece a vontade negocial externada e constante da declaração de vontade, denotando, em primeiro lugar, a opção legislativa pela objetivação da vontade negocial em detrimento da vontade negocial subjetiva das partes.

---

<sup>556</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 93.

<sup>557</sup> Tradução livre de: “44.7.38

Paulus libro tertio ad edictum

Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.” (LASSARD, Yves; KOPTEV; Alexandr. **The Roman Law Library**. Grenoble: Université Grenoble Alpes. Disponível em <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>>. Acesso em 15.10.2017)

<sup>558</sup> “**Art. 112.** Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>559</sup> “**Art. 85.** Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01.01.1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>>. Último acesso em 12.11.2017)

Além disso, a opção legislativa foi a de extrair a vontade negocial objetivamente do *corpus* exteriorizador da vontade negocial das partes, observando-se que o legislador utilizou o termo declaração de vontade em sentido amplo, de modo a abranger toda espécie de *corpus* exteriorizador da vontade negocial, o que é confirmado pelo teor do art. 110 do Código Civil Brasileiro de 2002, que expressamente utiliza a expressão manifestação da vontade, abandonando o uso reiterado da expressão declaração de vontade em sentido amplíssimo.

Desse modo, entendemos ser equivocada a concepção de negócio jurídico bilateral, de contrato que exige a utilização de declaração da vontade em sentido estrito para que se considere como celebrado, não admitindo a utilização de outras espécies de *corpus* igualmente dotadas de aptidão para veicular a vontade negocial.

Corroborando a posição adotada neste trabalho, o Código Comercial Brasileiro de 1850, em seu art. 126, dispunha que os contratos comerciais são obrigatórios tão logo as partes cheguem a um acordo sobre o objeto do contrato e, somente nos casos em que a prova escrita fosse exigida, exigia-se a instrumentalização escrita do contrato, *in verbis*:

“**Art. 126.** Os contractos mercantis são obrigatorios; tanto que as partes se accordão sobre o objecto da convenção, e os reduzem a escripto, nos casos em que esta prova he necessaria.”<sup>560</sup>

A propósito, o art. 122, inciso VI, do Código Comercial Brasileiro de 1850<sup>561</sup> também permitia que os contratos comerciais fossem provados por testemunhas, desde que não fosse exigida forma ou solenidade particular (art. 124 do Código Comercial Brasileiro de 1850<sup>562</sup>), de forma que se pode constatar a admissão, ainda que implícita, da possibilidade de celebrar contrato por qualquer meio distinto do instrumento escrito e, portanto, não exigindo a existência de declarações de vontade para se considerar existente um contrato.

---

<sup>560</sup> BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850.** Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017.

<sup>561</sup> “**Art. 122.** Os contractos commerciaes podem provar-se:

(...)

VI - Por testemunhas.” (BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850.** Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>562</sup> “**Art. 124.** Aquelles contractos para os quaes neste Codigo se estabelecem fórmãs e solemnidades particulares não produzirão acção em Juizo commercial, se as mesmas fórmãs e solemnidades não tiverem sido observadas.” (BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850.** Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

Nesse mesmo sentido é o teor do art. 11 da Convenção Internacional de Compra e Venda Internacional de Mercadorias<sup>563</sup>, que foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 8.372, de 16.10.2014, que “regula a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes.”<sup>564</sup>

Com efeito, o referido dispositivo é taxativo ao não exigir que o contrato seja celebrado necessariamente por instrumento escrito, além de dispensá-lo de qualquer espécie de requisito de forma, podendo ser provado por qualquer meio de prova, inclusive por testemunhas.

Além disso, o art. 18, item (1), da Convenção<sup>565</sup> mencionada, expressamente admite a exteriorização da vontade negocial não só por meio de declaração, mas também por qualquer conduta da parte, desde que seja apta a manifestar sua vontade negocial, incluindo atos de execução das obrigações contratuais, tal como previsto no item (2), do art. 18, da Convenção<sup>566</sup>.

Obviamente que, nesse contexto de celebração de contrato por meio de condutas, as circunstâncias negociais, que envolvem a exteriorização do acordo formado, assumem grande relevância na interpretação das condutas tendentes à formação do acordo, assim como os usos e costumes vigentes em determinado mercado, o que já era previsto no Código

---

<sup>563</sup> **Artigo 11**

O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.” (BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16.10.2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11.04.1980. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.08.2018)

<sup>564</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16.10.2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11.04.1980. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.08.2018.

<sup>565</sup> **Artigo 18**

(1) Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.” (BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16.10.2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11.04.1980. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.08.2018)

<sup>566</sup> **Artigo 18**

(...)

(2) Tornar-se-á eficaz a aceitação da proposta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da proposta verbal deve ser imediata, salvo se de outro modo as circunstâncias indicarem.” (BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16.10.2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11.04.1980. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.08.2018)



Comercial Brasileiro de 1850, em seus arts. 130<sup>567</sup> e 131, incisos III e IV<sup>568</sup>, e o que é previsto na Convenção Internacional de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, especialmente em seu art. 8, item (3)<sup>569</sup>.

Assim, parece-nos sem razão a opinião de Natalino Irti de que as trocas econômicas em massa estariam dissociadas de um contrato, visto que inexistira acordo, mas a mera prática de atos jurídicos unilaterais lícitos que não se fundamentariam em um acordo, *in verbis*:

“Esta não é a sede para propostas teóricas: limitar-me-ei a assinalar que a decadência do acordo – derivado da crise da palavra e do diálogo – dissolve o contrato na *combinação de dois atos unilaterais*: atos lícitos, de expor e de preferir, requerendo apenas a referência a um autor e à natural capacidade de entender e de querer. As partes do intercâmbio assumem decisões, que *nascem e permanecem separadas*: elas não se fundamentam nem se dispersam na síntese do acordo.

(...)

Pouco importa nesta sede de atribuir um nome ao fenômeno, e de discorrer sobre o *contrato sem acordo*, ou de semelhantes designações; já que o *problema está na separação do intercâmbio do acordo*, e em reduzi-lo a uma *dualidade de atos lícitos* (que poderemos definir como *atos binários*), dirigidos imediatamente à particularidade das coisas. No exercício da

<sup>567</sup> “**Art. 130.** As palavras dos contractos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no commercio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumão explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar cousa diversa.”(BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850.** Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>568</sup> “**Art. 131.** Sendo necessario interpretar as clausulas do contracto, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

(...)

III - O facto dos contrahentes posterior ao contracto, que tiver relação com o objecto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no acto da celebração do mesmo contracto;

IV - O uso e pratica geralmente observada no commercio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contracto deva ter execução, prevalecerá a qualquer intelligencia em contrario que se pretenda dar ás palavras;”(BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850.** Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017)

<sup>569</sup> “**Artigo 8**

(...)

(3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.” (BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16.10.2014.** Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11.04.1980. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.08.2018)

capacidade de entender e de querer, que sustenta os atos unilaterais particulares, há – e ninguém pensa em negá-lo – exercício da liberdade, mas, precisamente direcionada à coisa: um *propósito real*, propósito orientado e consumado através da *res* em seu ser físico ou em sua imagem.

A análise descritiva demonstrou que os intercâmbios de massa desenvolvem-se sem acordos (já que acordo, no desenho mesmo do legislador, é uma conformidade alcançada mediante a palavra e o diálogo), e que as partes dirigem suas decisões sobre a mercadoria, e na mercadoria encontram-se. A sobrevivência do termo ‘contrato’ descende do vínculo com o acordo e do unir-se ou desunir-se por ele: se o contrato também designa o ‘negócio’ do intercâmbio, e também o simples confluir de decisões unilaterais, agora nada proíbe ou obstaculiza o uso. Anulada a relação com o acordo, poderá bem denotar também os intercâmbios de massa.”<sup>570</sup> (Itálico do autor) (Tradução livre)

Dessa forma, a veiculação da vontade negocial por um *corpus* distinto da declaração de vontade não leva à inexistência de acordo e, portanto, de contrato, não havendo que se falar, tal como sugerido por Natalino Irti, de contrato sem acordo, mormente se se considerar que o contrato tem como um de seus elementos estruturais o acordo, que existe independentemente do meio veiculador da vontade negocial (proposta e aceitação) das partes.

---

<sup>570</sup> Tradução livre de: “Esta no es sede para propuestas teóricas: me limitaré a señalar que la decadencia del acuerdo – derivado de la crisis de la palabra y del diálogo – disuelve el contrato en la *combinación de dos actos unilaterales*: actos lícitos, de exponer y de preferir, requiriendo sólo la referencia a un autor y la natural capacidad de entender y de querer. Las partes del intercambio asumen decisiones, que *nacen y quedan separadas*: ellas no se fundan ni se dispersan en la síntesis del acuerdo.

(...)

Poco importa en esta sede de atribuir un nombre al fenómeno, y de discurrir del *contrato sin acuerdo*, o de semejantes intercambios sin acuerdo designaciones; ya que *el problema está en la separación del intercambio del acuerdo*, y en el reducirlo a una *dualidad de actos lícitos* (que podremos definir como *actos binarios*), dirigidos inmediatamente a la particularidad de las cosas. En el ejercicio de la capacidad de entender y de querer, que sostiene los particulares actos unilaterales, hay -y ninguno piensa negarlo- ejercicio de la libertad, pero, precisamente dirigida a la cosa: un *propósito real*, propósito orientado y consumado a través de la *res* en su ser físico o en su imagen.

El análisis descriptivo ha demostrado que los intercambios de masa se desarrollan sin acuerdos (ya que acuerdo, en el diseño mismo del legislador, es conformidad alcanzada mediante la palabra y el diálogo), y que las partes dirigen sus decisiones sobre la mercadería, y en la mercadería se encuentran. La supervivencia del término "contrato" descende del vínculo con el acuerdo, y del unirse o desunirse por él: si el contrato también designa el "negocio" del intercambio, y también el simple confluir de unilaterales decisiones, ahora nada prohíbe u obstaculiza el uso. Anulada la relación con el acuerdo, podrá bien denotar también los intercambios de masa.” (IRTI, Natalino. **Intercambios sin Acuerdo**. Tradução de Nélvor Carreteros e Rómulo Morales Hervias. **Revista Ius Et Veritas**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, v. 24, 2002, p. 53)

Ainda, é preciso ressaltar que todo acordo tem um objeto e o fato da exteriorização da vontade negocial ser direcionada ao objeto, em nada desnatura as categorias jurídicas acordo e contrato, que mantêm esta qualificação jurídica, independentemente da exteriorização da vontade ser direcionada ao objeto do acordo, o que não poderia ser diferente, sem se considerar também que não é atribuído caráter de unilateralidade aos atos praticados pelas partes, que veiculam a vontade negocial, acabam por formar um acordo e dar existência a um contrato.

Ao contrário, a prática dos assim denominados por Natalino Irti “atos unilaterais” ou “atos lícitos binários” convergem a um objeto, a um acordo que tem um objeto, o que não desqualifica a convergência daqueles atos veiculadores da vontade negocial como acordo e contrato.

Ademais, também ousamos dissentir da opinião de Fernando Campos Scaff, segundo a qual as relações contratuais surgiriam não mais com base em uma convergência de declarações de vontade, mas do mero contato social:

“Deste modo, o que se verifica é a inexistência de um formal consensualismo, da convergência de duas declarações de vontade verdadeiras e equivalentes. Contudo, e ainda seguindo o magistério de Roppo, em todas estas hipóteses, a relação contratual nasce e produz seus efeitos, não já sobre a base de declarações de vontade válidas (as quais, em linha de princípio, seriam necessárias para que existisse um contrato). Mas sim com base no ‘contato social’ que se estabelece entre as partes dessa mesma declaração, contato social este que poderia ser caracterizado como o *‘complexo de circunstâncias e de comportamentos valorados de modo socialmente típico através dos quais se realizam, de fato, operações econômicas e transferências de riqueza entre os sujeitos.’*”<sup>571</sup>

É preciso observar que o acordo e o contrato não são formados somente por meio de declarações de vontade, pois é possível a formação do acordo e do contrato por meio de diversos outros *corpus*, que são igualmente aptos a dar existência a um acordo, a um negócio jurídico e a um contrato, desde que haja a convergência de uma proposta e de uma aceitação, independentemente da forma como as mesmas são veiculadas, não sendo sem razão o fato

---

<sup>571</sup> SCAFF, Fernando Campos. As Novas Figuras Contratuais e a Autonomia da Vontade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 91, 1996, p. 155.

do art. 427 do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>572</sup> exigir, para a existência de um contrato, que haja uma proposta, sem impor a adoção de uma forma específica, o mesmo ocorrendo em relação à aceitação nos arts. 430 a 432 também do Código Civil de 2002<sup>573</sup>.

No Direito Português, a propósito, o Código Civil de 1966, no art. 234º, prevê expressamente a desnecessidade da aceitação ser veiculada pela forma de declaração de vontade, bastando que o comportamento concludente da parte externe a vontade negocial de aceitar a proposta, *in verbis*:

“**Artigo 234.º**

**(Dispensa da declaração de aceitação)**

Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta.”<sup>574</sup>

Nesse sentido, o jurista português Abílio Neto ensina que “a prática continuada de actos próprios do objecto dum contrato revela a sua aceitação e dispensa a declaração de o aceitar”<sup>575</sup>, concluindo que “a aceitação de proposta contratual não tem, inexoravelmente, de ser expressa, antes podendo deduzir-se de conduta do destinatário que revele, com nitidez suficiente, a intenção de aceitar, ser, em suma, tácita.”<sup>576</sup>

Vale ressaltar, neste momento, que Paulo Mota Pinto, sem a pretensão de propor um conceito de declaração de vontade (ou de declaração negocial) em sentido amplo, entende que dois elementos são essenciais para a existência da declaração de vontade (expressa e tácita): **(a)** tem de existir “uma *factualidade interpretativamente relevante como tal*, segundo o critério do art. 236º (tem que existir um *Tatbestand* objetivo averiguado por

<sup>572</sup> “**Art. 427.** A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>573</sup> “**Art. 430.** Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

**Art. 431.** A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.

**Art. 432.** Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017)

<sup>574</sup> PORTUGAL. **Decreto-lei nº 47.344/66, de 25.11.1966.** Aprova o Código Civil e Regula a sua Aplicação. Disponível em <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em 19.08.2018.

<sup>575</sup> NETO, Abílio. **Código Civil Anotado.** 17ª edição. Lisboa: Ediforum, 2010, p. 131.

<sup>576</sup> NETO, Abílio. **Código Civil Anotado.** 17ª edição. Lisboa: Ediforum, 2010, p. 131.

interpretação)<sup>577</sup> (Itálico do autor); e **(b)** a voluntariedade da vinculação jurídico-negocial decorrente da conduta da parte, de modo que o comportamento exteriorize a vontade negocial.

Após a indicação dos elementos cuja existência é indispensável para a existência da declaração negocial em sentido amplo, Paulo Mota Pinto tenta sistematizar uma definição de declaração negocial em sentido amplo<sup>578</sup>, conceituando-a como sendo o:

“(...) comportamento humano, que, de um ponto de vista exterior, aparece como dirigido à produção de certos efeitos sob a tutela do Direito, adoptado com a consciência e intenção de incorrer por intermédio dele numa vinculação jurídico-negocial, ou da possibilidade de, aos olhos dos outros, ser visto como juridicamente vinculante.”<sup>579</sup>

Desse modo, embora a doutrina tradicionalmente associe a formação de um acordo e de um contrato à existência de declarações de vontade negocial (proposta e aceitação), é preciso, mais uma vez, ressaltar que, no âmbito do negócio jurídico, vige o princípio da liberdade de forma ou, ainda segundo Paulo Mota Pinto, vige o princípio da liberdade declarativa, pelo qual se admite todos os meios de comunicação do pensamento para que se exteriorize a vontade negocial, o consentimento.

Por outras palavras, admite-se que a proposta e a aceitação sejam veiculadas por todas e quaisquer espécie de ações que “são levadas a cabo no tráfico jurídico e às quais se pode ligar um significado compreensível de comunicação negocial, incluindo aquelas pelas quais se verifica uma declaração tácita, a qual pode significar economia de tempo e de atividade.”<sup>580</sup>

O Direito Italiano também possui dispositivo legal no Código Civil de 1942, que reconhece a celebração de contrato por meio do início da execução das obrigações

---

<sup>577</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 435.

<sup>578</sup> Ainda segundo Paulo Mota Pinto, a concepção de declaração apresenta uma variação, segundo o ponto de vista analisado: (a) teleológico: este ponto de vista leva em conta o fim visado pelo declarante, de modo que declaração consiste no ato que tem por finalidade fazer outrem a saber, tornar algo claro a outrem; (b) estrutural: esta ótica considera o evento realizado, de forma que a declaração é o ato de efeito psíquico que requer a colaboração de outrem para que não se limite apenas na mente do declarante; e (c) morfológico: considera a relação entre o manifestante e o manifestado, sendo, a declaração, sob este ponto de vista, um ato realizado por meio de uma linguagem.

<sup>579</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 435, nota de rodapé n° 491.

<sup>580</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 458-459.

contratuais, dispensando, portanto, a prévia aceitação para se considerar o contrato como celebrado.

Com efeito, o art. 1.327, primeira parte, do Código Civil Italiano assim dispõe:

**“Art. 1.327**

**(Execução antes da resposta do aceitante)**

Se, a pedido do proponente ou pela natureza do negócio ou segundo os usos, a prestação deve ser executada sem uma prévia resposta, o contrato é celebrado no tempo e no lugar em que se iniciou a execução.”<sup>581</sup> (Tradução livre)

Assim, ao permitir que o ato de execução tenha o valor de aceitação, resta claro que o acordo e o contrato estarão formados, desde que haja a exteriorização da proposta e da aceitação, não importando o veículo utilizado para tanto, seja declaração de vontade negocial, seja comportamento concludente, seja ato de execução ou, ainda, qualquer meio apto a exteriorizar a vontade negocial.

Segundo Dario Primo Triolo, na hipótese prevista no art. 1.327 do Código Civil Italiano, há uma renúncia à exigência de prévia notificação da aceitação, ao admitir-se a celebração do contrato por fato concludente:

“Mas, nos termos do art. 1327 c.c., e subsistindo os pressupostos previstos em tal norma, o contrato pode aperfeiçoar-se também mediante o início da execução dele mesmo, pela qual a aceitação está implícita na execução.

(...)

Assiste-se, então, a uma renúncia à prévia notificação da aceitação ao permitir um adimplemento mais célere, com o fim de assegurar maior racionalização do tráfego jurídico.

---

<sup>581</sup> **Art. 1327.**

**(Esecuzione prima della risposta dell'accettante).**

Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto é concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.” (ITÁLIA. **Regio Decreto n° 262, de 16.03.1942.** Approvazione del testo del Codice Civile. Disponível em <<http://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>>. Último acesso em 19.08.2018)

Segundo a jurisprudência, o início da execução constitui uma manifestação tácita da vontade, e, portanto, uma aceitação por fato concludente.”<sup>582</sup>  
(Tradução livre)

Neste momento, vale a advertência de Nicoletta Muccioli de que “a linguagem gestual precedeu a fonética, bem como, no processo do tempo, tais formas de comunicação intersubjetiva foram associadas à escrita (...) mediante a reprodução sobre um suporte cada vez mais evoluído, de sinais ou elementos figurativos suscetíveis de serem compreendidos e valorados.”<sup>583</sup> (Tradução livre)

Desse modo, ainda segundo os estudos de Nicoletta Muccioli, no curso do tempo, houve a prevalência da palavra para representar o pensamento, a ideia e as atitudes da alma. Não obstante, diante da objetivação dos negócios jurídicos comerciais, passou-se a priorizar a valoração objetiva também dos comportamentos das partes, seja na fase de formação dos contratos, seja na fase de execução das obrigações contratuais.

Assim, como bem observou, mais uma vez, Nicoletta Muccioli, encontra-se no comércio moderno não só os contratos precedidos de uma fase de negociações entre as partes e, posteriormente, instrumentalizados por documento escrito, mas também há os contratos formados de maneira mais objetiva, isto é, por meio de comportamentos concludentes, que são conceituados por aquela jurista italiana como sendo os “comportamentos humanos dotados de natureza manifestativa”, que são “caracterizados pela peculiar atitude de exprimir (e exteriorizar) um fato psíquico, que, enquanto fenômeno interior, não há possibilidade de ser captado, senão em virtude de um comportamento do sujeito, que se revela idôneo a significá-lo.”<sup>584</sup> (Tradução livre)

---

<sup>582</sup> Tradução livre de: “Ma, ai sensi dell’art. 1327 c.c., e sussistendone i presupposti previsti da tale norma, il contratto può perfezionarsi anche mediante l’inizio dell’esecuzione.

(...)

Si assiste, quindi, ad una rinuncia alla preventivca notifica dell’accettazione per consentire un adempimento più celere, al fine dio assicurare maggiore snellezza del traffico giuridico.

Secondo la giurisprudenza, l’inizio dell’esecuzione costituirebbe una manifestazione tacita di volontà, e quindi un’accettazione per facta concludentia.” (TRIOLO, Dario Primo. **La Formazione del Contratto**. Milão: Key, 2015, p. 36)

<sup>583</sup> Tradução livre de: “È, altresì, noto che il linguaggio gestuale abbia preceduto quello fonetico, così come, in processo di tempo, a tali forme di comunicazione intersoggettia si sia affiancata la scrittura (...) mediante la riproduzione, su support via via sempre più evoluti, di segni o elementi figurativi, atti ad essere compersi e valorizzati.” (MUCCIOLI, Nicoletta. **Studio sul Contegno Concludente**. Turim: G. Giappichelli, 2012, pp. 4-5)

<sup>584</sup> Tradução livre de: “(...) comportamenti umani dotati di natura manifestativa e lo si suole caratterizzare per la peculiare attitudine ad esprimere (ad esteriorizzare) uin fato psichico, che, in quanto fenomeno interiore, non ha altra possibilità di captarsi se non in virtù di un comportamento del soggetto che si riveli idoneo a significarlo.” (MUCCIOLI, Nicoletta. **Studio sul Contegno Concludente**. Turim: G. Giappichelli, 2012, p. 8)

Observe-se que o *Draft Common Frame of Reference*, que foi elaborado pelo Grupo de Estudos em Código Civil Europeu e pelo Grupo de Pesquisa em Direito Privado, contendo princípios, definições e regras-modelo do Direito Privado Europeu, com fim de apresentar uma base comum de referência, que sirva de ponto de partida para reformas no âmbito da União Europeia, ao tratar dos Contratos no Livro II, abordou a forma do contrato e dos demais atos jurídicos.

No item II.-1:106 (1), indica expressamente que “Um contrato ou outro ato jurídico não precisa ser concluído, feito ou provado por escrito, tampouco se sujeita a outro requisito de forma.”<sup>585</sup> (Tradução livre)

Em complemento ao item II.-1.106(1), o item II.-1:101(2), ao conceituar ato jurídico, do qual o contrato é espécie, taxativamente admite a prática de ato jurídico expressamente ou implicitamente por meio de conduta, *in verbis*:

**“II.-1.101: Significado de ‘contrato’ e ‘ato jurídico’:**

(...)

(2) Um ato jurídico é qualquer declaração ou acordo, seja expresso ou implícito em uma conduta, que se destina a ter efeito jurídico como tal. Pode ser unilateral, bilateral ou multilateral.”<sup>586</sup> (Tradução livre)

Portanto, a manifestação de vontade destinada à formação de um acordo pode consistir tanto em uma declaração de vontade negocial, quanto em uma conduta da parte, desde que esta seja objetivamente compreensível pela outra parte e meio idôneo a exteriorizar a vontade negocial da parte, como mais uma vez consta do item II.-4:102 do *Draft Common Frame of Reference*:

**“II.-4:102: Como a intenção é determinada.**

---

<sup>585</sup> Tradução livre de: “**II. – 1:106: Form.**

(1) A contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form.” (ALEMANHA. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Edição de esboço. Munique: Sellier, 2009, p. 184)

<sup>586</sup> Tradução livre de: “**II. – 1:101: Meaning of “contract” and “juridical act”**

(...)

(2) A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral” (ALEMANHA. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Edição de esboço. Munique: Sellier, 2009, p. 183)



A intenção da parte em celebrar uma relação jurídica vinculante ou produzir quaisquer outros efeitos pode ser determinada pelas declarações da parte ou conduta, desde que sejam razoavelmente compreensíveis pela outra parte.”<sup>587</sup> (Tradução livre)

Assim, a adoção de um comportamento concludente por uma parte tem o condão de atribuir o valor de exteriorização da vontade negocial, visto que a parte que adota certo comportamento concludente, quis adotá-lo e, por isso, atribui-se-lhe o significado que é imputado pela realidade do tráfego comercial, como forma de respeitar os princípios da autorresponsabilidade e da confiança no teor do significado atribuído em dada sociedade e de acordo com as circunstâncias negociais, os usos e costumes de dada localidade.

Isto é possível se se considerar o conceito estrutural de contrato e de negócio jurídico, que requer, em ambos os casos, a exteriorização da vontade negocial, ou seja, requer a manifestação da vontade negocial visando à comunicação, esta conceituada por Nicoletta Muccioli como sendo a “relação pela qual um fenômeno manifesta um outro fenômeno, integrando uma relação de significação socialmente apreciável subtraído da apreciação individual de cada um dos sujeitos.”<sup>588</sup> (Tradução livre)

Dessa maneira, é possível a aplicação objetiva do significado atribuído ao fenômeno manifestado por meio do fenômeno manifestante, que as regras de experiência atribuem-no diante das circunstâncias negociais de lugar e de tempo, nas quais há a manifestação da vontade negocial e, assim, ter-se um contrato celebrado por meio de comportamentos concludentes<sup>589</sup>, o quais, por sua vez, têm valor de exteriorização da vontade negocial, seja na emissão de uma proposta, seja na emissão de uma aceitação, ambas

---

<sup>587</sup> Tradução livre de: “**II. – 4:102: How intention is determined.**

The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party’s statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.” (ALEMANHA. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Edição de esboço. Munique: Sellier, 2009, p. 195)

<sup>588</sup> Tradução livre de: “(...) come relazione per cui un fenomeno manifesta un altro fenomeno, integrando un rapporto di significazione socialmente apprezzabile, sottratto agli apprezzamento individuali dei singoli soggetti.” (MUCCIOLI, Nicoletta. **Studio sul Contegno Concludente**. Turim: G. Giappichelli, 2012, p. 52)

<sup>589</sup> “(...) la dottrina è, ormai da tempo, concorde nell’ammettere che la volontà contrattuale possa manifestarsi attraverso comportamenti, laddove la legge non preveda particolari requisiti di forma a pena di nullità.” Tradução livre: “(...) a doutrina é, há algum tempo, concordante ao admitir que a vontade contratual possa manifestar-se por meio de comportamento, quando a lei não preveja requisitos de forma particulares sob pena de nulidade.” (MUCCIOLI, Nicoletta. **Studio sul Contegno Concludente**. Turim: G. Giappichelli, 2012, p. 58)

com a finalidade de constituir um acordo, que, como visto neste trabalho, é um dos elementos estruturais do negócio jurídico e do contrato.

Acrescente-se, ainda, que o comportamento concludente possui um significado atribuído não por uma norma jurídica em sentido estrito, mas, sim, pelo uso e pela concepção prevalecente no tráfico comercial.

Como bem apontou Paulo Mota Pinto<sup>590</sup>, a existência de um contrato celebrado por meio de comportamentos concludentes está em conformidade com o princípio da autonomia privada, que, a propósito, dá ensejo à liberdade contratual, que, por sua vez, abarca liberdade forma e conseqüentemente todos os meios de comunicação (leia-se exteriorização) do pensamento, da vontade negocial, são permitidos e constituem meios aptos de manifestar a vontade negocial, incluindo-se o que Paulo Mota Pinto denominou de “ações declarativas”, que são “todas as que são levadas a cabo no tráfico jurídico e às quais se pode ligar um significado compreensível de comunicação negocial, incluindo aquelas pelas quais se verifica uma declaração tácita, a qual pode significar economia de tempo e de atividade.”<sup>591</sup>

Ainda segundo Paulo Mota Pinto, o uso do comportamento concludente como meio apto a celebrar um contrato também se coaduna com a proteção das expectativas ou da confiança da outra parte, proporcionando uma estabilidade e previsibilidade das ações, cujo significado é atribuído pelas regras de experiência e pelos usos e costumes de dada localidade, atribuindo à parte, que adota o comportamento concludente, os riscos da divergência de sua vontade interna em relação ao significado atribuído em dada sociedade àquele comportamento, bem como está em consonância com a segurança jurídica do tráfico comercial, que atribui um dado significado estabelecido em uma sociedade a determinados comportamentos, atribuindo certeza às transações efetivadas.

Portanto, retornando às relações contratuais fáticas surgidas do denominado comportamento social típico, não há que se falar em fonte de obrigações distinta do contrato, tal como afirmado por Günter Haupt e Karl Larenz, visto que o denominado comportamento social típico não é um meio de exteriorização da vontade negocial distinto do comportamento

---

<sup>590</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 418-431.

<sup>591</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 458-459.

concludente (*facta concludentia*), não constituindo, assim, uma fonte de obrigações diversa da contratual.

Contrariamente, o comportamento social típico nada mais é que uma forma de exteriorização da vontade negocial dentre inúmeras outras formas, de modo que não merece receber um tratamento diferenciado do conferido às ofertas e aceitações que constituem um contrato, visto que nos casos de comportamento social típico, o que releva, para efeitos de celebração de contrato, é que o comportamento seja dotado de um significado real que, de acordo com as circunstâncias negociais, seja apto a levar ao pleno conhecimento da outra parte o conteúdo negocial que enseja a celebração de um contrato, que passa, então, a existir.

Tanto nos casos indicados por Günter Haupt, quanto por Karl Larenz, o comportamento social típico nada mais é que um comportamento concludente, um *facta concludentia* dotado de significação socialmente aceita diante de determinadas circunstâncias negociais e, portanto, apto a exteriorizar a vontade negocial e, assim, concluir a celebração de um contrato, pois há, sim, valor de manifestação da vontade negocial nos comportamentos concludentes, que, mesmo que não sejam endereçados diretamente a determinado destinatário, tal como ocorre, por exemplo, com as ofertas públicas previstas no art. 429 do Código Civil Brasileiro de 2002<sup>592</sup>, ao chegar ao conhecimento do destinatário terá o sentido de exteriorizar uma vontade negocial aderente a uma oferta feita e, por isso, concluirá a celebração de um contrato.

Há que se ressaltar que tanto nos casos de sociedade comercial de fato (leia-se sociedade em comum), quanto no de contratação de serviço público, há a efetiva celebração de um contrato. No caso da sociedade comercial de fato, as partes, que se associam no entorno do exercício de uma empresa, atuam no mundo fático e externam a vontade negocial de formar uma sociedade comercial por meio dos comportamentos concludentes que, diante das circunstâncias negociais, evidenciam a existência de uma sociedade comercial de fato

No caso da contratação da prestação de serviços públicos ou do fornecimento de bens considerados públicos (razão pela qual não se permite a livre exploração pelos particulares), há uma oferta pública pela Administração Pública ou pela empresa privada concessionária do serviço público, cuja aderência efetiva-se por comportamentos

---

<sup>592</sup> “**Art. 429.** A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

**Parágrafo único.** Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.”

concludentes, por atos de execução das obrigações contratuais, pelo uso de um bem fornecido, incidindo, *in casu*, a máxima do Direito Romano *protestatio facta contraria*.

Em ambos os casos, é inegável que os comportamentos das partes possuem um conteúdo negocial, ou seja, comunicam à outra parte a vontade negocial de uma maneira recíproca, bilateral, de maneira suficiente a levar à existência de um contrato, que pode existir mesmo que não haja a exteriorização da vontade negocial por meio de declarações de vontade.

Como bem ressaltou, mais uma vez, Paulo Mota Pinto, os comportamentos concludentes e os comportamentos socialmente típicos, na realidade, são variações de um mesmo instituto jurídico, qual seja a declaração de vontade em sentido amplo ou manifestação de vontade, as quais, por isso, sujeitam-se ao mesmo regime jurídico de uma declaração de vontade escrita, por exemplo, não havendo que se falar em regime jurídico diverso, tampouco em uma nova fonte das obrigações distinta da fonte contratual.

A propósito, o Código Civil Português, que adotou um conceito amplo de declaração de vontade, expressamente prevê a existência de declarações de vontade expressa e tácita no art. 217<sup>o593</sup>.

O Código Civil Alemão, no § 164, (1), embora não traga uma distinção clara tal como a do Código Civil Português, ao tratar dos efeitos da declaração feita por representante, expressamente prevê que “é irrelevante se a declaração é feita explicitamente em nome do representado, ou se ela pode ser reunida de circunstâncias”<sup>594</sup>. (Tradução livre)

<sup>593</sup> “Artigo 217.º

**(Declaração expressa e declaração tácita)**

1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.

2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz.” (PORTUGAL. **Decreto-lei nº 47.344/66, de 25.11.1966**. Aprova o Código Civil e Regula a sua Aplicação. Disponível em <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em 19.08.2018)

<sup>594</sup> “§ 164 Wirkung der Erklärung des Vertreters

(1) Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.”

Tradução livre: “§ 164. Efeito da declaração do representante

(1) Uma declaração de vontade feita por alguém dentro do escopo dos poderes de representação em nome do representado produz efeitos diretamente em favor ou contra o representado. É irrelevante se a declaração é feita explicitamente em nome do representado ou se ela pode ser reunida de circunstâncias de que é feita em nome dele.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

Ainda, o revogado Código Civil Brasileiro de 1916 previa, no art. 1.079<sup>595</sup>, que as manifestações de vontade no âmbito contratual podiam ser feitas tacitamente, quando a lei não exigisse forma específica.

Portanto, resta claro que a exteriorização da vontade negocial, com o fim de dar existência a um contrato, pode ser veiculada por meio de comportamentos concludentes ou, ainda, pelos denominados comportamentos socialmente típicos, desde que não haja expressa exigência legal de adotar-se uma forma específica, que, segundo os ensinamentos de Paulo Mota Pinto, ocorre pelos seguintes motivos: **(i)** propiciar às partes uma maior reflexão e ponderação acerca da contratação, ainda na fase pré-contratual das negociações; **(ii)** facilitar a prova da existência do contrato, pré-constituindo-a; **(iii)** proporcionar maior segurança quanto ao momento da efetiva celebração do contrato, delimitando, assim, a fase pré-contratual e a fase contratual; **(iv)** exigir maior rigor e clareza na manifestação da vontade negocial; **(v)** dar publicidade aos atos solenes; e **(vi)** permitir que haja o controle público de determinados negócios jurídicos considerados mais importantes.

Paulo Mota Pinto, ainda, acrescenta que, mesmo quando se exige a adoção de uma forma específica, seria possível admitir a exteriorização da vontade negocial tácita, quando esta não contrariar as razões da exigência de forma específica, quanto, então, seria necessário que os fatos concludentes estivessem formalizados, mas não necessariamente a oferta e a aceitação em si consideradas.

Portanto, as manifestações da vontade negocial, com o fim de dar existência a um contrato, podem assumir qualquer forma, bastando que sejam aptas a levar ao conhecimento do proponente a vontade negocial da parte que aceitar a oferta, ou, nas palavras de Paulo Mota Pinto, “é declaração negocial qualquer forma de comportamento que de acordo com os critérios interpretativos tenha um significado negocial, independentemente do escopo notificativo”<sup>596</sup>.

Logo, inexistente contrato sem vontade negocial, ainda que seja exteriorizada de maneira mais objetiva, tal como ocorre no caso dos comportamentos concludentes ou dos denominados comportamentos socialmente típicos, momento que reproduzimos a conclusão

---

<sup>595</sup> “Art. 1.079. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.” (BRASIL. Lei nº 3.071, de 01.01.1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017)

<sup>596</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 553-554.

de Paulo Mota Pinto quanto aos negócios jurídicos celebrados sem declaração de vontade em sentido estrito, que é plenamente aplicável às relações contratuais de fato, tal como tratadas por Günter Haupt e Karl Larenz, *in verbis*:

“Em conclusão, podemos dizer que a doutrina dos negócios sem declaração (‘negócio de vontade’, ‘negócios de actuação’, ‘actuações de vontade’, etc.) deve ser *rejeitada*. Mesmo a entender-se que, numa ponderação global, esta doutrina teve o papel positivo de chamar a atenção para particularidades de certos comportamentos em que a declaração é acompanhada por uma actuação real, deve-se reconhecer que ela não pode ser aceita, pelo menos a partir do momento em que – como, seguindo a melhor opinião, fez o legislador – se adopte um conceito amplo de declaração, não delimitado pelo intuito de notificação. Na verdade, vimos que, não só os *critérios* distintivos que se propõe, são insuficientes, como a figura não tem *relevância normativa*, pois não existe um regime jurídico autónomo. As propostas de um tal regime perfilam-se como resquícios da ‘teoria da vontade’, resguardada num último reduto, mas não devem ser acolhidas, pois não seriam justificadas *teleologicamente*, implicariam contradições valorativas com o regime geral do negócio jurídico, e não encontram *base legal*. Os casos apresentados como de ‘actuações de vontade’ devem, portanto, ser reconduzidos à sua sede própria – ou seja, e nomeadamente, a meros actos jurídicos ou a declarações tácitas.”<sup>597</sup>

Não é sem razão que o § 151 do Código Civil Alemão<sup>598</sup> prevê que pode haver aceitação de uma proposta, sem que haja uma declaração negocial pelo oblato, o mesmo ocorrendo com o art. 234º, do Código Civil Português<sup>599</sup> e com o art. 18, item (3), da

<sup>597</sup> PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 565-566.

<sup>598</sup> “§ 151 **Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden**

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.”

Tradução livre: “§ 151 **Aceitação sem declaração do oblato**.

O contrato passa a existir pela aceitação da oferta, sem a necessidade do proponente ser notificado da aceitação, se tal declaração não é esperada de acordo com as práticas costumeiras ou se o proponente tiver renunciado-a. O momento quando a oferta expira é determinada de acordo com a intenção do proponente, que é inferida da oferta ou das circunstâncias.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>599</sup> “Artigo 234.º

**(Dispensa da declaração de aceitação)**

Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção

Convenção Internacional de Compra e Venda Internacional<sup>600</sup>, que também admitem a celebração de um contrato, quando a conduta do oblato seja apta a mostrar, a comunicar a vontade negocial de conclusão do contrato proposto.

Feitas estas considerações acerca do comportamento concludente nas relações contratuais fáticas, especialmente aquelas agrupadas nos 2º e 3º grupos propostos por Günter Haupt, passaremos a analisar como a jurisprudência brasileira, especialmente a posição do Superior Tribunal de Justiça, e a jurisprudência estrangeira tratam as sociedades de fato e as relações contratuais de fato relativas aos serviços públicos e ao fornecimento de bens públicos.

---

de aceitar a proposta.” (PORTUGAL. **Decreto-lei nº 47.344/66, de 25.11.1966**. Aprova o Código Civil e Regula a sua Aplicação. Disponível em <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em 19.08.2018)

<sup>600</sup> **Artigo 18**

(1) Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.

(2) Tornar-se-á eficaz a aceitação da proposta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da proposta verbal deve ser imediata, salvo se de outro modo as circunstâncias indicarem.

(3) Se, todavia, em decorrência da proposta, ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior.” (BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16.10.2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11.04.1980. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.08.2018)

## **5. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO DIREITO COMPARADO ACERCA DA SOCIEDADE EM COMUM E O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE**

### **5.1. A SOCIEDADE “DE FATO” OU A SOCIEDADE EM COMUM**

Após fazer um estudo das bases teóricas e legais do comportamento concludente enquanto forma de veicular a vontade negocial, seja para dar existência a uma sociedade comercial, seja para dar existência a um contrato, impende fazer uma breve análise acerca das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça quanto às então denominadas sociedades de fato e ao comportamento concludente como meio veiculador da aceitação de uma proposta contratual.

Tal como já feito anteriormente, limitaremos nossa pesquisa jurisprudencial às decisões do Superior Tribunal de Justiça, que, dentro da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, possui a função de unificar a interpretação e aplicação das leis federais.

Há que se ressaltar, desde já, que os julgados encontrados no Superior Tribunal de Justiça não tratam dos elementos necessários à existência do contrato de sociedade comercial, mas apenas cuidam primordialmente dos meios de prova que podem ser utilizados pelas partes para que seja provada a existência de uma sociedade comercial em comum.

Após a entrada e vigor do Código Civil Brasileiro de 2002, o Superior Tribunal de Justiça manteve sua posição, que já vigia sob a égide do Código Comercial Brasileiro de 1850, qual seja de que a prova de sociedade de fato, cujo tratamento legal, frise-se, é aplicado também à sociedade irregular (ambas abrangidas pela denominação legal de sociedade em comum), não precisa ser feita somente por meio de prova documental.



Com efeito, no julgamento do Recurso Especial nº 1.430.750-MG<sup>601</sup>, cuja controvérsia centrava-se no reconhecimento da existência de uma sociedade comercial de fato constituída após o início da vigência do Código Civil Brasileiro de 2002, o Superior Tribunal de Justiça manteve a posição que já adotava sob a vigência do Código Comercial Brasileiro de 1850 e do Código Civil Brasileiro de 1916.

Não obstante o uso indistinto das denominações sociedade irregular e sociedade de fato em detrimento da atual denominação legal de sociedade em comum, tratava-se de ação de reconhecimento de sociedade comercial de fato cumulada com acertamento de contas entre os sócios da referida sociedade, a qual tinha sido extinta, sem resolução de mérito, pelo juízo *a quo*, por entender que o art. 987 do Código Civil Brasileiro de 2002 exigia a prova por escrito da existência da sociedade nos litígios entre os sócios. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o recurso de apelação interposto contra a sentença, entendeu que dever-se-ia proceder à dilação probatória para que as partes, por qualquer meio de prova, provassem a existência de uma relação jurídica societária entre as partes.

Este entendimento do Tribunal *a quo* foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, que, ao interpretar o alcance da norma contida no art. 987 do Código Civil Brasileiro vigente, que, em linhas gerais, reproduzia o art. 1.366 do Código Civil Brasileiro de 1916 e o art. 303 do Código Comercial Brasileiro de 1850, entendeu ser indevida a restrição do uso dos meios de provas para que as partes provassem a existência da sociedade comercial de fato, *in verbis*:

“17. Essa conclusão tem sentido à medida em que, restringir a prova da sociedade de fato apenas a documentos escritos resultaria no esvaziamento do instituto em si, que decorre, em regra, de mera situação fática. Em consequência, se permitiria albergar o enriquecimento sem causa, tão repudiado pelo sistema jurídico brasileiro.

18. Apesar da nova redação do dispositivo legal, a regra dele extraída a partir de uma interpretação sistemática permanece essencialmente a mesma. É clara a intenção do legislador de se proteger terceiros que venham a se relacionar com sociedades empresariais irregulares, e ao mesmo tempo induzir nos agentes a constituição regular das sociedades. Todavia, sistemática não visa resguardar inequidades ou privilegiar

---

<sup>601</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.430.750 - MG (2013/0197186-6)**. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 14.08.2018.

comportamentos desleais entre as partes que atuam, conjuntamente, à margem da regularidade, porém licitamente no desempenho da atividade empresarial.

19. Assim, é temerária a extinção prematura da demanda, sem qualquer oportunidade para produção de provas, as quais, poderão ser inclusive documentais (a título de exemplo, eventuais transações bancárias), mormente num contexto fático que, como bem ressalta o acórdão recorrido, há alegações inclusive de confusão patrimonial. Nesse cenário, é prudente a abertura de dilação probatória que será oportunamente avaliada e sopesada na esteira do devido processo legal.”<sup>602</sup>

Portanto, no julgado supratranscrito, o Superior Tribunal de Justiça vislumbrou, no teor do art. 978 do Código Civil de 2002, um incentivo legal para que as partes constituam regularmente uma sociedade empresária, mas não uma vedação aos meios de prova que podem ser utilizados, pelas partes da relação jurídica societária, para provar a existência de uma sociedade em comum.

Este entendimento foi reproduzido em decisão monocrática do Ministro João Otávio de Noronha, que, ao julgar o Recurso Especial nº 1.280.753 – SP<sup>603</sup>, reformou o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, que havia entendido ser inadmissível o uso de outros meios de prova distintos da prova documental, para provar a existência de sociedade não personificada diante do teor do art. 987 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Tratava-se de ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, cumulada com indenização por danos morais e materiais, bem como pelo fundo de comércio, a qual foi extinta por entender que havia impossibilidade jurídica do pedido diante do teor do art. 987 do Código Civil Brasileiro em vigor.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, manteve o entendimento no sentido de flexibilizar o sentido literal do art. 987 do Código Civil Brasileiro vigente, para admitir que a prova da existência da sociedade em comum seja feita por qualquer outro meio de prova, não sendo necessária a prova apenas por meio de documentos entre os sócios, conforme se extrai do excerto abaixo transcrito:

---

<sup>602</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.430.750 - MG (2013/0197186-6)**. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14.08.2018.

<sup>603</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.280.753 - SP (2011/0186976-0)**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14.08.2018.

“DIREITO CIVIL. SOCIEDADE EMPRESARIAL DE FATO. COMPROVAÇÃO DE SUA EXISTÊNCIA. ART. 987 DO CÓDIGO CIVIL. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA.

1. Para a comprovação da existência de sociedade empresarial não personificada, promove-se a flexibilização da regra inserta no art. 987 do Código Civil, admitindo-se a produção de outras provas que não a documental.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(...)

Nesse contexto, considero temerária a extinção do feito sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a não apresentação de prova documental, sem que antes haja a abertura de prazo para a produção de provas, as quais, poderão ser inclusive documentais (recibos de pagamento), como pretende o recorrente.”<sup>604</sup>

Sob a vigência do Código Civil Brasileiro de 1916 e do Código Comercial Brasileiro de 1850, o Superior Tribunal de Justiça já flexibilizava as regras que impunham a prova da sociedade de fato somente por meio de prova documental, mas desde que se tratasse de fato já consumado e não vislumbrasse provar a existência da sociedade em si, como restou decidido no acórdão que julgou o Recurso Especial nº 203.929 – PR<sup>605</sup>.

No referido recurso, tratava-se de ação de dissolução de sociedade de fato, que foi criada à sombra de uma sociedade regular, na qual foi proferida sentença de procedência reconhecendo a existência de sociedade de fato e determinando a dissolução da sociedade de fato, diante da prova dos elementos que identificavam a existência da sociedade de fato.

O Tribunal *a quo* entendeu que o comportamento das partes evidenciou o exercício de atividades comuns, com a contribuição de bens e recursos que foram gerados a partir do exercício comum das atividades negociais, *in verbis*:

“AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE INVOCADA SOCIEDADE DE FATO - PROVA DOS ELEMENTOS QUE A IDENTIFICAM - RECONHECIMENTO - EVIDENCIADO O DESAPARECIMENTO DA

---

<sup>604</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.280.753 - SP (2011/0186976-0)**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14.08.2018.

<sup>605</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 203.929 - PR (1999/0013213-0)**. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14.08.2018.

*AFFECTIO SOCIETATIS* – SUA DISSOLUÇÃO SE IMPÕE - SENTENÇA QUE SE MANTÉM – RECURSO IMPROVIDO.

Evidenciado no comportamento das partes o exercício de atividades comuns, com mistura de bens e recursos decorrentes de atividades empreendidas juntamente, e ainda havendo declaração da parte requerida, com suporte nos elementos de provas, de uso de 'caixa comum', gerência comum, qualificando-se uma das partes como sócio gerente, e admitindo os próprios apelantes (fls. 4065, 2º parágrafo e 4034, 4º parágrafo) esse fato, e vertendo igualmente incontroverso que os recursos utilizados nos empreendimentos advieram originariamente das atividades da empresa de propriedade comum, evidencia-se o *animus* que presidiu uma inexorável sociedade de fato, que se reconhece. Cessada a *affectio societatis*, impõe-se seja deferida sua dissolução.”<sup>606</sup> (Itálico do autor)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, partindo das premissas fático-probatórias estabelecidas pela instância ordinária, entendeu que foi provada a comunhão de interesses, bem como a comunhão de bens, o que justificaria o afastamento do rigor do art. 1.366 do Código Civil Brasileiro de 1916 e do art. 303 do Código Comercial Brasileiro de 1850:

“Após percuciente e exaustiva análise do quadro probatório, a sentença e o Acórdão recorrido terminaram por acolher a alegação dos autores acerca da existência de uma sociedade de fato entre os quatro irmãos, constituída à sombra, “a latere”, da sociedade regular por eles mesmos composta, denominada “Ducci Cereais Ltda.”. As instâncias ordinárias proclamaram que o grande acervo patrimonial objeto da ação, a despeito de registrado ou adquirido em nome individual dos sócios (a maior parte em nome do falecido sócio Pillade por ostentar ele a posição de administrador ou gerente), gerou-se a partir das atividades exercidas pela referida sociedade regular (“Ducci Cereais Ltda.”), fonte dos recursos que deram vida à sociedade de fato, paralelamente instituída. A movimentação econômica-financeira da família centralizava-se num “caixa” único, envolvendo não só a “Ducci Cereais Ltda.”, mas também as “Fazendas Reunidas”, integrante do conglomerado.

---

<sup>606</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 203.929 - PR (1999/0013213-0)**. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 14.08.2018.

Esse acervo patrimonial estabeleceu-se ao lado da sociedade regular, “Ducci Cereais Ltda.”, em decorrência das inúmeras negociações promíscuas e comuns efetivadas entre os irmãos, tendo como fonte de recursos – como salientado - o “caixa” único criado no ambiente familiar. Propõe-se a liquidação dessa sociedade de fato na proporção da participação societária de cada um dos sócios irmãos na sociedade regular: Pillade, 40%; Antônio e Torquato, 25% cada um, e Odárcio, 10%.

(...)

Sustentam os réus que a hipótese em tela é regida pelos arts. 1.366 do Código Civil e 303 do Código Comercial, de conformidade com os quais, adstrita a questão entre os sócios, a ação fundada na existência da sociedade somente será admitida se acompanhada do instrumento comprobatório da existência da mesma sociedade.

A decisão ora recorrida, mormente em sede de declaratórios, deixou claro que a jurisprudência tem amenizado o rigor com que se apresenta a literalidade de ambas as normas invocadas pelos recorrentes. Quando se cogitar, não da prova da existência da sociedade, mas de um fato consumado, a comunhão de bens e interesses, qualquer meio de prova é admissível.<sup>607</sup>

Não obstante, ousamos dissentir quanto à limitação trazida no acórdão supracitado, pois não admitiu a prova da existência da sociedade de fato em si, mas de elementos que evidenciam sua existência.

Ora, parece-nos ilógico não admitir a prova da existência da sociedade em si<sup>608</sup>, pois as partes, ao provarem condutas que evidenciam a existência de uma sociedade de fato (ou em comum), visam à prova da existência da sociedade em si para dessa existência extrair os efeitos jurídicos pretendidos.

---

<sup>607</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 203.929 - PR (1999/0013213-0)**. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14.08.2018.

<sup>608</sup> “Por conseguinte, nas hipóteses em que se trata de um fato consumado, uma comunhão de bens e interesses, possível é a prova através de todos os meios admissíveis em direito. Vale acentuar que corroboram tal assertiva não somente os termos em que vazados o art. 673 do CPC de 1.939 e, bem assim, o art. 401, c.c. o art. 402, I, do vigente estatuto processual civil.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 203.929 - PR (1999/0013213-0)**. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 14.08.2018)

Assim, havendo a prova dos elementos estruturais do contrato de sociedade, provada estará a existência da sociedade comercial em si, sendo esta justamente a finalidade de ajuizar-se uma ação que visa ao reconhecimento da existência da sociedade de fato, para que seja dissolvida e, assim, partilhado o acervo patrimonial da sociedade de fato, tal como expressou o Tribunal *a quo* ao julgar o recurso de apelação, pois extraiu do comportamento das partes o exercício da empresa, que levou à conclusão da existência de uma sociedade de fato.

A propósito, em julgado mais antigo e anterior à vigência do Código Civil Brasileiro de 2002, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a prova da existência da sociedade de fato por outros meios de prova distintos da prova documental. Tratava-se de ação de reconhecimento de sociedade comercial de fato cumulada com pedido de dissolução e partilha dos haveres comuns, a qual tinha por objeto social a realização de excursões turísticas, mas que nunca foi regularizada com a celebração de contrato social escrito e registrado.

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu que o fato das partes não terem constituído uma sociedade regularmente, não impedia o uso de outros meios de prova para que a parte interessada na dissolução pudesse provar os elementos do contrato social de sociedade comercial, conforme é possível verificar no trecho transcrito abaixo:

“COMERCIAL E CIVIL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO – PEDIDO DE DISSOLUÇÃO – CONTRATO ESCRITO INEXISTENTE

I – A falta de documento escrito, comprobatório da existência de sociedade, constitui irregularidade, contudo, não desnatura a capacidade processual de um dos sócios a postular em juízo, em seu nome, para reaver o patrimônio, em poder dos demais. Tal restituição se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa destes.

II – Incidência do disposto na Súmula nº 07, do STJ.

III – Recurso não conhecido.

(...)

Na hipótese, consoante anotado no Acórdão, as partes associaram-se comercialmente na exploração de turismo, havendo, assim, uma comunhão de interesses com formação de patrimônio comum. E a solução dada à causa é a mais justa e correta, uma vez que reside no direito obrigacional e impede o enriquecimento ilícito de uma das partes, em detrimento da outra.

Ora, se a existência da sociedade não poderia ser comprovada contra terceiros, dada a ausência de contrato social, ela era robusta e ostensiva entre os sócios. A prova testemunhal, notadamente as pessoas que fizeram diversas viagens para Foz do Iguaçu, não hesitaram em afirmar que entre as partes havia uma sociedade (fls. 141).<sup>609</sup>

Portanto, dos julgados analisados, podemos concluir que a existência de uma sociedade comercial não é admitida apenas e tão somente quando houver contrato social escrito, válido e devidamente registrado no Registro de Empresas, sendo admitida a existência de contrato de sociedade, mesmo quando não celebrado por escrito, bastando que as partes provem por outros meios de prova os elementos estruturais do contrato de sociedade, incluindo-se os comportamentos das partes, dos quais se pode inferir a existência de uma sociedade comercial.

Mesmo quando existente um contrato escrito de sociedade comercial, mas por algum motivo ele seja inválido, vimos que o regime jurídico aplicado será o mesmo da sociedade de fato, enquanto sociedade não formada por meio de contrato escrito, que é tratada sob a denominação unificada, no Código Civil Brasileiro de 2002, de sociedade em comum.

Cumpra agora analisar a solução jurisprudencial dada às sociedades comerciais formadas sem contrato escrito no âmbito do Direito Inglês. Mas, antes de analisar os julgados das cortes inglesas, é preciso fazer uma breve referência a alguns dispositivos do *Partnership Act 1890*<sup>610</sup>.

De acordo com a definição constante do artigo 1 do *Partnership Act 1890*, não se enquadram no conceito de *partnership* as relações estabelecidas entre sócios de uma companhia ou associação, que tenham sido registradas de acordo com o *Companies Act 2006*

---

<sup>609</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 43.070-4 - SP (91/0001913-0)**. Terceira Turma. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 14.08.2018.

<sup>610</sup> INGLATERRA. **Partnership Act 1890, de 14.08.1890**. Institui o Ato de Sociedade. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk>>. Acesso em 16.09.2018.

ou que tenham sido constituídas por qualquer outro ato do parlamento, por carta-patente ou, ainda, por autorização Real<sup>611</sup>.

Assim, em conformidade com a definição do item (1) do art. 1 do *Partnership Act 1890*, “sociedade é a relação que subsiste entre pessoas exercendo empresa em comum com o fim lucrativo”<sup>612</sup> (tradução livre), devendo-se considerar o termo empresa (traduzido livremente de *business*) como abrangendo “qualquer negócio, ocupação ou profissão”<sup>613</sup> (tradução livre), conforme expressamente determinado pelo art. 45 do *Partnership Act*.

Portanto, no Direito Inglês, de acordo com os ensinamentos de John Charlesworth e Thomas Ewan Cain, o termo *partnership* é utilizado em contraste ao termo *registered company*.

Enquanto uma *registeterd company* “é uma corporação, isto é, uma pessoa jurídica separada e distinta dos sócios”, uma *partnership* “é meramente o conjunto de sócios”<sup>614</sup> (tradução livre), que apresenta “menores formalidades a serem observadas e, conseqüentemente, há menor publicidade e menor gasto envolvido na formação de uma

---

<sup>611</sup> “1 Definition of partnership.

(...)

(2) But the relation between members of any company or association which is—

(a) Registered under the Companies Act 2006, or

(b) Formed or incorporated by or in pursuance of any other Act of Parliament or letters patent, or Royal Charter; (...)

(...)

is not a partnership within the meaning of this Act.”

Tradução livre: “1 Definição de sociedade

(...)

(2) Mas a relação entre sócios de qualquer companhia ou associação que é —

(a) Registrada sob o Companies Act 2006 ou

(b) Formada ou incorporada por ou de acordo com qualquer outro Ato do Parlamento ou cartas-patente ou Autorização Real; (...)

(...) não é uma sociedade dentro do significado deste Ato.” (INGLATERRA. **Partnership Act 1890, de 14.08.1890**. Institui o Ato de Sociedade. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk>>. Acesso em 16.09.2018)

<sup>612</sup> Tradução livre de: “1 Definition of partnership.

(1) Partnership is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit.” (INGLATERRA. **Partnership Act 1890, de 14.08.1890**. Institui o Ato de Sociedade. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk>>. Acesso em 16.09.2018)

<sup>613</sup> Tradução livre de: “45 Definitions of “court” and “business”.

In this Act, unless the contrary intention appears,—

The expression “court” includes every court and judge having jurisdiction in the case:

The expression “business” includes every trade, occupation, or profession.” (INGLATERRA. **Partnership Act 1890, de 14.08.1890**. Institui o Ato de Sociedade. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk>>. Acesso em 16.09.2018)

<sup>614</sup> Tradução livre de: “A registered company is a corporation, *i.e.*, a separate legal person distinct from the members, whereas an English partnership is merely the aggregate of the partners”. (CHARLESWORTH, John; CAIN, Thomas Ewan. **Company Law**. 10ª edição. Londres: Setevens & Sons, 1972, p. 22)



*partnership*, por exemplo, não há necessidade de ser registrada ou de elaborar um *memorandum* ou *articles* perante o Escrivão<sup>615</sup> (tradução livre).

Portanto, uma *partnership* pode ser equiparada à sociedade de fato (ou atual sociedade em comum, segundo a denominação do Código Civil Brasileiro de 2002) prevista no Direito Brasileiro e, em decisões recentes de cortes ingleses, passou a ser referida como *partnership at will* em contraposição à sociedade constituída por um contrato de sociedade escrito e formal.

Com efeito, a Corte de Apelação em 2012 julgou o caso *Natalia Valencia v. Norberto Llupar*<sup>616</sup>, o qual tinha como questão principal a verificação se as partes tinham, ou não, tornado-se sócios de fato (tradução livre de *partners at will* que poderíamos traduzir também por sócios por intenção) em uma empresa, que já estava em operação.

Embora a Corte tenha entendido que as partes não tinham constituído uma sociedade, pois, em correspondências trocadas para a elaboração do contrato de sociedade, haviam expressamente estabelecido que a constituição da sociedade sujeitava-se à celebração do contrato, ela expressamente admitiu a possibilidade de constituir uma sociedade, sem que as partes celebrem um contrato escrito e formal, *in verbis*:

“O erro do juiz foi acreditar que a ausência de um acordo escrito obstará a existência de uma sociedade. Nenhum escrito ou formalidade é requerida para estabelecer uma sociedade dentro do significado do item 1(1) do Ato de Sociedade de 1890, que define uma sociedade como ‘ a relação que subsiste entre pessoas que exercem um negócio em comum com fim lucrativo.’ Não houve efetivo requerimento para participar nos lucros, embora ambas as partes tenham concordado: *M Young Legal Associates v. Zahid (a firm) & Ors*[2006] EWCA Civ 613 at[32]; [2006] 1 WLR 2562.”<sup>617</sup> (Tradução livre)

Mais adiante a Corte de Apelação, ainda no caso *Natalia Valencia v. Norberto Llupar*, concluiu que “é legalmente possível que uma sociedade exista antes da celebração

<sup>615</sup> Tradução livre de: “There are fewer formalities to be observed, and therefore there is less publicity and less expense involved in forming a partnership, e.g., there is no need to be registered, or to file a memorandum and articles, with the Registrar”. (CHARLESWORTH, John; CAIN, Thomas Ewan. **Company Law**. 10ª edição. Londres: Setevens & Sons, 1972, p. 25)

<sup>616</sup> INGLATERRA. *Court of Appeal (Civil Division)*. **Natalia Valencia v. Norberto Llupar** [2012] EWCA Civ 396, de 30.03.2012. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 21.08.2018.

<sup>617</sup> INGLATERRA. *Court of Appeal (Civil Division)*. **Natalia Valencia v. Norberto Llupar** [2012] EWCA Civ 396, de 30.03.2012. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 21.08.2018.

de um acordo formal e escrito ou sem que qualquer documento jurídico formal jamais tenha sido celebrado.”<sup>618</sup> (Tradução livre)

Em outro julgado, *Miah & Ors v. Khan*<sup>619</sup>, a questão principal da demanda limitou-se a verificar se seria possível afirmar que existia uma sociedade de fato entre sócios, mesmo que o negócio, que era objeto da sociedade de fato, jamais tivesse iniciado sua operação, embora as partes já tivessem investido em ativos, em infraestrutura para o exercício da empresa.

A Câmara dos Lordes, em sede de apelação, decidiu que, para se determinar a existência de uma sociedade de fato, o que importa é se as partes adentraram em um empreendimento no qual elas concordaram, jamais se o negócio em si começou a operar, conforme é possível extrair da parte da decisão transcrita abaixo:

“A questão é se elas efetivamente embarcaram em um empreendimento, em relação ao qual tenham acordado. Os direitos e obrigações mútuos das partes não dependem se a relação deles tenha surgido um dia antes ou um dia depois de terem aberto o restaurante, mas se ela surgiu antes ou depois deles terem efetivamente negociado qualquer negócio da ‘joint venture’. A questão não é se o restaurante começou a operar, mas se as partes fizeram o suficiente para se encontrarem no começo da empresa conjunta, na qual elas concordaram em se engajar. Uma vez que o juiz entendeu que os ativos foram adquiridos, as responsabilidades incorridas e as despesas definidas no curso da ‘joint venture’ e com a autoridade de todas as partes, a conclusão inevitavelmente segue.”<sup>620</sup> (Tradução livre)

---

<sup>618</sup> Tradução livre de: “I have no difficulty in agreeing with Ms Start that it is legally possible for a partnership to come into existence before a formal written agreement is executed, or without any formal legal document ever being executed.” (INGLATERRA. *Court of Appeal (Civil Division)*. **Natalia Valencia v Norberto Llupar** [2012] EWCA Civ 396, de 30.03.2012. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 21.08.2018)

<sup>619</sup> INGLATERRA. *House of Lords*. **Miah & Ors v. Khan** [2000] UKHL 55, de 02.11.2000. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 21.08.2018.

<sup>620</sup> Tradução livre de: “The question is whether they had actually embarked upon the venture on which they had agreed. The mutual rights and obligations of the parties do not depend on whether their relationship broke up the day before or the day after they opened the restaurant, but on whether it broke up before or after they actually transacted any business of the joint venture. The question is not whether the restaurant had commenced trading, but whether the parties had done enough to be found to have commenced the joint enterprise in which they had agreed to engage. Once the judge found that the assets had been acquired, the liabilities incurred and the expenditure laid out in the course of the joint venture and with the authority of all parties, the conclusion inevitably followed.” (INGLATERRA. *House of Lords*. **Miah & Ors v. Khan** [2000] UKHL 55, de 02.11.2000. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 21.08.2018)

No julgado, a Câmara dos Lordes entendeu que havia uma sociedade entre as partes e, havendo uma sociedade, ela era uma sociedade de fato (tradução livre de *partnership at will*)<sup>621</sup>, cuja existência não dependeria do efetivo início da operação da atividade econômica, vez que toda empresa requer um conjunto de atividades preliminares, que são desempenhadas antes do início da operação do negócio, mas todas essas atividades preliminares visam ao lucro, ainda que sejam desempenhadas por apenas um dos sócios ou, ainda, por um comerciante individual.

Portanto, em mais essa decisão, entendeu-se que a existência da sociedade comercial não depende sequer de qualquer espécie de documento jurídico relevante, bastando que as partes tenham estabelecido um acordo para o exercício de uma empresa com fins lucrativos, existência esta, aliás, que independe também da efetiva entrada em operação da própria empresa.

Por fim, em um terceiro julgado, que foi submetido à análise da Suprema Corte, *M Young Legal Associates Ltd v. Zahid (a firm) & Ors*<sup>622</sup>, a questão principal estava em torno da existência, ou não, de um contrato de sociedade entre uma firma de advocacia, que possuía diversos litigantes que careciam de financiamento para o litígio, e um pretense sócio que foi responsabilizado solidariamente pelo pagamento da comissão de um terceiro intermediário, que prospectava instituições comerciais financiadoras de litígio, mediante a percepção de um valor a título de comissão. O pretense sócio alegava, para isentar-se da responsabilidade solidária, que não participava dos lucros, o que desnaturava sua condição de sócio e, portanto, afastava sua responsabilidade solidária.

O juiz de primeira instância, apesar de definição de *partnership* constante do *Partnership Act 1890*, que, frise-se, conceitua sociedade como sendo a relação estabelecida entre duas pessoas para o exercício de um negócio com fim lucrativo, entendeu que “seja

---

<sup>621</sup> “It is common ground that, if there was a partnership between the parties, it was a partnership at will and was determined on 25 January 1994. By this date the restaurant was still not open for trade, though further progress had been made. The parties had acquired the freehold, bought and taken delivery of furniture and equipment for the restaurant, entered into a credit agreement for the purchase of carpets and a contract for the laundry of table linen, and advertised the restaurant in the local press.”

Tradução livre: “É pacífico que, se houve uma sociedade entre as partes, foi uma sociedade de fato e foi iniciada em 25 de janeiro de 1994. Nesta data, o restaurante ainda não estava aberto para operar, embora mais progressos haviam sido feitos. As partes tinham adquirido a propriedade, comprado e recebido os móveis e equipamentos para o restaurante, celebrado um contrato de financiamento para a compra de carpetes e um contrato com a lavanderia para lavagem das toalhas de mesa e anunciado o restaurante na imprensa local.” (INGLATERRA. *House of Lords. Miah & Ors v. Khan* [2000] UKHL 55, de 02.11.2000. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 21.08.2018)

<sup>622</sup> INGLATERRA. *Supreme Court of Judicature. M Young Legal Associates Ltd. v. Zahid (a firm) & Ors* [2006] EWCA Civ 613, de 16.05.2006. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018.

qual for o rótulo escolhido pelas partes para descrever a elas mesmas por suas próprias anotações não é determinante”, pois se deve verificar “a realidade, não se deve olhar a forma ou a fachada.”<sup>623</sup> (Tradução livre)

Assim, o juiz entendeu que houve a constituição de uma sociedade entre as partes e, a não participação nos lucros, somente ocorreu como meio de estabelecer uma firma de advocacia em conformidade com a Lei de Sociedade.

A Suprema Corte, por sua vez, acrescentou que, pela definição de *partnership*, haverá uma sociedade quando duas partes estabelecerem uma relação para o exercício de um negócio e com fins lucrativos, todavia, citando a doutrina contemporânea à elaboração do *Partnership Act 1890*, entendeu que este diploma legal não exige que haja a divisão dos lucros, mas mera finalidade lucrativa, o que gerou severo debate acerca desta questão nos idos de 1920.

A propósito, no *A Dictionary of Law*, Elizabeth A. Martin conceitua *partnership* como sendo a “associação de duas ou mais pessoas formada com o propósito de exercer um negócio com finalidade lucrativa (...) Diferente da empresa constituída, uma sociedade de fato não possui personalidade jurídica e, portanto, os sócios são responsáveis pelas dívidas da empresa.”<sup>624</sup> (Tradução livre)

Assim, retornando à referida decisão da Suprema Corte, esta entendeu que o fato de ser pago uma quantia fixa a um sócio, não exclui a possibilidade de ser um sócio, além disso, o *Partnership Act 1890* não infirma essa afirmação, conforme é possível extrair do excerto abaixo transcrito:

“Concordo com a decisão no caso *Stekel* e com as premissas estabelecidas nos livros sobre Sociedade por Lindley e Banks e pelo próprio Sr. Blackett-Ord, no sentido de que um acordo para ser paga uma quantia específica a uma pessoa, pelo trabalho a realizar por ela em nome de uma empresa, não impede que ele, desse modo, torne-se sócio dela. Nenhum fundamento para a premissa contrária decorre do Ato de 1890, embora seria simples provê-

<sup>623</sup> Tradução livre de: “(...) whatever label the parties chose to describe themselves by on their own notepaper is not determinative. You look at the reality, you do not look at the form or the window dressing.” (INGLATERRA. *Supreme Court of Judicature. M Young Legal Associates Ltd. v. Zahid (a firm) & Ors* [2006] EWCA Civ 613, de 16.05.2006. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018)

<sup>624</sup> Tradução livre de: “An association of two or more people formed for the purpose of carrying on a business with a view to profit (...) Unlike na incorporated company, a partnership does not have a legal personality of its own and therefore partners are liable for the debts of the firm.” (MARTIN, Elizabeth A.. *A Dictionary of Law*. 5ª Edição. Oxford: Oxford University, 2002, p. 357)

la na definição da seção 1 (1) ou, em especial, na seção 2 (3), em que o significado de recebimento de parcela dos lucros para determinar se a sociedade existe é expressamente tratada. Ao contrário, as palavras da definição central são suficientemente amplas para tornar o beneficiário de pagamentos em um montante fixo em um sócio, considerando que há uma empresa que é exercida com finalidade lucrativa e, crucialmente para o presente propósito, que ele está levando isto em comum com outro ou outros.

De fato, na medida em que uma definição é uma afirmação precisa da natureza essencial de uma coisa, eu consideraria como inconsistente com a seção 1 (1) - e assim não permitida pela seção 46 - enxertar em suas palavras a exigência anterior do 'common law' para participação nos lucros. Nem vejo qualquer lógica por trás de uma situação em que

(a) um acordo pelo qual uma pessoa deveria receber uma participação nos lucros, por mais simbólica que ela seja, poderia torná-la sócia e, de fato, prova *prima facie* (seção 2 (3)); e

(b) um acordo de que uma pessoa deveria receber uma parte dos lucros limitada a pagamentos de uma soma fixa poderia torná-lo um sócio (In Re Hill [1934] 1Ch 623); mas

(c) um acordo de que uma pessoa deveria receber pagamentos em uma quantia fixa, independentemente de lucros, impediria que ele fosse um sócio.<sup>625</sup> (Tradução livre)

---

<sup>625</sup> Tradução livre de: "I agree with the decision in the case of Stekel and with the propositions in the books on Partnership by Lindley and Banks and by Mr Blackett-Ord himself to the effect that an agreement for a person to be paid a specified sum for work to be done by him on behalf of a firm does not preclude his thereby becoming a partner of it. No authority for the contrary proposition can be derived from the Act of 1890 even though it would have been simple to provide for it either in the core definition in section 1(1) or, in particular, in section 2(3) in which the significance of receipt of a share of profits in determining whether a partnership exists is expressly addressed. On the contrary, the words of the core definition are wide enough to render the recipient of payments in a fixed sum a partner provided that there is a business, that it is carried on with a view to profit and, crucially for present purposes, that he is carrying it on in common with another or others. Indeed, in that a definition is a precise statement of a thing's essential nature, I would regard it as inconsistent with section 1(1) – and so not permitted by section 46 – to graft on to its words the previous requirement at common law for participation in profits. Nor do I see any logic behind a situation in which (a) an agreement that a person should receive a share of profits, however nominal that share might be, could make him a partner and indeed was *prima facie* evidence thereof (section 2(3)); and (b) an agreement that a person should receive a share of profits limited to payments in a fixed sum could make him a partner (In Re Hill [1934] 1 Ch 623); but (c) an agreement that a person should receive payments in a fixed sum, irrespective of profits, precluded his being a partner." (INGLATERRA. *Supreme Court of Judicature. M Young Legal Associates Ltd. v. Zahid*

Outro Lorde que julgou o recurso, cuja decisão foi mencionada acima, taxativamente reforça a necessidade de haver distribuição de lucros, o que decorre do próprio conceito constante do item 1(1) do *Partnership Act 1890*, *in verbis*:

“De minha parte, prefiro deixar em aberto a questão de saber se, antes da Ato de 1890, era uma condição necessária da sociedade que houvesse um acordo para distribuir lucros. Eu não duvido, por um momento, o grande peso a ser conferido à opinião de Lorde Lindley na quinta edição de sua célebre obra, que foi citada no parágrafo 24 por meu Lorde. Até agora, no entanto, como as pesquisas do Conselho têm sido capazes de descobrir, a premissa dele sobre este tema nunca foi submetida à prova de um caso em que a questão com o qual estamos agora enfrentando surgiu para a decisão necessária. Que a partilha de lucros é uma característica da sociedade, distinta de um ingrediente essencial, era e é incontroversa.”<sup>626</sup> (Tradução livre)

Portanto, o Direito Inglês não exige instrumento contratual escrito para que a sociedade exista, a qual decorre da definição de sociedade do próprio *Partnership Act 1890*. Ademais, a jurisprudência inglesa analisada é uníssona em admitir a existência da sociedade mesmo que o empreendimento comum, que uniu dois ou mais sócios com finalidade lucrativa, sequer tenha iniciado sua operação, bastando que haja o exercício de uma empresa com finalidade lucrativa, o que não significa efetiva percepção de lucro. Distingue-se, assim, a *partnership* da *registered company*.

Antes de verificar a posição da jurisprudência alemã, é preciso fazer uma breve incursão doutrinária acerca das sociedades de fato no Direito Alemão e na Doutrina Alemã.

Observe-se que, tal como se verificava no Brasil antes da revogação parcial do Código Comercial de 1850, o Código Civil Alemão também tem aplicação subsidiária ao Código Comercial conforme expressamente prevê o § 105, (3), do Código Comercial

---

**(a firm) & Ors [2006] EWCA Civ 613**, de 16.05.2006. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018)

<sup>626</sup> Tradução livre de: “For my part I prefer to leave open the question whether prior to the Act of 1890 it was a necessary condition of partnership that there be an agreement to share profits. I do not for a moment doubt the great weight to be accorded to the opinion of Lord Lindley in the fifth edition of his celebrated work, which my Lord has cited at paragraph 24. So far, however, as the researches of Counsel have been able to discover, his proposition on this topic was never submitted to the test of a case in which the question with which we are now faced arose for necessary decision. That the sharing of profits is a characteristic of partnership, as distinct from an essential ingredient of it, was and is uncontroversial.” (INGLATERRA. *Supreme Court of Judicature. M Young Legal Associates Ltd. v. Zahid (a firm) & Ors [2006] EWCA Civ 613*, de 16.05.2006. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018)

Alemão: “Salvo se esta Parte disponha de outro modo, as disposições do Código Civil relativas à sociedade aplicam-se à sociedade em geral.”<sup>627</sup> (Tradução livre)

De acordo com § 705, do Código Civil Alemão, o contrato de sociedade é conceituado como sendo o contrato pelo qual “os sócios mutuamente colocam-se sob o dever de promover a consecução de propósitos comuns pelo modo estipulado no contrato, em especial, sem limitações para a realização das contribuições pactuadas.”<sup>628</sup> (Tradução livre)

Desse modo, a doutrina conceitua a empresa como sendo uma associação voluntária de pessoas para a consecução de um propósito comum, como ensinam de maneira objetiva Herbert Wiedemann e Kaspar Frey: Uma empresa do BGB (...) é uma associação voluntária de pessoas para buscar um propósito comum.”<sup>629</sup> (Tradução livre)

Nesse sentido, também, Ingo Saenger ensina que, de acordo com o § 705 do Código Civil Alemão, o contrato de sociedade caracteriza-se pelo fato de “várias pessoas comprometerem-se mutuamente a promover o alcance de um propósito comum.”<sup>630</sup> (Tradução livre)

Assim, a sociedade, tal como ocorre no Direito Brasileiro e no Direito Inglês, é constituída por um contrato, pelo qual os sócios comprometem-se a realizar operações de negócios comerciais, mediante a realização de contribuições de cada um dos sócios.

Nos termos do § 1, (2), do Código Comercial Alemão, deve-se entender o negócio comercial como sendo “qualquer empresa comercial salvo, em razão de sua natureza

---

<sup>627</sup> Tradução livre de: “§ 105

(...)

(3) Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.” (ALEMANHA. **Handelsgesetzbuch (HBGB), de 10.05.1897**. Institui o Código Comercial. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.10.2018)

<sup>628</sup> Tradução livre de: “§ 705 **Inhalt des Gesellschaftsvertrags**

Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)

<sup>629</sup> Tradução livre de: “Eine BGB-Gesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR) ist ein freiwilliger Zusammenschluss von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks.” (WIEDEMANN, Herbert; FREY, Kaspar. **Gesellschaftsrecht**. 9ª edição. Munique: C. H. Beck, 2016, p. 35)

<sup>630</sup> Tradução livre de: “Für die GbR ist nach § 705 kennzeichnend, dass sich durch einen Gesellschaftsvertrag mehrere Personen gegenseitig verpflichten, de Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern.” (SAENGER, Ingo. **Gesellschaftsrecht**. 4ª edição. Munique: Vahlen, 2018, p. 16)

ou tamanho, a empresa não requeira uma operação comercial negocial organizada.”<sup>631</sup>  
(Tradução livre)

Ainda, conforme previsto no Código Civil Alemão, uma sociedade, que tenha por objeto a operação de um negócio comercial, adquirirá personalidade jurídica por meio de ato concessivo estatal, diante da apresentação do contrato de sociedade para registro. Esse é o teor do § 22 do Código Civil Alemão:

“Uma sociedade, cujo objeto seja operações de negócio comercial, adquire personalidade jurídica, ante a ausência de disposições especiais de lei federal, por concessão estatal (...).”<sup>632</sup> (Tradução livre)

Portanto, temos também no Direito Alemão a existência de uma sociedade comercial com a celebração do contrato de sociedade e, em um segundo momento, a atribuição a ela de personalidade jurídica, o que ocorrerá com o registro do contrato de sociedade no órgão estatal competente.

Aliás, o próprio Código Comercial Alemão, no § 123, (2), possui expressa previsão da possibilidade das operações negociais comerciais iniciarem-se antes mesmo do registro do contrato no órgão estatal competente, do que se extrai a possibilidade de existir uma sociedade, sem, todavia, que a mesma possua personalidade jurídica, isto é, antes mesmo de ser registrado seu contrato de sociedade, conforme é possível verificar do teor daquele dispositivo legal abaixo transcrito:

“§ 123

(...)

---

<sup>631</sup> Tradução livre de: “§ 1

(...)

(2) Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.” (ALEMANHA. **Handelsgesetzbuch (HBGB)**, de 10.05.1897. Institui o Código Comercial. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.10.2018)

<sup>632</sup> Tradução livre de: “§ 22 **Wirtschaftlicher Verein**

Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer bundesgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Die Verleihung steht dem Land zu, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**, de 18.08.1896. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017)



(2) Quando a sociedade inicia os negócios antes do registro, ela torna-se eficaz no momento em que é iniciado o negócio, salvo se o § 2 ou o § 105 (2) disponha de maneira distinta.”<sup>633</sup> (Tradução livre)

Logo, existindo o contrato de sociedade, para o que não se requer a celebração de instrumento escrito, ter-se-á uma sociedade de fato, que, como bem expõe Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França<sup>634</sup>, é designada pela doutrina alemã por *faktische Gesellschaft*, *bloss faktische Gesellschaft* ou, ainda, por *faktische entstandene Gesellschaft*.

Embora a sociedade de fato não seja formalmente reconhecida pela legislação alemã, a doutrina reconhece sua existência quando não há instrumento contratual escrito, assim como a existência da sociedade, quando seu contrato for, por alguma razão, considerado inválido, denominando-a de *fehlerhafte Gesellschaft*<sup>635</sup> ou, ainda, *unechte Vorgesellschaft*.

Em ambos os casos, as normas sobre sociedades tanto do Código Civil, quanto do Código Comercial são aplicáveis, com a prevalência das normas daquele ou deste, respectivamente, conforme a atividade exercida seja de natureza civil ou comercial. Contudo, a aplicabilidade das normas societárias do Código Civil e do Código Comercial exige, obviamente, que haja a conclusão de um contrato de sociedade<sup>636</sup>.

Como bem reconhece Ingo Saenger, a celebração de um contrato de sociedade pode ocorrer sob qualquer forma, visto que vige a liberdade de forma e, ainda, o contrato de

---

<sup>633</sup> Tradução livre de: “§ 123

(...)

(2) Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkte des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus § 2 oder § 105 Abs. 2 sich ein anderes ergibt.” (ALEMANHA. **Handelsgesetzbuch (HBGB)**, de 10.05.1897. Institui o Código Comercial. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.10.2018)

<sup>634</sup> “Mas há também quem utilize a expressão *faktische Gesellschaft* (às vezes com o acréscimo *bloss faktische Gesellschaft*, mera sociedade de fato, ou então *faktische entstandene Gesellschaft*, sociedade nascida – ou constituída – de fato) para designar, aproximativamente, o que, no Brasil, se entendia por *sociedade de fato* sem contrato ou prova escrita.” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 70)

<sup>635</sup> “(...) ou seja, aquela sociedade constituída mediante contrato escrito, registrada, e que, todavia, é posteriormente invalidada em razão de vícios em sua constituição (como a *société de fait* do direito francês.” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69)

<sup>636</sup> Esse é o ensinamento de Ingo Saenger: “Es bedarf daher zumindest auf den Vertragsschluss gerichteter (wenn auch fehlerhafter) Willenserklärungen der Beteiligten.”

Tradução livre: “Por isso, exige-se, pelo menos, a celebração de contrato (ainda que defeituosa) por declarações de vontade das partes envolvidas.” (SAENGER, Ingo. **Gesellschaftsrecht**. 4ª edição. Munique: Vahlen, 2018, p. 36)

sociedade pode ser celebrado de maneira implícita, caso em que será necessário o recurso às circunstâncias negociais de cada caso individualmente considerado<sup>637</sup>.

Contudo, o jurista alemão adverte que as figuras da *fehlerhafte Gesellschaft* (sociedade constituída por ato posteriormente invalidado) e da sociedade de fato (*faktische Gesellschaft*) devem ser mantidas separadamente, mesmo que nas discussões jurídicas constata-se a confusão entre ambas<sup>638</sup>.

Portanto, visto que a legislação e a doutrina alemã reconhecem a figura da sociedade de fato, isto é, aquela que foi constituída por meio da celebração de contrato, sem que tenha havido instrumento escrito, cumpre verificar como a jurisprudência alemã tem tratado este tema.

Com efeito, a Corte Federal de Justiça Alemã no julgado II ZR 202/53, cujo acórdão foi proferido em 30.04.1955<sup>639</sup>, julgou recurso, cujo caso tratava de uma empresa, Heinrich J. Sch., que tinha por objeto social o comércio de revistas, cujo sócio faleceu na 2ª Guerra Mundial. O único herdeiro, que era o réu da ação, assumiu o exercício da empresa aos 15 anos de idade.

Após a 2ª Guerra Mundial, o autor, que era tio do réu, celebrou um contrato social com o réu, representado por seu tutor, para a continuação da empresa. Posteriormente, a mãe do réu ingressou na sociedade, mas nenhum dos contratos foram aprovados pelo Tribunal competente. Diante de uma discussão entre os sócios, o réu, que era menor de idade, passou a exercer a empresa unipessoalmente.

A discussão fundamental envolvida no julgado mencionado está centrada na existência, ou não, de uma sociedade de fato, após o contrato social da sociedade ter sido

---

<sup>637</sup> “Angesichts der Möglichkeit, den Gesellschaftsvertrag grundsätzlich formfrei und sogar durch konkludentes Verhalten abzuschließen, kann die Abgrenzung bisweilen problematisch sein und wird letztlich von den Umständen des Einzelfalls und nicht zuletzt deren Beweinsbarkeit abhängen.”

Tradução livre: “Tendo em vista a possibilidade de celebrar o contrato social, em princípio, sem qualquer forma específica e mesmo por comportamentos concludentes, a delimitação pode, por vezes, ser problemática e dependerá em última instância das circunstâncias do caso individual e não menos importante da sua capacidade de provar sua existência.” (SAENGER, Ingo. **Gesellschaftsrecht**. 4ª edição. Munique: Vahlen, 2018, p. 36)

<sup>638</sup> “Vor diesem Hintergrund sind die Begriffe “fehlerhafte” und “faktische” Gesellschaft streng auseinander zu halten, wenngleich der Terminologiewechsel in der Rechtsprechung Verwirrung stiften mag.”

Tradução livre: “Nesse contexto, os termos sociedade “irregular” e “factual” devem ser mantidos estritamente separados, embora o intercâmbio terminológico na jurisprudência seja confuso.” (SAENGER, Ingo. **Gesellschaftsrecht**. 4ª edição. Munique: Vahlen, 2018, p. 36)

<sup>639</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 202/53**, de 30.04.1955. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

considerado inválido, cujo sócio era menor de idade, diante da inexistência de aprovação do respectivo tribunal competente.

A Corte Federal de Justiça Alemã, embora tenha concluído que as normas de proteção ao menor de idade levam à existência de uma sociedade de fato, no corpo de sua decisão reconheceu que a existência de uma sociedade de fato, em razão do decurso do tempo e do exercício prolongado da atividade econômica, equivaleria a uma sociedade regular e vinculante entre os sócios.

A propósito, veja o excerto abaixo transcrito:

“O significado particular de uma sociedade de fato neste contexto - e isso também mostra uma diferença para a relação de trabalho de fato com um menor - é que a empresa, em razão do tempo já decorrido, é equiparada essencialmente a um negócio jurídico societário regular, de modo que, para sócios individuais, foram criadas obrigações vinculantes de acordo com o seu contrato social - legalmente inválido ou contestável - criado por lei. Isso não se aplica apenas à obrigação de integralização assumida, mas também ao requisito de confiança social.”<sup>640</sup> (Tradução livre)

Em outro julgado, a Corte Federal de Justiça da Alemanha<sup>641</sup>, ao tratar de questões relativas ao início do exercício de atividade econômica, por empresa constituída por meio de por contrato social celebrado entre as partes, sem que houvesse o pedido de registro do ato constitutivo no Registro do Comércio, que veio a falir, mas cuja operação foi posteriormente continuada por sócios, por meio de outra empresa igualmente sem registro do ato constitutivo no Registro do Comércio, entendeu que os sócios dessa sociedade irregular devem ser tratados como se estivessem associados a uma sociedade de pessoas.

Dessa maneira, os sócios “em princípio, internamente teriam apenas uma adesão proporcional ao negócio, mas externamente teriam uma responsabilidade ilimitada e solidária, conforme o sistema de responsabilidade civil pessoal, inclusive em caso de união

---

<sup>640</sup> Tradução livre de: “Die in diesem Zusammenhang ins Gewicht fallende Besonderheit einer faktischen Gesellschaft - und hierin zeigt sich auch ein Unterschied zu dem faktischen Arbeitsverhältnis mit einem Minderjährigen - liegt darin, daß die Gesellschaft für die zurückliegende Zeit im wesentlichen der rechtsgeschäftlich wirksamen Gesellschaft gleichgestellt wird, sie also für die einzelnen Teilhaber echte obligatorische Verpflichtungen nach Maßgabe ihres - zwar rechtsgeschäftlich unwirksamen oder anfechtbaren - Gesellschaftsvertrages erzeugt. Das gilt nicht nur für die übernommene Einlageverpflichtung, sondern auch für die gesellschaftliche Treupflicht.” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 202/53**, de 30.04.1955. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018)

<sup>641</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 204/00**, de 04.11.2002. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

de pessoas que não pretendem adotar a forma jurídica de uma empresa de capital para participar da vida econômica. Após isso, ter-se-ia um tipo societário que atribuiria uma responsabilidade privilegiada das pessoas que atuam na empresa, embora seja certo que não se terá o surgimento de uma sociedade limitada.”<sup>642</sup> (Tradução livre)

Em outro julgado<sup>643</sup>, a Corte Federal de Justiça Alemã entendeu que o Tribunal de Recursos equivocou-se ao considerar que havia uma sociedade de fato apenas com base nos fatos objetivamente considerados, sem levar em conta um contrato celebrado entre um empresário individual e uma pessoa física.

No julgado referido, uma empresa não registrada era operada por um único empresário, que celebrou um contrato escrito com um credor, pelo qual o empresário, que operava a empresa, apenas poderia realizar vendas em dinheiro na loja, mas, em relação a todos os outros assuntos, ambos deveriam agir conjuntamente, de modo que até que houvesse o reembolso do valor do crédito, o credor teria direito a participar no lucro da empresa, além de ter o direito de ingressar a qualquer momento na sociedade operada pelo empresário individual.

Após alguns anos dessa atuação de ambos, um credor da empresa ajuizou ação para cobrar dívida em face de ambos, o empresário individual e o credor que havia celebrado contrato escrito com o empresário individual, e o Tribunal de Recursos entendeu que ambos eram responsáveis pelo pagamento da dívida da empresa, com fundamento no § 128 do Código Comercial Alemão, segundo o qual “os sócios serão pessoal e solidariamente responsáveis perante os credores pelas obrigações da sociedade. Qualquer acordo contrário será ineficaz perante terceiros.”<sup>644</sup> (Tradução livre)

---

<sup>642</sup> Tradução livre de: “Sie hätte nämlich zur Folge, daß die Grundsätze über die GmbHrechtliche Gründerhaftung -sie führen prinzipiell nur zu einer anteiligen Innenhaftung der Gesellschafter, schließen eine unbeschränkte und gesamtschuldnerische Außenhaftung, wie sie für das personengesellschaftsrechtliche Haftungssystem prägend ist, jedoch aus -auch auf den Zusammenschluß von Personen anwendbar wären, die nicht mehr die Absicht haben, in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Der Sache nach entstände damit ein neuer Gesellschaftstypus, der zu einer privilegierten Haftung der handelnden Personen führen müßte, obwohl feststeht, daß es zur Entstehung einer GmbH nicht mehr kommen wird.” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 204/00**, de 04.11.2002. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018)

<sup>643</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 205/63**, de 11.10.1965. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 04.11.2018.

<sup>644</sup> Tradução livre de: “§ 128

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.” (ALEMANHA. **Handelsgesetzbuch (HBGB)**, de 10.05.1897. Institui o Código Comercial. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.10.2018)

Todavia, a Corte Federal de Justiça entendeu que a decisão do Tribunal de Recursos deveria ser reformada, pois não se deveria apenas levar em conta os fatos objetivos relativos à atuação dos réus e à aparente existência de uma sociedade de fato entre eles, mas também a real vontade dos réus diante da forma como estruturam a cooperação estabelecida entre eles no contrato que celebraram, conforme é possível constatar do trecho abaixo transcrito da decisão:

“É verdade que a formação e a existência de uma empresa comercial são, em alguns aspectos, independentes da vontade dos acionistas (BGHZ 32, 307, 310 [BGH 19.05.1960 - II ZR 72/59] e outros). No entanto, isso sempre pressupõe que os sócios criaram uma sociedade sob o ponto de vista externo e, conseqüentemente, também apareceram externamente como sociedade.

Por outro lado, é diferente no que diz respeito à questão de se, em um caso particular, uma sociedade é uma sociedade sob o ponto de vista externo ou uma sociedade sob o ponto de vista interno dos sócios. Para a resposta a esta questão, ela depende, em primeiro lugar e acima de tudo, da vontade declarada dos sócios, ou seja, de como eles moldaram suas relações sociais uns com os outros após os acordos celebrados. O tribunal de apelação interpretou erroneamente esse ponto inicial, essencial para a decisão, ao determinar que a questão da existência de uma empresa sob a ótica externa ou interna era determinada não pela vontade das partes contratantes, mas apenas pelos fatos objetivos.

(...)

Contudo, tal importância decisiva não pode ser atribuída ao comportamento exterior do réu ao avaliar a sua posição ao abrigo do direito das sociedades. Em seguida, a aparência externa do réu poderia ser considerada como uma indicação da existência de uma empresa sob a ótica externa se, devido a outras circunstâncias, pudesse ser considerada como o resultado de um contrato, de acordo com o qual o réu teria o direito de agir externamente em nome de uma empresa com H. Para esta suposição, no entanto, de acordo com os fatos até agora estabelecidos, há uma falta de base factual suficiente (...).<sup>645</sup> (Tradução livre)

---

<sup>645</sup> Tradução livre de: “Zwar ist es richtig, daß die Entstehung und der Fortbestand einer offenen Handelsgesellschaft in bestimmter Hinsicht vom Willen der Gesellschafter unabhängig sind (BGHZ 32, 307,

Desse modo, percebe-se que a orientação jurisprudencial alemã reconhece a existência das sociedades de fato e das sociedades irregulares, bem como, para o reconhecimento da existência da sociedade de fato, exige não só que se considere os fatos objetivamente aferidos do comportamento dos sócios, mas também, caso tenham celebrado algum contrato, que se considere a real estruturação da sociedade de acordo com os termos contratuais.

---

310 [BGH 19.05.1960 - II ZR 72/59] u.a.m.). Das setzt aber immer voraus, daß die Gesellschafter, eine Außengesellschaft errichtet haben und demgemäß auch außen als Gesellschaften aufgetreten sind.

Anders ist es dagegen bei der Frage, ob es sich im Einzelfall bei einer Gesellschaft um eine Außengesellschaft oder um eine Innengesellschaft handelt. Für die Beantwortung dieser Frage kommt es in erster Linie auf den erklärten Willen der Gesellschafter an, also darauf, wie sie nach den getroffenen Vereinbarungen ihre gesellschaftlichen Beziehungen zueinander gestaltet haben. Diesen für die Entscheidung wesentlichen rechtlichen Ausgangspunkt hat das Berufungsgericht verkannt, indem es davon ausging, daß auch für die Frage nach dem Vorliegen einer Außen- oder einer Innengesellschaft nicht der Wille der Vertragspartner, sondern nur der objektive Sachverhalt maßgeblich sei.

(...)

Eine so ausschlaggebende Bedeutung kann jedoch dem äußeren Verhalten des Beklagten bei der Beurteilung seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung nicht beigelegt werden. Kur dann käme das äußere Auftreten des Beklagten als ein Anzeichen für das Vorliegen einer Außengesellschaft in Betracht, wenn es auf Grund der sonst vorliegenden Umstände als Auswirkung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung angesehen werden könnte, wonach der Beklagte berechtigt gewesen wäre, nach außen im Namen einer mit H. bestehenden Gesellschaft zu handeln. Für diese Annahme fehlt es aber nach dem bisher feststehenden Sachverhalt an einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage (...)" (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 205/63**, de 11.10.1965. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 04.11.2018)

## 5.2. A OBRIGAÇÃO SOCIAL DE PRESTAR

Feitas essas considerações acerca dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, bem como por Tribunais ingleses e alemães em relação às sociedades de fato, deve-se analisar agora a experiência jurisprudencial estrangeira e nacional, no que diz respeito ao comportamento concludente, especialmente na celebração de contrato para a prestação de serviços ou fornecimento de bens perante o Estado.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há que se considerar que a pesquisa feita no *website* do Tribunal por acórdãos relacionados ao comportamento concludente, enquanto meio exteriorizador da vontade negocial apto a permitir a celebração de um contrato, infelizmente, resultou em inúmeras decisões colegiadas e monocráticas que não adentravam no mérito do recurso, sob o fundamento de não poder, o Superior Tribunal de Justiça, reexaminar questões fático-probatórias, incidindo, portanto, a Súmula nº 5 do Superior Tribunal de Justiça<sup>646</sup>.

Apesar da dificuldade em encontrar alguma decisão que adentrasse no mérito de maneira indireta, ainda que ao final não conhecesse do recurso, encontramos poucas decisões que analisaram, em maior ou menor profundidade, diretamente ou indiretamente por citação do acórdão recorrido, a questão relacionada ao comportamento concludente.

A primeira decisão consiste em decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino<sup>647</sup>, ao analisar recurso de agravo em recurso especial, destinado a obter o conhecimento do recurso especial não admitido.

O caso refere-se a uma ação de cobrança de comissões devidas em razão da existência de um contrato de representação comercial, que não foi celebrado por instrumento escrito, mas cuja existência foi reconhecida pelo Tribunal *a quo*, que condenou a parte contrária no pagamento das comissões pleiteadas.

---

<sup>646</sup> “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”

<sup>647</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Agravo em Recurso Especial nº 1.007.185 - SP (2016/0284256-0)**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 21.08.2018.

Em sede recursal, a parte, que foi condenada no pagamento das comissões, alegou, basicamente, que não foi comprovada a existência de contrato de representação comercial entre as partes.

A decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o Tribunal *a quo* havia decidido plenamente a matéria, após a apreciação do conjunto fático-probatório, fazendo citação dos seguintes trechos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Não há, portanto, requisito de forma, de modo que o contrato de representação comercial celebrado verbalmente existe, é válido e é eficaz.  
(...)

A apelada atuou, portanto, como representante da apelante.

Com efeito, conforme demonstram os documentos referidos acima, as partes concluíram o contrato de representação comercial por meio de tratativas orais e correspondências eletrônicas.

(...)

Não havendo requisito de forma, a simples execução do contrato, conforme demonstrada pelas notas fiscais e pelo laudo pericial, permitiria até mesmo o reconhecimento da conclusão do contrato em razão do comportamento concludente das partes, como concretização da cláusula geral de boa-fé (art. 422 do Código Civil).

Reconhecida, portanto, a existência do negócio jurídico regido pela Lei n.º 4.886/65 e, conseqüentemente, da relação jurídica obrigacional que dele decorreu, deve-se examinar a que regras, concretamente, contratuais e legais, o acordo estava submetido.”<sup>648</sup>

Portanto, embora a decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça tenha adentrado no mérito da demanda apenas indiretamente, pode-se perceber da transcrição feita acima, que o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a existência de contrato de representação comercial, mesmo não tendo, as partes, celebrado instrumento escrito, pois não é exigido nenhum requisito de forma para o contrato de representação comercial.

---

<sup>648</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Agravo em Recurso Especial nº 1.007.185 - SP (2016/0284256-0)**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 21.08.2018.



Neste momento, é mister fazer uma ressalva, pois a existência do contrato não depende de forma, mas sua validade poderá, sim, exigir requisitos de forma. Observe-se que o Tribunal de Justiça não fez distinção entre os planos da existência e da validade, o que seria imprescindível para manter uma análise mais apurada tecnicamente, consoante os ensinamentos de Antônio Junqueira de Azevedo<sup>649</sup> e de Marcos Bernardo de Mello<sup>650</sup>.

Apesar disso, a decisão do Tribunal de Justiça reconheceu que o início da execução das obrigações contratuais, pelas partes, constitui comportamento concludente apto a exteriorizar a vontade negocial das partes objetivamente e, portanto, capaz de dar existência a um contrato, que não precisa ser celebrado apenas e tão somente por meio da confluência de declarações de vontade, tal como eram as posições de Günter Haupt e de Karl Larenz.

Em outra decisão monocrática<sup>651</sup>, que foi proferida em sede de recuso de agravo em recurso especial, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, embora não tenha adentrado no mérito do recurso especial diretamente, diante da necessária análise das questões fático-probatórias, fez referência à decisão do Tribunal de Justiça, que expressamente reconheceu ser, o comportamento concludente, um veículo exteriorizador da vontade negocial.

A demanda tratava de condenação de uma empresa no pagamento dos valores, que eram devidos pela publicidade veiculada por outra empresa e paga apenas por alguns meses, os quais cessaram posteriormente, tendo, a empresa contratante da veiculação, alegado a inexistência de contrato entre as partes, com o fim de eximir-se da obrigação de pagar valores cobrados pela empresa veiculadora.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, proferiu acórdão reconhecendo que, de acordo com o regime jurídico do Código Civil, a existência de contrato pode decorrer de comportamento concludente, incluindo o início da execução pelas partes, *in verbis*:

“O que se indaga é se existe início de prova por escrito e comportamento concludente das partes, suficiente para demonstrar a existência do contrato.

4. A resposta à questão acima é positiva.

---

<sup>649</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>650</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 20ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>651</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Agravo em Recurso Especial nº 679.394 - SP (2015/0061499-6)**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 21.08.2018.

Embora sem a forma escrita, o encaminhamento de mensagens eletrônicas e, sobretudo, o comportamento concludente das partes na execução do contrato demonstram à saciedade a sua existência.

Sabido que pode a declaração de vontade das partes ser expressa ou explícita, quando se utilizem de qualquer veículo para exteriorizá-la no mundo civil, seja verbalmente usando a palavra falada, seja por mímica, quando o agente se exprima por um gesto tradutor de seu querer, ou seja por escrito, se da forma gráfica se utiliza o declarante em instrumento manuscrito, datilografado, polycopiado ou impresso (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol I, Forense, p. 31).

Lembre-se, ainda, que “o Código de 2.002 admite ao longo de seus dispositivos tanto a aceitação expressa quanto a tácita. Assim, se determinado contrato dispensar exigência de forma especial, sendo bastante a consensualidade, poderá o início da execução representar uma forma tácita de conclusão do contrato” (Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, Direito dos Contratos, Lumen Juris, p. 74)

No caso concreto, a efetiva prestação de serviços de veiculação de publicidade em programa televisivo e os pagamentos feitos pela ré ao longo de cinco meses não podem ter outro significado, que não o do reconhecimento da existência e da eficácia do contrato.

5. O comportamento concludente da ré, ao receber a mensagem eletrônica, conviver com a veiculação da publicidade de seus produtos e efetuar o pagamento de cinco das parcelas do preço induz o reconhecimento dos efeitos do contrato.

Na lição de Paulo Mota Pinto, “visualizamos o comportamento concludente como elemento objetivo da declaração tácita. Esta só se exterioriza através de um comportamento concludente. Se, diante da totalidade das circunstâncias específicas, em certo contexto a impressão do proponente ou de qualquer pessoa que estivesse em seu lugar se der no sentido de que a proposta foi aceita, haverá um comportamento concludente caracterizado como declaração negocial de aceitação” (Paulo

Mota Pinto, Declaração Tácita e Comportamento Concludente, p. 746/747).”<sup>652</sup>

Na decisão acima transcrita, entendeu-se que um contrato existe sempre que o comportamento concludente das partes seja capaz de exteriorizar objetivamente a vontade negocial das partes, incluindo-se o início da execução das obrigações contratuais das partes, tal como ocorre no caso concreto, em que a parte veiculou publicidade e a outra parte efetuou o pagamento pela prestação do serviço de veiculação de publicidade.

Desse modo, do comportamento concludente, somente se pode chegar à conclusão de que as partes consensualmente celebraram o contrato, dando-lhe existência, ao excluir outros possíveis significados que pudessem ser atribuídos aos comportamentos das partes, o que contrariaria, a propósito, o dever geral de agir com boa fé, sob pena, inclusive, de caracterizar a figura parcelar da boa fé do *venire contra factum proprium*.

Analisadas estas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que admitem a existência de contrato por mero comportamento concludente (inclusive a execução de prestações contratuais), passaremos a analisar julgados de tribunais estrangeiros acerca dos comportamentos concludentes no âmbito da formação do contrato.

No Reino Unido, segundo o relato de Andrew Robertson<sup>653</sup>, a primeira decisão que tratou de maneira clara a confiança razoável decorrente da conduta da outra parte foi o caso *Freeman v. Cooke*<sup>654</sup>, que foi julgado pela *Court of Exchequer Chamber* em 1848.

Apesar do contexto fático não coincidir com o tema tratado no presente trabalho, a decisão mencionada teve o condão de estipular como princípio que o comportamento de uma parte, que incute na outra a crença de que exista certo estado das coisas e, de acordo com essa percepção, a outra parte aja de acordo com aquela crença ou, ainda, mude sua crença e aja de acordo com ela, não é lícito à parte que tenha induzido a outra a uma crença, contestá-la.

A propósito, veja excerto abaixo transcrito da decisão proferida no caso *Freeman v. Cooke*:

---

<sup>652</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Agravo em Recurso Especial nº 679.394 - SP (2015/0061499-6)**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 21.08.2018.

<sup>653</sup> ROBERTSON, Andrew. Reasonable Reliance in Estoppel by Conduct. **University of New South Wales Law Journal**. Sidnei: Australasian Legal Information Institute, vol. 23, 2000, pp. 87-109.

<sup>654</sup> INGLATERRA. *Court of Exchequer Chamber. Freeman v. Cooke* (1848) 2 Ex 352; 154 ER 652. Disponível em <http://www.bailii.org>. Acesso em 28.08.2018.

“Uma parte que (...) permita outra a contratar na crença e compreensão de um fato que possa ser contraditado, não pode posteriormente contestar aquele fato em uma ação contra a pessoa a quem ela própria ajudou a enganar.”<sup>655</sup> (Tradução livre)

Mais adiante, citando o caso *Pickard v. Sears*<sup>656</sup>, que foi julgado em 1837, a *Court of Exchequer Chamber* entendeu que sempre que uma parte, por palavras ou por condutas, intencionalmente causar em outra pessoa a crença da existência de certo estado das coisas e a agir de acordo com essa existência, ter-se-á como concluído, celebrado um contrato.

Mais recentemente, a *Court of Appeal*, no caso *Reveille Independente LLC v. Anotech International (UK) Limited*<sup>657</sup>, que, inclusive, já foi citado anteriormente neste trabalho, aceitou a conduta das partes como meio exteriorizador do acordo, este, por sua vez, formado por uma oferta e uma aceitação, que não foram feitas de modo expresso, mas, sim, tácito, visto que as partes, embora não tenham assinado o instrumento contratual, cujas minutas foram trocadas entre as partes, agiram tal como se tivessem formalmente celebrado o contrato, mesmo havendo a previsão, nas minutas, de que o contrato não seria vinculante até que as partes efetivamente assinassem o instrumento contratual.

A referida decisão da *Court of Appeal* está fundada em algumas premissas que são aplicáveis aos contratos comerciais, quais sejam: **(i)** a necessidade de certeza nos contratos comerciais é aplicável, também, nas negociações comerciais e na determinação da existência do contrato, **(ii)** a proteção das expectativas razoáveis de um homem de negócios honesto e sensato, **(iii)** na determinação da existência de um contrato, o critério que regerá essa análise será o das expectativas razoáveis de um homem de negócios honesto e sensato

---

<sup>655</sup> Tradução livre de: “A party that (...) allows another to contract on the faith and understanding of a fact which he can contradict, cannot afterwards dispute that fact in an action against the person whom he has himself assisted in deceiving.” (INGLATERRA. *Court of Exchequer Chamber. Freeman v. Cooke* (1848) 2 Ex 352; 154 ER 652. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018)

<sup>656</sup> “The rule of law is clear, that, where one by his words or conduct willfully causes another to believe the existence of a certain state of things, and induces him to act on that belief, so as to alter his own previous position, the former is concluded.”

Tradução livre: “A regra é clara, que quando uma pessoa por suas palavras ou conduta intencionalmente causa em outrem a crença na existência de certo estado das coisas, e a induz a agir com base naquela crença, inclusive alterar sua própria posição inicial, ter-se-á por concluído.” (INGLATERRA. *Court of Exchequer Chamber. Pickard v. Sears* (1837) A & E 469; 112 ER 179 at 181. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018)

<sup>657</sup> INGLATERRA. *England and Wales Court of Appeal (Civil Division). Reveille Independente LLC v. Anotech International (UK) Limited* [2016] EWCA Civ 443, de 06.05.2016. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 01.11.2017.

e *(iv)* a formação do contrato não precisa ser resultado de uma oferta e uma aceitação, mas pode ser o resultado da execução das obrigações.

A Corte inglesa, ainda, entendeu que esta mesma análise deve ser aplicada na decisão sobre a aceitação, ou não, de uma oferta pela conduta da parte. Embora poder-se-ia argumentar que a celebração de um contrato por comportamentos concludentes poderia gerar maior incerteza e imprecisão, a *Court of Appeal* entendeu contrariamente, pois o fato da transação ter sido executada ao invés de ser executória, torna irreal a alegação de que as partes não queriam celebrar um contrato. Além disso, o fato da transação ter sido executada torna mais fácil inferir cláusulas que solucionam qualquer incerteza.

A propósito, nesse sentido foi a decisão no caso *G. Percy Trentham Ltd v. Archital Luxfer Ltd*<sup>658</sup>. Percucientemente, naquele caso, a Corte Inglesa fez uma análise do Direito Inglês acerca da formação do contrato, conforme excerto já transcrito anteriormente neste trabalho<sup>659</sup>.

---

<sup>658</sup> INGLATERRA. *Court of Appeal. G. Percy Trentham Ltd v Archital Luxfer Ltd [1992] Adj.L.R. 07/20*, de 20.07.1992. Disponível em <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionAdjudicationLawReports/Percy%20Trentham%20v%20Luxfor%201992.pdf>>. Acesso em 05.11.2017.

<sup>659</sup> “Before I turn to the facts it is important to consider briefly the approach to be adopted to the issue of contract formation in this case. It seems to me that four matters are of importance. The first is the fact that English law generally adopts an objective theory of contract formation. That means that in practice our law generally ignores the subjective expectations and the unexpressed mental reservations of the parties. Instead the governing criterion is the reasonable expectations of honest men. and in the present case that means that the yardstick is the reasonable expectations of sensible businessmen. Secondly, it is true that the coincidence of offer and acceptance will in the vast majority of cases represent the mechanism of contract formation. It is so in the case of a contract alleged to have been made by an exchange of correspondence. But is is not necessarily so in the case of a contract alleged to have come into existence during and as a result of performance. See *Brogden v. Metropolitan Railway (1877) 2 A.C. 666*; *New Zealand Shipping Co Ltd v A.M. Satterthwaite & Co Ltd [1974] 1 Lloyd’s Rep. 534* at p. 539, col. 1; [1975] A.C. 154 at p. 167 D-E; *Gibson v Manchester City Council [1979] 1 W.L.R. 294*. The third matter is the impact of the fact that the transaction is executed rather than executory. It is a consideration of the first importance on a number of levels. See *British Bank for Foreign Trade Ltd v Novinex [1949] 1 K.B. 628*, at p. 630. The fact that the transaction was performed on both sides will often make it unrealistic to argue that there was no intention to enter into legal relations. It will often make it difficult to submit that the contract is void for vagueness or uncertainty. Specifically, the fact that the transaction is executed makes it easier to imply a term resolving any uncertainty, or, alternatively, it may make it possible to treat a matter not finalised in negotiations as inessential. In this case fully executed transactions are under consideration. Clearly, similar considerations may sometimes be relevant in partly executed transactions. Fourthly, if a contract only comes into existence during and as a result of performance of the transaction it will frequently be possible to hold that the contract impliedly and retrospectively covers pre-contractual performance. See *Trollope & Colls Ltd v Atomic Power Construction Ltd [1963] 1 W.L.R. 333*.”

Tradução livre: “Antes de voltar-me aos fatos, é importante considerar brevemente a abordagem a ser adotada para a questão da formação do contrato neste caso. Parece-me que quatro questões são importantes. A primeira é o fato de que a lei inglesa geralmente adota uma teoria objetiva da formação de contratos. Isso significa que, na prática, nossa lei geralmente ignora as expectativas subjetivas e as reservas mentais das partes não expressadas. Em vez disso, o critério regente é a expectativa razoável do homem honesto e, no presente caso, isso significa que o critério é as expectativas razoáveis de um homem de negócios sensato. Em segundo lugar, é verdade que a coincidência de oferta e aceitação representará, na grande maioria dos casos, o mecanismo de

Segundo a análise feita no caso mencionado acima, a Corte Inglesa entendeu que **(i)** a formação do contrato no Direito Inglês é considerada objetivamente, sem levar em conta as expectativas subjetivas e as reservas mentais não exteriorizadas, **(ii)** em virtude desta aproximação objetiva, considera-se como critério a expectativa razoável do homem honesto ou, no âmbito comercial, as razoáveis expectativas de um homem de negócios sensato, **(iii)** embora na grande maioria dos casos, a aderência entre oferta e aceitação represente o mecanismo de formação do contrato, há casos cuja formação contratual não é apresentada por essa modalidade de formação, mas, sim, por exemplo, por meio da execução das obrigações contratuais, **(iv)** o fato da transação ter sido executada não implica em insegurança e incerteza que sejam capazes de invalidar o contrato, mas, contrariamente, facilita a inferência de cláusulas solucionadoras de incertezas, além de permitir a conclusão de que aspectos negociais não finalizados, sejam considerados não essenciais ao negócio e, por fim, **(v)** o contrato, que se torna existente durante e como consequência da execução de obrigações pelas partes, implicitamente abrangerá as execuções de obrigações anteriores.

Apenas para concluir a análise das decisões das Cortes Inglesas acerca da possibilidade de celebrar um contrato por meio de conduta das partes, passaremos a analisar sucintamente três outros julgados relevantes: *Pagnan SPA v. Feed Products Ltd*<sup>660</sup>, *RTS Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Muller GmbH & Company KG (UK Production)*<sup>661</sup>

---

formação do contrato. É assim no caso de um contrato alegadamente ter sido celebrado por uma troca de correspondência. Mas não é necessariamente assim no caso de um contrato alegadamente ter-se tornado existente durante e como resultado da performance. Veja *Brogden v. Metropolitan Railway* (1877) 2 A.C. 666; *New Zealand Shipping Co Ltd v A.M. Satterthwaite & Co Ltd* [1974] 1 Lloyd's Rep. 534 at p. 539, col. 1; [1975] A.C. 154 at p. 167 D-E; *Gibson v Manchester City Council* [1979] 1 W.L.R. 294. A terceira questão é o impacto do fato de que a transação foi executada, ao invés de ser executória. É uma consideração de primeira importância em vários níveis. Veja *British Bank for Foreign Trade Ltd v Novinex* [1949] 1 K.B. 628, at p. 630. O fato da transação ter sido executada por ambos os lados, muitas vezes, torna irrealista argumentar que não havia intenção de estabelecer relações jurídicas. Muitas vezes, dificultará a alegação de que o contrato é nulo por imprecisão ou incerteza. Especificamente, o fato da transação ter sido executada torna mais fácil inferir uma cláusula solucionadora de qualquer incerteza ou, alternativamente, pode permitir que questão não finalizada nas negociações seja considerada como não essencial. Nesse caso, as transações totalmente executadas foram consideradas. Claramente, considerações similares podem, às vezes, ser relevantes em transações parcialmente executadas. Em quarto lugar, se um contrato só se torna existente durante e como resultado da execução da transação, será frequentemente possível sustentar que o contrato implícita e retrospectivamente abrange performances pré-contratuais. Veja *Trollope & Colls Ltd v Atomic Power Construction Ltd.* [1963] 1 W.L.R. 333.” (INGLATERRA. *Court of Appeal. G. Percy Trentham Ltd v Archital Luxfer Ltd* [1992] Adj.L.R. 07/20, de 20.07.1992. Disponível em <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionAdjudicationLawReports/Percy%20Trentham%20v%20Luxfor%201992.pdf>>. Acesso em 05.11.2017)

<sup>660</sup> INGLATERRA. *Court of Appeal. Pagnan SPA v Feed Products Ltd* [1987] 2 Lloyd's Rep 601, de 1987. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2018.

<sup>661</sup> INGLATERRA. *United Kingdom Supreme Court. RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller GmbH & Company KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, de 10.03.2010. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2017.

e Assuranceforeningen Gard Gjensidig v. The International Oil Pollution Compensation Fund.<sup>662</sup>

No caso Assuranceforeningen Gard Gjensidig v. The International Oil Pollution Compensation Fund, a *High Court of Justice* sintetizou os princípios gerais da formação do contrato e expressou o teste objetivo que deve ser feito, para que se constate a existência de um contrato<sup>663</sup>.

Primeiramente, a existência do contrato não depende da intenção das partes, mas, sim, da intenção negocial que se pode extrair objetivamente da comunicação havida entre as partes, seja por palavras, seja por conduta, por meio de uma oferta e uma aceitação, enquanto exteriorizações de vontade de contratar das partes. Um contrato bilateral é formado por meio de uma troca de promessas, segundo as quais ambas as partes assumem obrigações.

Já o caso RTS Flexible Systems Ltd v. Molkerei Alois Muller GmbH & Company KG (UK Production), trata de uma disputa relacionada à execução de obrigações contratuais, sem, todavia, que as partes tivessem assinado instrumento escrito e detalhado do contrato negociado, bem como sem que as partes tivessem acordado acerca de determinados aspectos contratuais.

---

<sup>662</sup> INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*. **Assuranceforeningen Gard Gjensidig v The International Oil Pollution Compensation Fund [2014] EWHC 3369 (COMM)**, de 17.10.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 05.11.2017.

<sup>663</sup> “90. The test for determining whether a contract exists is objective. It depends not on the parties' actual intentions but on what those intentions would reasonably be understood to be from the parties' communications (by words or conduct) with each other.

91. An offer is "an expression of willingness to contract on specified terms made with the intention...that it is to become binding as soon as it is accepted by the person to whom it is addressed" – Chitty para. 2-083.

92. A bilateral contract is formed through an exchange of promises under which both parties undertake obligations – Chitty para. 1-099.

93. A unilateral contract is formed through the promise of a party to perform if the other party does (or forbears from doing) a particular act – Chitty para. 1-099; 2-078.

94. For an agreement to be legally binding it must be supported by consideration; be made with the intention to create legal relations; be sufficiently certain and complete, and comply with any requirements as to form.”

Tradução livre: “90. O teste para determinar se um contrato existe é objetivo. Depende não da real intenção das partes, mas do que seria razoavelmente entendido daquelas intenções como sendo comunicações das partes (por palavras ou conduta) entre si.

91. Uma oferta é "uma expressão de vontade de contratar em termos específicos feitos com a intenção ... de tornar-se vinculativo assim que for aceito pela pessoa a quem se dirige"- Chitty para. 2-083.

92. Um contrato bilateral é formado por uma troca de promessas pelas quais ambas as partes assumem obrigações - Chitty para. 1-099.

93. Um contrato unilateral é formado através da promessa de uma parte de executar, se a outra parte praticar (ou abster-se de praticar) um determinado ato - Chitty para. 1-099; 2-078.

94. Para que um acordo seja juridicamente vinculante, deve ser sustentado por consideração; ser feito com o intenção de criar relações jurídicas; ser suficientemente certo e completo, e cumprir com quaisquer requisitos para formar-se.” (INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*. **Assuranceforeningen Gard Gjensidig v The International Oil Pollution Compensation Fund [2014] EWHC 3369 (COMM)**, de 17.10.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 05.11.2017)

No mencionado julgado, entendeu-se que, embora nas minutas contratuais negociadas, as partes previam que a vinculação dependia da efetiva celebração do instrumento contratual, o fato das partes iniciarem a execução das obrigações levou à conclusão da renúncia à necessidade de celebração do instrumento escrito. Além disso, o julgado entendeu ser incompatível considerar a inexistência de um contrato diante do padrão de homem de negócios honesto e sensato, de modo que considerou que as partes celebraram um contrato<sup>664</sup>.

Por fim, no caso *Pagnan SPA v. Feed Products Ltd*, a Corte de Apelação entendeu que, embora certas cláusulas econômicas significantes não tenham sido pactuadas, deve-se considerar que as partes não desejaram estabelecer que o acordo sobre aquelas condições econômicas significantes seja uma pré-condição para a celebração do contrato.

Consoante a decisão do caso *Pagnan SPA v. Feed Products Ltd*, as partes podem querer a vinculação imediata, mesmo havendo cláusulas contratuais a serem pactuadas consensualmente, de forma que, não havendo êxito na pactuação daquelas cláusulas, o contrato formado não será considerado inválido, salvo se a inexistência de consenso entre as partes acerca dos pontos não acordados acabe por tornar o contrato em si não passível de

---

<sup>664</sup> “The circumstances point to the fact that there was a binding agreement and that it was not on the limited terms held by the judge. The Price had been agreed, a significant amount of work had been carried out, agreement had been reached on 5 July and the subsequent agreement to vary the Contract so that RTS agreed to provide Line 1 before Line 2 was reached without any suggestion that the variation was agreed subject to contract. The clear inference is that the parties had agreed to waive the subject to contract clause, viz clause 48. Any other conclusion makes no commercial sense. RTS could surely not have refused to perform the contract as varied pending a formal contract being signed and exchanged. Nobody suggested that it could and, of course, it did not. If one applies the standard of the reasonable, honest businessman suggested by Steyn LJ, we conclude that, whether he was an RTS man or a Müller man, he would have concluded that the parties intended that the work should be carried out for the agreed price on the agreed terms, including the terms as varied by the agreement of 25 August, without the necessity for a formal written agreement, which had been overtaken by events..”

Tradução livre: “As circunstâncias apontam para o fato de que era um acordo vinculativo e que não estava limitado aos termos indicados pelo juiz. O preço tinha sido acordado, uma quantidade significativa de trabalho foi realizada, o acordo foi alcançado em 5 de julho e o contrato subsequente para alterar o Contrato, de modo que a RTS concordou em fornecer a Linha 1 antes que fosse alcançada a Linha 2, sem qualquer sugestão de que a variação foi acordada condicionalmente à celebração de contrato. A inferência clara é que as partes concordaram em renunciar aos termos da cláusula contratual, a saber, a cláusula 48. Qualquer outra conclusão não possui sentido comercial. RTS certamente não poderia ter se recusado a executar o contrato alterado, sob a alegação de que estava pendente a celebração de um contrato formal assinado. Ninguém sugeriu que poderia e, claro, isso não aconteceu. Se for aplicado o padrão do homem de negócios razoável e honesto sugerido por Steyn LJ, nós concluimos que, se ele era um homem da RTS ou um homem da Müller, ele teria concluído que as partes pretenderam que o trabalho fosse realizado pelo preço acertado nos termos acordados, incluindo as cláusulas alteradas pelo acordo de 25 de agosto, sem a necessidade de um acordo escrito formal, que foi ultrapassado pelos acontecimentos.” (INGLATERRA. *United Kingdom Supreme Court. RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller GmbH & Company KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, de 10.03.2010. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2017)



execução ou incerto<sup>665</sup>, de forma que cabe às partes “decidir se desejam vincular-se e, se sim, por quais cláusulas, se importantes ou desimportantes”, “não havendo nenhum obstáculo legal que impeça as partes de vincularem-se imediatamente, enquanto postergam questões importantes a serem acordadas.”<sup>666</sup>

Quando do significado objetivamente extraído do comportamento das partes exsurge a existência de um acordo, mormente quando as partes dão início à execução das obrigações contratuais, o que tem o condão de exteriorizar a renúncia das partes à vinculação somente por meio de contrato escrito (quando há tal previsão nas trocas de comunicações entre as partes), bem como tem o condão de mostrar quais condições econômicas significantes, em relação às quais as partes não chegaram a um acordo, passaram a não ser consideradas como pré-condição para a celebração do contrato.

No âmbito da jurisprudência alemã, a Corte Federal de Justiça, ao julgar o recurso VIII ZR 66/04<sup>667</sup>, entendeu que um contrato de fornecimento de energia elétrica havia sido aceito, por meio de comportamento da parte, ao receber a energia elétrica, mesmo não tendo havido a celebração do instrumento contratual escrito entre a empresa fornecedora e a empresa usuária-consumidora.

No caso mencionado, uma empresa fornecedora de energia elétrica mantinha contrato de fornecimento de energia elétrica com uma empresa, que foi resolvido em razão do inadimplemento no pagamento do preço pela empresa contratante do fornecimento de energia elétrica.

---

<sup>665</sup> “(4) Conversely, the parties may intend to be bound forthwith even though there are further terms still to be agreed or some further formality to be fulfilled... (5) If the parties fail to reach agreement on such further terms, the existing contract is not invalidated unless the failure to reach agreement on such further terms renders the contract as a whole unworkable or void for uncertainty.”

Tradução livre: “(4) Por outro lado, as partes podem pretender vincular-se imediatamente, mesmo que haja outras cláusulas ainda a serem acordadas ou alguma outra formalidade a ser cumprida... (5) Se as partes não conseguirem chegar a um acordo sobre essas cláusulas adicionais, as contrato não é invalidado, a menos que a falha em chegar a um acordo sobre tais cláusulas torne o contrato como um todo impraticável ou nulo por incerteza.” (INGLATERRA. *Court of Appeal. Pagnan SPA v Feed Products Ltd [1987] 2 Lloyd's Rep 601*, de 1987. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2018)

<sup>666</sup> Tradução livre de: “It is for the parties to decide whether they wish to be bound and if so, by what terms, whether important or unimportant. It is the parties who are, in the memorable phrase coined by the Judge [at page 611] 'the masters of their contractual fate'. Of course the more important the term is the less likely it is that the parties will have left it for future decision. But there is no legal obstacle which stands in the way of the parties agreeing to be bound now while deferring important matters to be agreed later. It happens every day when parties enter into so-called 'heads of agreement'.” (INGLATERRA. *Court of Appeal. Pagnan SPA v Feed Products Ltd [1987] 2 Lloyd's Rep 601*, de 1987. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2018)

<sup>667</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **VIII ZR 66/04**, de 26.01.2005. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

Não obstante a cessação da vigência do instrumento contratual, a empresa usuária-consumidora do fornecimento de energia elétrica continuou a receber energia elétrica, mesmo não tendo aceito formalmente uma oferta contratual da empresa fornecedora de energia.

Neste caso, a Corte Federal de Justiça entendeu que as partes celebraram um outro contrato de fornecimento de energia elétrica após a resolução do contrato de fornecimento anterior. A Corte entendeu que a empresa fornecedora de energia apresentou uma nova oferta real com a mera disponibilização da energia elétrica à empresa usuária, que foi aceita pelo recebimento do fornecimento de energia e, assim, deu causa à celebração de novo contrato pelo comportamento das empresas envolvidas na relação de fornecimento de energia elétrica.

Com efeito, a Corte Federal de Justiça entendeu que “as partes concluíram um contrato de fornecimento de energia (...) por mero de comportamento social (retirada de eletricidade).”<sup>668</sup> (Tradução livre)

Ademais, o comportamento social de uso da energia elétrica fornecida contrariava a alegação de que a empresa usuária do fornecimento de energia elétrica não pretendia celebrar o contrato, vez que tal alegação contradizia, por sua vez, o próprio comportamento real de fornecimento de energia, que prevaleceu diante da “força normativa da prática predominante do comportamento social típico da aceitação dos benefícios do conteúdo, que uma verdadeira declaração de vontade atribui”.<sup>669</sup> (Tradução livre)

Por fim, a Corte Federal de Justiça concluiu que “se o comportamento concludente deve ser considerado uma declaração de vontade, trata-se de uma questão de interpretação”<sup>670</sup> (tradução livre) a ser analisada sob a ótica da outra parte, caso em que a declaração de vontade por meio de comportamento concludente substitui a vontade subjetiva do declarante.

---

<sup>668</sup> Tradução livre de: “Die Parteien hätten für diesen Zeitraum einen Stromlieferungsvertrag durch sozialtypisches Verhalten (Stromentnahme) geschlossen.” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **VIII ZR 66/04**, de 26.01.2005. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018)

<sup>669</sup> Tradução livre de: “(...) berücksichtigt die normierende Kraft der Verkehrssitte, die dem sozialtypischen Verhalten der Annahme der Versorgungsleistungen den Gehalt einer echten Willenserklärung zumißt” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **VIII ZR 66/04**, de 26.01.2005. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018)

<sup>670</sup> Tradução livre de: “Ob ein schlüssiges Verhalten als Willenserklärung zu werten ist, ist eine Frage der Auslegung (BGHZ 149, 129, 134).” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **VIII ZR 66/04**, de 26.01.2005. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018)

Em outra decisão proferida pela Corte Federal de Justiça, no caso IX ZR 146/15<sup>671</sup>, embora se tratasse de relação estabelecida entre a empresa fornecedora de serviços público e consumidor pessoa física, a mesma bem caracterizou a oferta real de serviços públicos como um meio de “evitar um estado de não contratação indesejado evidente nos serviços de utilidades subjacentes”<sup>672</sup> (tradução livre), cuja aceitação concretiza-se por meio de comportamento concludente, cujo significado objetivo deve ser interpretado sob a perspectiva do destinatário deste comportamento concludente e independentemente da vontade subjetiva do declarante.

Ainda, a Corte Federal de Justiça Alemã, ao julgar o recurso IX ZR 66/83<sup>673</sup>, indicou a necessidade de se considerar a boa fé, a praxe predominante e a ótica do destinatário do comportamento para se verificar se o mesmo pode ser interpretado como sendo manifestação de vontade negocial.

O caso tratava de uma relação contratual estabelecida entre uma empresa, que fabricava hangares de aço, e sua cliente, na qual a fabricante de hangares requereu à sua cliente a outorga de garantia bancária para garantir as entregas que seriam feitas. Contudo, discutiu-se se uma correspondência enviada pela empresa adquirente dos hangares de aço seria uma concordância, ou não, com a outorga da garantia requerida pela empresa produtora de hangares.

A Corte Federal de Justiça entendeu que a determinação do sentido do comportamento, enquanto manifestação de vontade, pressupõe a sua análise sob a ótica do destinatário deste comportamento, bem como segundo a boa fé e a praxe predominante, que determinarão se o sentido do comportamento concludente pode ser considerado como meio de manifestação de vontade negocial.

Com efeito, os trechos da decisão abaixo transcritos denotam a posição da Corte:

“Aqui está a questão de saber se uma vontade vinculante está presente, não é uma questão relativa à vontade interior oculta do sócio declarante, mas julgar se o seu comportamento, a partir da perspectiva dos demais

---

<sup>671</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **IX ZR 146/15**, de 25.02.2016. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 04.11.2018.

<sup>672</sup> Tradução livre de: “Dieser Rechtsgrundsatz zielt darauf ab, einen ersichtlich nicht gewollten vertragslosen Zustand bei den zugrunde liegenden Versorgungsleistungen zu vermeiden.” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **IX ZR 146/15**, de 25.02.2016. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 04.11.2018)

<sup>673</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **IX ZR 66/83**, de 07.06.1984. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.11.2018.

participantes, está de acordo com a boa fé e a prática prevalecente como uma expressão de uma vontade específica.”<sup>674</sup> (Tradução livre)

“No entanto, uma declaração de vontade, se não houver explicação, só estará presente se for considerada como tal pode ser atribuído ao declarante. Isto pressupõe que, na aplicação do cuidado necessário ao tráfego, teria sido capaz de reconhecer e evitar sua declaração ou seu comportamento ao destinatário de boa fé e em consideração ao tráfego como declaração de intenções permitida para ser entendida (além de Bydlinski e Kramer em particular Larenz, Gudian e Brox, respectivamente, supra; ver. tamb BGHZ 21, 102, 106; Palandt-Heinrichs BGB 43. ed. Antes do § 116, nota 4 b).”<sup>675</sup> (Tradução livre)

Portanto, foi possível verificar da análise dos julgados acima indicados que os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e alemão admitem a celebração do contrato por meio de comportamento concludente, desde que este seja interpretado, sob a ótica do destinatário do comportamento, como tendo um sentido objetivo de manifestação da vontade negocial, de acordo com a boa fé e os usos e costumes predominantes em determinada localidade, não havendo a necessidade de exteriorizar a vontade negocial somente por meio de declaração de vontade, tampouco de socorrer-se do artifício proposto por Günter Haupt e desenvolvido por Karl Larenz, de que haveria uma relação jurídica contratual de fato decorrente de lei e não de contrato, vez que estaria ausente qualquer manifestação de vontade negocial, ou, ainda, de que haveria uma obrigação social de prestar independentemente da manifestação de vontade e, conseqüentemente, da celebração de contrato.

---

<sup>674</sup> Tradução livre de: “Dabei sei die Frage, ob ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, nicht nach dem verborgen gebliebenen inneren Willen des erklärenden Gesellschafters, sondern danach zu beurteilen, ob sein Verhalten aus der Sicht der Mitgesellschafter nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Ausdruck eines bestimmten Willens erscheint.” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **IX ZR 66/83**, de 07.06.1984. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.11.2018)

<sup>675</sup> Tradução livre de: “Eine Willenserklärung liegt bei fehlendem Erklärungsbewußtsein allerdings nur dann vor, wenn sie als solche dem Erklärenden zugerechnet werden kann. Das setzt voraus, daß dieser bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Erklärung oder sein Verhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte (so neben Bydlinski und Kramer insbesondere Larenz, Gudian und Brox jeweils aaO; vgl. auch BGHZ 21, 102, 106; Palandt-Heinrichs BGB 43. Aufl. vor § 116 Anm. 4 b).” (ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **IX ZR 66/83**, de 07.06.1984. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.11.2018)

## NOTAS CONCLUSIVAS

Como visto no decorrer deste estudo, a autonomia privada, enquanto espaço concedido, pela ordem jurídica aos sujeitos de direito, para que estes regulem suas relações jurídicas e exerçam seus direitos subjetivos, dentro das limitações impostas pelo ordenamento jurídico, é um instituto jurídico proveniente (ou, pelo menos, com ligação íntima) dos conceitos jurídicos de sujeito de direito e de propriedade que, por sua vez, consolidaram-se na transição do feudalismo para o modo de produção capitalista, quando se constatou a universalização da atribuição da personalidade jurídica aos sujeitos e da propriedade privada, que passou a ser um “bem” comercializável no mercado, juntamente com o trabalho e o dinheiro.

O exercício da autonomia privada, no âmbito das relações contratuais comerciais, ocorre no seio do mercado, de modo que ele parte da pressuposição da existência de organização de diversos fatores de produção, que ocorre de maneira peculiar a cada agente econômico, visto que os agentes econômicos exercem atividades econômicas distintas e complementares entre si dentro de um ambiente pluripolar, o que pressupõe a garantia da livre detenção da propriedade dos meios de produção e da sua livre organização e utilização dos mesmos com vistas sempre à expansão da produção e da lucratividade.

Por outras palavras, o exercício da autonomia privada no âmbito do Direito Comercial pressupõe a existência de empresas ou, nas palavras de Ronald. H. Coase, de firmas, que “representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes.”<sup>676</sup>

Dessa maneira, segundo Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, teremos arranjos contratuais internos e externos, isto é:

“são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas

---

<sup>676</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Economia dos Contratos**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 104.

independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação).”<sup>677</sup>

Justamente por estar inserto no mercado, a análise do exercício da autonomia privada requer a consideração dos pressupostos subjacentes à economia de mercado, considerando-se, também, que o instituto do mercado teve como pilares fundamentais a garantia dos direitos fundamentais do ser humano (liberdade de contratação, liberdade de exercício de profissão e garantia da propriedade privada), o que se refletiu no movimento de codificação de normas, que visava ao estabelecimento de um conjunto de normas coerentes com o mercado.

Assim, a autonomia privada constitui um relevante instrumento do exercício da livre iniciativa, seja no exercício do direito à propriedade privada, seja no exercício da liberdade negocial, de forma que se pode dizer que a autonomia privada bifurca-se na autonomia dominial e na autonomia da vontade em sentido estrito e, em ambos os casos, constitui relevante instrumento no exercício da atividade econômica, não sendo sem razão que igualmente constitui um pressuposto da economia de mercado e do exercício da livre iniciativa.

Ademais, como bem advertiram Oliver Hart e Bengt Holmström, “qualquer transação – enquanto uma contrapartida – deve ser intermediada por alguma forma de contrato, seja explícito ou implícito”<sup>678</sup> (tradução livre), de maneira que “um contrato torna-se uma parte essencial da relação de troca.”<sup>679</sup> (Tradução livre)

A autonomia privada, portanto, sofre o influxo do Sistema de Direito Comercial e, dessa forma, deve ser exercida em conformidade com as funções econômicas do Direito Contratual Comercial, quais sejam: **(i)** visar ao deslocamento patrimonial eficiente; **(ii)** visar à redução dos custos de transação; **(iii)** visar à maximização dos interesses ou utilidades patrimoniais; **(iv)** considerar a atuação dos agentes econômicos com racionalidade limitada; **(v)** levar em conta a escassez dos recursos e as necessidades ilimitadas dos seres humanos;

---

<sup>677</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Economia dos Contratos**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 104.

<sup>678</sup> Tradução livre de: “Any trade – as a quid pro quo p must be mediated by some form of contract, whether it be explicit or implicit.” (HART, Oliver; HOLSTRÖM, Bengt. *The Theory of Contracts*. In: BEWLEY, Truman F.. **Advances in Economic Theory: Fifth World Congress**. Nova Iorque: Cambridge University, 1987, p. 71)

<sup>679</sup> Tradução livre de: “(...) a contract becomes an essential part of the trading relationship.” (HART, Oliver; HOLSTRÖM, Bengt. *The Theory of Contracts*. In: BEWLEY, Truman F.. **Advances in Economic Theory: Fifth World Congress**. Nova Iorque: Cambridge University, 1987, p. 71)

(vi) privilegiar o comportamento responsivo aos incentivos; (vii) considerar uma tendência ao atingimento de um equilíbrio resultante da interação dos agentes econômicos, que proporciona o bem-estar geral; e (viii) visar ao aumento da eficiência no exercício da atividade econômica (eficiência de Kaldor-Hicks).

Logo, o exercício da autonomia privada, assim como o Direito Contratual Comercial, deve facilitar a atribuição eficiente dos recursos e, desse modo, contribuir para a maximização da riqueza social, momento em que, segundo Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, podemos considerar que:

“Sob a ótica da Economia das Organizações, um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção, o que permite planejamento de longo prazo e, em especial, permitindo que agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção.”<sup>680</sup>

Por isso, o Direito Contratual Comercial exerce uma função geral de reduzir os custos de transação de redação do contrato completo, da integração judicial do contrato e do comportamento ineficiente em casos de contrato incompleto, permitindo uma maior previsibilidade e segurança jurídicas, ao (i) desincentivar a atuação dos comportamentos oportunistas disfuncionais, transformando soluções não cooperativas em soluções cooperativas, propiciando eficiência ótima a ambas as partes, (ii) ao estimular a revelação eficiente de informações, (iii) ao proporcionar uma confiança ótima entre as partes e desestimular a confiança excessiva, (iv) ao estimular a manutenção do compromisso ótimo ou seja, o cumprimento do contrato com eficiência econômica, (v) ao suprir as circunstâncias ou a iniciativa das partes na interpretação e integração do contrato, sempre usando a maior aproximação possível do contrato perfeito e economicamente eficiente, com o menor custo de transação possível e (vi) ao promover relações duradouras.

Visto o âmbito no qual se insere o exercício da autonomia privada, a expressão mais relevante do seu exercício reside no negócio jurídico bilateral, cuja espécie principal e mais usual é o contrato, cuja importância econômica foi muito bem sintetizada por Paulo Furquim de Azevedo:

---

<sup>680</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Economia dos Contratos**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 104.

“Contratos estabelecem o padrão de comportamento, expresso na forma de um conjunto de deveres, que as partes definem por interesse mútuo. É, portanto, por meio de contratos que as pessoas buscam coordenar as suas ações, realizando ganhos coletivos. Como as transações apresentam custos diversos, um contrato que atenuar esses custos resulta em melhora de desempenho econômico das firmas e mercados, com implicações diretas ao desenvolvimento econômico e social.”<sup>681</sup>

Não obstante a diversidade de teorias a respeito do conceito de negócio jurídico, parece-nos que a concepção objetiva melhor retrata a opção legislativa nos países, cujas doutrina, jurisprudência e legislação foram analisadas neste trabalho.

A par das teorias subjetiva e objetiva, embora esta esteja mais aderente ao fluxo de negócios comerciais realizados no âmbito do mercado, entendemos que a concepção estrutural proposta por Antônio Junqueira de Azevedo é a concepção que deve ser adotada para a análise da existência do negócio jurídico e do contrato, pois faz a distinção entre os elementos estruturais, que dão existência jurídica ao negócio, e os requisitos de validade e os fatores de eficácia do negócio jurídico.

Assim, vimos que o negócio jurídico, para ter existência jurídica, deve reunir os seguintes elementos estruturais: **(i)** negócio exteriorizador da vontade negocial; **(ii)** a forma do negócio, que em regra é livre, bastando que seja apta a comunicar, a exteriorizar a vontade negocial; **(iii)** as circunstâncias negociais; e **(iv)** o objeto.

Embora a doutrina defina o contrato a partir dos requisitos necessários à validade do negócio jurídico previstos no art. 104 do Código Civil Brasileiro de 2002, entendemos que o contrato deve ser analisado com base em seus elementos estruturais, que lhe dão existência jurídica, tal como feito com o negócio jurídico.

Deste modo, o contrato, para ter existência jurídica, deve conter os seguintes elementos estruturais: **(i)** o acordo formado por uma oferta e uma aceitação, que exteriorizam o negócio; **(ii)** a forma do contrato, ou seja, o *corpus* que veicula o acordo; **(iii)** as circunstâncias negociais envolvidas na exteriorização do acordo; e **(iv)** o objeto de caráter patrimonial.

---

<sup>681</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Economia dos Contratos**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 132.



Na formação dos sistemas da *common law* e da *civil law*, o Direito Romano exerceu influência menos ou mais intensa, respectivamente, sobretudo em matéria contratual.

De acordo com a experiência jurídica italiana na época do Império Romano, na tentativa de obter uma concepção abstrata de contrato, diversos juristas tentaram obter um conceito e da análise das diversas tentativas, pode-se concluir que a experiência jurídica romana chegou a indicar os seguintes elementos estruturais do contrato: **(i)** a bilateralidade e a reciprocidade das obrigações; **(ii)** o consenso como fonte de obrigações não delituais; **(iii)** o acordo enquanto convenção das partes para contratar um negócio; e **(iv)** a *conventio* identificada a uma figura típica dotada de causa, caso em que era denominada de contrato e ensejava ação, ou a *conventio* não identificada a uma figura típica dotada de causa, caso em que era denominada apenas de convenção e ensejava somente exceção, salvo se apresentasse sinalagma, caso em que recebia a designação de contrato e ensejava ação.

O Direito Inglês, por sua vez, com uma visão utilitarista de contrato mais aderente à praxe do mercado, indica que o contrato, para existir juridicamente, deve apresentar **(i)** um acordo formado por uma oferta e uma aceitação, **(ii)** a consideração e **(iii)** a intenção de criar relações jurídicas.

Já o Direito Alemão, assim como o Direito Brasileiro, com uma visão idealista de contrato voltada para uma ordem normativa subjacente ao mundo físico, identifica como sendo necessária a presença dos seguintes elementos estruturais, para que o contrato tenha existência jurídica: **(i)** acordo constituído por uma oferta e uma aceitação; **(ii)** a comunicação da oferta e da aceitação, salvo as exceções legais; **(iii)** as circunstâncias negociais; e **(iv)** a natureza patrimonial do objeto da relação obrigacional.

Essas visões denotam que, apesar das diferenças existentes entre as grandes famílias de sistemas jurídicos, há uma convergência acerca dos elementos estruturais do contrato, com ressalva da existência de certas peculiaridades típicas da cultura local de cada povo.

Vimos, também, que a terminologia relação jurídica contratual, embora consagrada pelo uso da doutrina, mostra-se inadequada, pois há que se distinguir entre contrato, instrumento contratual e relação jurídica contratual, bem como fazer a distinção entre os planos do *ser* e do *dever-ser*.

O contrato existirá no plano jurídico (mundo do *dever-ser*) quando reunir seus elementos estruturais como já visto, independentemente de haver, ou não, um instrumento contratual por escrito, ou seja, independentemente do suporte que veicula o contrato.

Além disso, a relação jurídica contratual nada mais é que a relação social existente no plano dos fatos (mundo do *ser*) apreendida pelas normas jurídicas. Portanto, confunde-se dois planos, o do fatos e o jurídico, além de dois momentos: o da formação do contrato e o das consequências da existência do contrato, sendo que neste segundo momento há o surgimento da relação jurídica contratual.

Por isso, entendemos que o termo relação contratual de fato não retrata adequadamente o fenômeno da formação do contrato por *corpus* veiculadores da vontade negocial, que não sejam a declaração de vontade escrita.

Quanto à responsabilidade pré-contratual, a fase pré-contratual apresenta dois momentos: o das negociações, em que as partes trocam informações e negociam os termos do negócio, enfim negociam o objeto e o conteúdo do termo contratual a ser celebrado; e o da formação do contrato, no qual as partes trocam oferta e aceitação. Contudo, nestas duas fases, que culminam com a celebração do contrato, inexistem a reunião dos elementos estruturais do contrato.

Assim, mostra-se inadequado caracterizar a fase das negociações como relação jurídica contratual de fato, pois inexistem contrato ainda e tampouco se pode falar em relação contratual não decorrente do contrato, como proposto por Günter Haupt, mas meramente de fatos e comportamentos, não se justificando a aplicação do regime jurídico dos contratos, nem a caracterização da responsabilidade civil por danos causados nesta fase pré-contratual como sendo contratual, vez que a mesma tem por objetivo reunir condições na fase das negociações para, então, na fase de formação do contrato, serem formuladas proposta e aceitação.

E mesmo que as partes utilizem instrumentos contratuais na fase das negociações, inexistem contrato sobre o objeto e o conteúdo negociados e, ainda, tais instrumentos não modificam a natureza da responsabilidade civil que continua sendo extracontratual.

Conforme vimos com Miguel Reale, o art. 113, do Código Civil Brasileiro de 2002, é um artigo-chave que irradia seus efeitos a todo o sistema do Código, congregando e

irradiando os três princípios basilares da eticidade, da socialidade e da operabilidade, que impõem a todo o sistema a boa fé como regra de conduta, sem prejuízo da previsão constante do art. 422 do Código Civil Brasileiro em vigor, que, segundo uma interpretação extensiva, requer a obediência aos princípios da boa fé e da probidade não só na fase de execução do contrato, mas também nas fases pré-contratuais de negociações e de formação do contrato, o que, inclusive, é reforçado pelo texto dos Princípios UNIDROIT e pelo Código Bustamante.

Logo, torna-se desnecessário o recurso à ficção da existência da relação contratual de fato para justificar a conduta das partes, mesmo não havendo contrato, o que conseqüentemente demonstra ser inapropriado qualificar a responsabilidade civil pelos danos causados na fase pré-contratual como sendo de natureza contratual.

Analisada a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que as decisões judiciais adotam uma posição obscura e confusa dos institutos da responsabilidade civil contratual e extracontratual, sem prejuízo de não considerarem os elementos diferenciadores daquelas duas espécies de responsabilidade civil e a própria cláusula geral da boa fé, que possui incidência na convivência social de um modo geral, nas fases pré-contratuais das negociações e da formação do contrato, bem como na fase de execução do contrato e até na fase pré-contratual.

No âmbito das jurisprudências inglesa e alemã, dos julgados analisados, percebe-se que a inexistência do contrato leva à subsunção dos danos causados na fase pré-contratual ao regime jurídico da responsabilidade extracontratual.

No que diz respeito ao segundo grupo de relações contratuais de fato, vimos que, no Direito Brasileiro, o tratamento dado pelo Código Civil de 2002 é unificado às denominadas sociedades comerciais de fato e às sociedades comerciais irregulares, sob a denominação unificada de sociedade em comum.

Desse modo, as sociedades comerciais, que tenham surgido por meio da celebração de um contrato de sociedade por instrumento escrito, também serão sociedades despersonalizadas, vez que ou o contrato de sociedade simplesmente não foi registrado no Registro de Empresas, ou não o foi por alguma irregularidade existente e impeditiva do registro ou, ainda, foi registrado, mas, por alguma invalidade superveniente, tornou-se irregular. Em todos esses casos, a consequência é a despersonalização da sociedade comercial.

Assim, vimos que, uma vez reunidos os elementos estruturais do contrato de sociedade, não importando o suporte veiculador daqueles elementos, a sociedade comercial passa a ter existência jurídica, ou seja, existe uma relação jurídica contratual societária relevante juridicamente, que pode ser tratada como sociedade em comum, quando não há a atribuição de personalidade jurídica à sociedade comercial, sendo esta uma hipótese de relação jurídica contratual fática, ou que será tratada pelo regime jurídico de um dos tipos societários personalizados, quando houver o regular registro do contrato de sociedade no Registro de Empresas.

Quanto à terceira hipótese de relação jurídica contratual de fato, vimos que os contratos celebrados pela Administração Pública (diretamente ou por meio de pessoas jurídicas privadas concessionárias) está subsumido à Teoria Geral dos Contratos aplicada aos contratos de Direito Privado, visto que tais contratos são estruturalmente iguais aos contratos de Direito Privado, sofrendo apenas alguns influxos de normas específicas de Direito Público e de Direito Administrativo em razão da qualidade específica da Administração Pública, enquanto parte, e em virtude da natureza do objeto do contrato.

Logo, a celebração de tais contratos por meio de comportamentos concludentes, que exteriorizam a vontade negocial das partes, não exige a celebração de um contrato pelo modo clássico de oferta-aceitação apresentadas por instrumento escrito.

Portanto, em ambas as hipóteses de relações contratuais de fato, o contrato de sociedade e o contrato de prestação de serviços públicos, ou fornecimento de bens públicos, existem tão logo haja a reunião de todos seus elementos estruturais, que podem ser veiculados por diversas formas de *corpus*, inclusive por comportamento concludente, que é reconhecido em diversas normas jurídicas nacionais e internacionais como apto a veicular a vontade negocial e assim formar um contrato.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, reconhece a existência de sociedade em comum, mesmo quando não há a celebração de contrato de sociedade escrito, além de flexibilizar a regra do art. 927 do Código Civil Brasileiro 2002, permitindo o uso de qualquer meio de prova para provar a existência da sociedade comercial.

No âmbito do Direito Inglês, vimos que o próprio *Partnership Act 1890* possui uma definição de sociedade que não exige a efetiva celebração de instrumento escrito para que a sociedade exista, o que é inclusive confirmado pela jurisprudência inglesa, que, aliás,

sequer exige que o empreendimento comum tenha iniciado suas operações para que a sociedade exista, a qual difere das *registered companies*.

Também no Direito Alemão, há o reconhecimento da sociedade, cuja existência decorreu do comportamento das partes, e da sociedade irregular, mas a jurisprudência analisada entende que tal análise, para aferir a existência de sociedade de fato, não se deve cingir aos fatos objetivamente aferidos do comportamento das partes, devendo abranger a real estruturação da sociedade conforme o acordo celebrado entre as partes, mesmo que não seja escrito.

Quanto à hipótese da denominada obrigação social de prestar, vimos que, na realidade, em termos estruturais, o contrato de fornecimento de bem ou de prestação de serviços público em nada difere dos contratos de Direito Privado, com ressalva a algumas peculiaridades do Direito Público que regulam os contratos, seja em razão da natureza do seu objeto, seja em razão da qualidade do ente público que figura como parte.

Desse modo, analisadas as decisões judiciais brasileiras, inglesas e alemãs acerca da celebração de contrato por meio de comportamento concludente, vimos que a existência do contrato não requer a efetiva celebração de instrumento contratual escrito, pois sua existência jurídica satisfaz-se com a reunião de seus elementos estruturais.

Logo, a terceira hipótese de relações contratuais de fato aventada por Günter Haupt não constitui uma obrigação social de prestar, mas verdadeiro contrato celebrado por meio de comportamentos concludentes, o que é reconhecido pelas decisões judiciais nacionais e estrangeiras analisadas, que admitem a celebração de um contrato por meio de comportamentos concludentes, que exteriorizem objetivamente a vontade negocial das partes, em conformidade com a praxe predominante e os usos e costumes, sob a ótica do receptor do comportamento concludente e de acordo com a boa fé e o tráfego jurídico.

Acrescente-se, também, que uma análise da Teoria da Relação Contratual de Fato sob a ótica Kelseniana da Teoria Pura do Direito, indicará algumas falhas na proposição daquela Teoria.

Todavia, antes de adentrar na crítica à forma como Günter Haupt propôs a Teoria da Relação Contratual de Fato, deve-se, em breve síntese, verificar a visão Kelseniana da Teoria Pura do Direito em relação à análise empreendida pela Ciência Jurídica e a análise feita pelos aplicadores do direito.

De acordo com Hans Kelsen, a Teoria Pura do Direito propõe que o Direito, enquanto conjunto de normas jurídicas, que formam um sistema unitário, um ordenamento jurídico, seja o objeto da Ciência Jurídica.

Assim, o objeto de estudo da Ciência Jurídica seria o Direito, enquanto tal considerado, sem levar em conta elementos estranhos às normas jurídicas, mas considerando apenas os valores já insertos nas normas jurídicas, ou seja, nas palavras de Hans Kelsen:

“(...) o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.”<sup>682</sup> (Itálico do autor)

Dessa forma, as condutas humanas e as relações inter-humanas não seriam objeto do estudo da Ciência Jurídica, mas apenas e tão somente quando as mesmas fossem apreendidas pelo Direito, isto é, quando as condutas humanas e as relações inter-humanas tornam-se normas jurídicas propriamente ditas ou objeto de norma jurídica.

Logo, percebe-se a distinção entre a significação jurídica objetiva, que a norma jurídica atribui aos atos praticados no âmbito jurídico e a significação subjetiva, que o indivíduo, ao praticar o ato, atribui-lhe, significado este que pode não coincidir com o sentido jurídico atribuído pela norma jurídica.

Portanto, segundo Hans Kelsen, há duas esferas: a esfera do Direito, enquanto sistema unitário de normas jurídicas, que constituem “um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”<sup>683</sup>, constituindo a esfera do *dever-ser*; e a esfera do *ser*, que abrange todos os atos que são realizados no espaço e no tempo e que são perceptíveis sensorialmente, constituindo a exteriorização da conduta humana, que pode estar conformada, ou não, às normas jurídicas.

Essa dicotomia *dever-ser* – *ser* dá origem ao que Kelsen denominou de Teoria Estática do Direito e Teoria Dinâmica do Direito.

---

<sup>682</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 4.

<sup>683</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 5.

Enquanto a Teoria Estática do Direito tem por objeto o Direito, enquanto sistema de normas jurídicas vigentes, que regulam a conduta humana e que devem ser aplicadas ou observadas por atos de conduta humana, a Teoria Dinâmica do Direito tem por objeto o processo jurídico produtor do Direito e pelo qual o Direito é aplicado, isto é, o Direito em sua dinâmica, a conduta humana regulada pelas normas jurídicas vigentes.

Dessa maneira, a Ciência Jurídica tem como objeto de estudo o Direito, enquanto sistema de normas jurídicas, e o processo de produção e de aplicação das normas jurídicas somente são abrangidos pela Ciência Jurídica tão somente quando tais processos constituírem normas jurídicas.

Assim, percebe-se que a Ciência Jurídica, cujo foco está centrado na Teoria Estática do Direito, formula proposições jurídicas, que consistem em enunciados que dão conhecimento do sentido da norma jurídica dentro do sistema jurídico total, exercendo uma função de conhecimento do Direito, sob um enfoque externo ao Direito e com base em seu próprio conhecimento.

Por outro lado, a Teoria Dinâmica do Direito formula normas jurídicas, que não são instruções, ensinamentos tal como os produzidos pela Ciência Jurídica (proposições jurídicas), mas, sim, mandamentos, comandos imperativos, permissões e distribuição de poder e/ou de competências, exercendo função de produção do Direito, que será conhecido e analisado pela Ciência Jurídica.

Hans Kelsen assim sintetiza a distinção existente entre a Ciência Jurídica, as normas jurídicas e a esfera do ser:

“A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas do dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica - e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos - não são verídicas ou inverídicas mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas.”<sup>684</sup>

---

<sup>684</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 81.

Essa dicotomia refletirá justamente na interpretação, que, segundo Hans Kelsen, consiste na “fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”<sup>685</sup> e poderá ser empreendida pelos órgãos aplicadores do Direito, bem como pela Ciência Jurídica.

Com efeito, o órgão aplicador do Direito, ao exercer a atividade de interpretação, quando da prática do ato de aplicação do Direito, nada mais faz que estabelecer uma relação de determinação ou vinculação das normas jurídicas de escalão superior em relação às normas de escalão inferior e a referida determinação nunca é plena, de forma que ao aplicador do Direito sempre resta uma margem dentro de uma moldura estabelecida pelas normas jurídicas, que deverá ser determinada, preenchida de acordo com sua livre apreciação e que resulta na criação do Direito, sendo, por isso, qualificada sempre como interpretação autêntica.

Dessa maneira, ainda segundo Hans Kelsen:

“(...) o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.”<sup>686</sup>

Portanto, segundo a visão Kelseniana, o órgão aplicador do Direito exerce uma função de política de direito, ao fazer a escolha da possibilidade que se afigura a correta dentro da moldura estabelecida pelo Direito, apresentando uma mistura de interpretação cognoscitiva de outras normas não jurídicas, com um ato de vontade, o qual consiste na “escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.”<sup>687</sup>

Por outro lado, a Ciência Jurídica ao interpretar o Direito não o cria, tampouco colmata as lacunas existentes e, por isso, não realiza uma interpretação autêntica, de forma que a interpretação realizada, pela Ciência Jurídica, limita-se a determinar o sentido das normas jurídicas por meio de atividade cognoscitiva e, assim, exerce uma função jurídico-científica, que não procura influenciar a atividade de criação do Direito, mas, sim,

---

<sup>685</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 366.

<sup>686</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 366.

<sup>687</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 369.



demonstrar a plurivocidade da obra do legislador diante da exigência técnico-jurídica de univocidade das normas.

Feita esta breve digressão acerca da visão Kelseniana da Ciência Jurídica, podemos dizer que Günter Haupt, ao propor a Teoria da Relação Contratual de Fato, não se ateve à análise ínsita à Ciência Jurídica em um primeiro momento, qual seja o da análise das normas jurídicas vigentes, para, posteriormente, analisar as condutas humanas e, então, verificar sua subsunção às normas jurídicas relativas à formação do contrato.

Por outras palavras, Günter Haupt deixou de exercer primeiramente uma função jurídico-científica, por meio da determinação do sentido das normas apenas pela atividade cognoscitiva, para, após esta atividade ínsita à Ciência Jurídica, exercer uma função jurídico-política, qual seja a de verificar a subsunção, ou não, da conduta humana em si ao sentido da norma jurídica (que foi determinado pela Ciência Jurídica), por meio de atividade cognoscitiva e a prática de ato de vontade dentro da moldura já fixada pela visão científica do Direito.

Com efeito, Günter Haupt analisou julgados dos tribunais alemães para concluir que não havia a celebração de contrato em determinadas situações fáticas, nas quais havia relação jurídica obrigacional, mas não teria havido oferta e aceitação veiculadas por meio de declarações de vontade, que formassem um contrato.

Portanto, estar-se-ia diante de situações sem a existência de contrato, mas que apresentavam relações jurídicas obrigacionais similares àquelas decorrentes da celebração de contratos, embora as mesmas decorressem, segundo a visão de Günter Haupt, da própria lei diretamente, constituindo verdadeira fonte de obrigações distinta da fonte contratual.

Com o devido respeito à visão de Günter Haupt, aplicando-se os ensinamentos de Hans Kelsen acerca da Teoria Pura do Direito à forma como a Teoria da Relação Contratual de Fato foi criada, percebemos uma inadequação da análise empreendida por Günter Haupt: ao invés de fazer uma análise típica da Ciência Jurídica, Haupt procedeu a uma análise típica de órgão aplicador do Direito, o que se mostra inadequado.

Em primeiro lugar, entendemos que Günter Haupt deveria ter analisado as normas jurídicas do Código Civil Alemão para, então, verificar quais elementos estruturais são necessários para considerar o contrato como existente juridicamente, isto é, quais

elementos as normas jurídicas requerem para que se tenha a existência de um contrato no âmbito do Direito.

Esta seria uma análise típica da Ciência Jurídica, que analisaria o teor das normas jurídicas do Código Civil Alemão como um sistema total e unitário, fixando-lhes os sentidos por meio de uma interpretação não autêntica, para se chegar à constatação de quais elementos o contrato necessitaria para ganhar existência no Direito.

Esta análise da Ciência Jurídica permitiria a verificação do sentido das normas jurídicas relativas à formação do contrato, sob a ótica de uma função jurídico-científica, segundo os próprios conhecimentos da Ciência Jurídica, formulando, assim, proposições jurídicas que se destinariam a dar conhecimento dos elementos estruturais do contrato, que são exigidos pelo Direito Alemão para a existência jurídica de um contrato.

Iniciando a análise das normas jurídicas sob a ótica da Ciência Jurídica, constata-se que, de acordo com § 311, (1), do Código Civil Alemão, “Para criar uma obrigação por meio de negócio jurídico e para alterar o conteúdo de uma obrigação, é necessário haver um contrato entre as partes, salvo se a lei dispuser de maneira diferente.”<sup>688</sup> (Tradução livre)

Assim, nos termos do Código Civil Alemão, há relações obrigacionais decorrentes da lei, tais como, por exemplo, as obrigações decorrentes de ato ilícito, de enriquecimento ilícito e de gestão de negócios, bem como relações obrigacionais que surgem de negócio jurídico, as quais exigem que as partes celebrem um contrato necessariamente.

Há que se observar que, no Direito Alemão, o contrato é um negócio jurídico bilateral, ou seja, que é formado por uma oferta e uma aceitação aderente à oferta, congruência esta que dá origem a um acordo formado por duas ou mais declarações de vontade vinculantes (§ 145 do Código Civil Alemão<sup>689</sup>).

---

<sup>688</sup> “§ 311 **Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse**

(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 18.11.2018)

<sup>689</sup> “§ 145 **Bindung an den Antrag**

Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.”

Tradução livre: “§ 145 **Efeito vinculante de uma oferta**.

Qualquer pessoa que faz uma oferta a outra para celebrar um contrato está vinculada à oferta, salvo se tiver excluído sua vinculação.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 18.11.2018)

Assim, o acordo constituído por uma oferta e uma aceitação, que tem por finalidade estabelecer uma regulamentação dotada de relevância jurídica, constitui o primeiro elemento estrutural do conceito de contrato no Direito Alemão<sup>690</sup>.

Todavia, embora o Código Civil Alemão utilize a expressão declaração de vontade, a forma da exteriorização da vontade negocial é, em regra, livre, não tendo necessariamente que ser veiculada por meio de uma declaração propriamente dita, pois o que se exige é a comunicação e a recepção da declaração de vontade (esta considerada *lato sensu*), com a chegada da mesma na esfera de influência do destinatário da declaração de vontade.

Logo, salvo expressa exigência legal, a exteriorização da vontade negocial pode ser por qualquer meio idôneo<sup>691</sup>, que permita a vinculação das partes e, conseqüentemente, a produção dos efeitos jurídicos desejados, sendo permitida, aliás, a aceitação, inclusive, sem a comunicação ao polícitante da própria aceitação, se da praxe decorrer a desnecessidade daquela comunicação ou, ainda, se o próprio polícitante tiver renunciado à necessidade de comunicação da aceitação, como expressamente permite o § 151 do Código Civil Alemão<sup>692</sup>.

Dessa maneira, a vontade negocial comunicada deve ser analisada diante das circunstâncias negociais, que permitirão extrair um sentido objetivo das exteriorizações da

---

<sup>690</sup> “ Although most of rules governing the formation of a contract are found in Book One, Section III, Title 3 of the Civil Code (§§ 145-157) entitled ‘Contract’ (*Vertrag*), there is no express provision in the Civil Code to the effect that a contract comes into existence as the result of an offer and an acceptance. Nevertheless, it is well settled that an offer and acceptance are required to form a contract.”

Tradução livre: “Embora a maioria das regras regentes da formação do contrato sejam encontradas no Livro Um, Seção III, Título 3 do Código Civil (§§ 145-157) denominado ‘Contrato’ (*Vertrag*), não há expressa previsão no Código Civil de que o contrato torne-se existente como efeito resultante de uma oferta e uma aceitação. Entretanto, é bem estabelecido que uma oferta e uma aceitação são requeridas para formar um contrato.” (PIECK, Manfred. A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. **Annual Survey of International & Comparative Law**. São Francisco: GGU Law, Vol. 3, Issue 1, Article 7, 1996, p. 116)

<sup>691</sup> “Unless the law provides otherwise, oral contracts are generally valid and may be proved by any type of evidence.”

Tradução livre: “Salvo se a lei estabelecer de modo distinto, contratos orais são geralmente válidos e podem ser provados por qualquer tipo de prova.” (PIECK, Manfred. A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. **Annual Survey of International & Comparative Law**. São Francisco: GGU Law, Vol. 3, Issue 1, Article 7, 1996, p. 115)

<sup>692</sup> “ **§ 151 Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden**

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.”

Tradução livre: “**§ 151 Aceitação sem comunicação ao ofertante**

O contrato é concluído pela aceitação da oferta, sem a necessidade de comunicação da aceitação ao ofertante, se tal declaração não é esperada de acordo com a prática habitual ou se o ofertante tiver renunciado (...)” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 18.11.2018)

vontade negocial de cada uma das partes, sendo, portanto, as circunstâncias negociais, outro elemento estrutural do contrato, como bem reconhecem os §§ 133<sup>693</sup> e 157<sup>694</sup> do Código Civil Alemão, as quais devem auxiliar na determinação do sentido objetivamente exteriorizado pelas declarações de vontade.

Logo, um comportamento concludente pode também ser considerado uma declaração de vontade (esta, por sua vez, considerada *lato sensu*), se as circunstâncias e a praxe do tráfego permitirem chegar a tal conclusão objetivamente.

Por fim, em relação ao objeto do contrato, no Direito Alemão, vige o princípio da liberdade contratual das partes, que podem estipular de acordo com sua conveniência o objeto (e também o conteúdo) do contrato. Todavia, uma relação obrigacional<sup>695</sup> consiste em uma relação jurídica com base na qual o credor pode exigir uma prestação do devedor, a qual deve ter essencialmente um cunho patrimonial.

Portanto, após essa breve análise do Direito Alemão sob a ótica da Ciência Jurídica, tal como proposto por Hans Kelsen, podemos reiterar nossas conclusões anteriores no sentido de que, para a existência de um contrato, é necessária **(i)** a existência de um acordo formado por meio de uma oferta e uma aceitação, **(ii)** a comunicação da oferta e da aceitação (salvo as hipóteses previstas em lei que dispensam esta comunicação), quando deve haver a recepção das mesmas com a mera entrada na esfera de influência da parte destinatária, não importando o veículo utilizado para exteriorizar a vontade negocial das partes, **(iii)** as circunstâncias negociais, que permitem extrair o sentido objetivo das declarações de vontade *lato sensu* e **(iv)** o objeto de cunho patrimonial da relação obrigacional, sempre com vistas

---

<sup>693</sup> “§ 133 Auslegung einer Willenserklärung

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.”

Tradução livre: “§ 133 Interpretação de uma declaração de vontade.

Ao interpretar uma declaração de vontade, é preciso verificar a real vontade em detrimento do significado literal da declaração.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 18.11.2018)

<sup>694</sup> “§ 157 Auslegung von Verträgen

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

Tradução livre: “§ 157 Interpretação dos contratos.

Os contratos devem ser interpretados de acordo com a boa fé, considerando-se as práticas habituais.” (ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 18.11.2018)

<sup>695</sup> “Ein Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, aufgrund dessen der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung fordern kann.”

Tradução livre: “Uma relação obrigacional é uma relação jurídica, com base na qual o credor pode exigir uma prestação do devedor.” (LEIPOLD, Dieter. **BGB I Einführung und Allgemeiner Teil**. 9ª edição. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p. 20)

ao estabelecimento de uma relação obrigacional para produzir determinados efeitos jurídicos.

Assim, posteriormente à análise feita sob a ótica da Ciência Jurídica, Günter Haupt poderia fazer uma análise sob a ótica do aplicador do Direito, isto é, após feita a análise típica da Ciência Jurídica para revelar os elementos necessários para a existência de um contrato, poderia, o jurista alemão, ter verificado as situações concretas, que foram objeto de julgados dos tribunais alemães, para analisar se as mesmas subsumiam-se, ou não, às normas jurídicas e segundo o sentido determinado cientificamente, de modo a constatar a presença, ou a ausência, nas situações fáticas, dos elementos estruturais do contrato.

Com efeito, Günter Haupt, ao deixar de analisar quais eram os elementos necessários à existência de um contrato, não se atentou ao fato de que a vontade negocial das partes deve ser exteriorizada, mas não necessária e exclusivamente por meio de declarações de vontade.

Assim, por exemplo, os atos de execução das obrigações constituem atos praticados pelas partes, que exteriorizam a vontade negocial das mesmas, ainda que tacitamente, e, por isso, são aptos a levar à formação de um contrato.

Logo, exemplificativamente, nos casos do terceiro grupo das relações contratuais de fato indicado por Günter Haupt, ao colocar à disposição a prestação de um serviço público, a Administração Pública está fazendo uma oferta para celebração do contrato, enquanto que o administrado, ao tomar o serviço público prestado pela Administração Pública, nada mais fez que aceitar a oferta pública da Administração Pública, dando ensejo a uma relação jurídica contratual não instrumentalizada por meio de um instrumento contratual escrito.

Ressalte-se, ainda, que o fato do objeto do contrato possuir natureza de bem público, não leva à conclusão de que a relação contratual tenha decorrido da lei diretamente, mas, sim, que há contrato celebrado entre as partes por meio de comportamentos concludentes, cujos significados são determinados objetivamente pelas circunstâncias negociais e pelo tráfego comercial.

Logo, seria desnecessário recorrer à argumentação de que a Administração Pública teria uma obrigação social de prestar, bem como que a relação jurídica contratual

existente, na prestação de serviços públicos pela Administração Pública aos administrados, decorreria de lei e constituiria uma fonte de obrigações diversa da fonte contratual.

Portanto, em relação aos três grupos de relação contratual de fato, pode-se afirmar que o contrato existe no âmbito do Direito, desde que reunidos os elementos estruturais revelados por uma análise feita do Direito sob a ótica da Ciência Jurídica, tal como proposto por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, seguida de uma análise das situações concretas diante da análise do sentido determinado pela análise científica das normas jurídicas consideradas como sistema unitário.

Como visto neste estudo, Günter Haupt, ao criar a Teoria da Relação Contratual de Fato, partiu de uma análise típica dos aplicadores do Direito, sem antes proceder a uma análise típica da Ciência Jurídica para determinar o sentido das normas jurídicas, que regulam a formação do contrato.

Com efeito, Günter Haupt fez uma análise da relação jurídica estabelecida entre sujeitos de direito (a Administração Pública e o administrado), em casos concretos, ou seja, analisou as condutas humanas criadoras de um fato produtor de normas jurídicas (isto é, o contrato), com o intuito de verificar a existência, ou não, de contrato em dadas situações fáticas e, ainda, concluiu pela inexistência de contrato entre as partes, visto que não teria constatado a emissão de declaração de vontade das partes *stricto sensu*.

Mas, considerando-se a visão de Kelseniana da Teoria Pura do Direito, entendemos que Günter Haupt deveria ter partido de uma análise científica da relação entre as normas jurídicas, que regulam a formação dos contratos e, ainda, dos fatos determinados nas normas jurídicas (ou, na terminologia Kelseniana, apreendidos pelas normas jurídicas), com o único fim de determinar a “moldura” das normas jurídicas (leia-se sentido) cientificamente, permitindo, assim, uma posterior análise sob a ótica do aplicador do Direito.

Por outras palavras, entendemos que deveria haver primeiro uma análise estrutural das normas jurídicas gerais, que tratam da formação dos contratos (compreensão estática do sentido das normas jurídicas<sup>696</sup>) (informação verbal) e, desse modo, determinar quais são os elementos estruturais cuja presença é necessária para dar existência jurídica a um contrato e, posteriormente, Haupt poderia ter feito uma análise da conduta humana sob a ótica do aplicador do Direito ou, ainda, segundo Jörg Kammerhofer, uma “análise diária

---

<sup>696</sup> Terminologia utilizada por JESTAEDT, Mathias. **Die Reine Rechtslehre um Verwaltungsrecht**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da aula proferida na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg em 25.09.2018.

da lei por cada um”<sup>697</sup> (informação verbal), levando em consideração as determinações das normas jurídicas formadoras do Direito enquanto sistema (compreensão dinâmica)<sup>698</sup> (informação verbal), isto é, os elementos estruturais que as normas jurídicas exigem para a existência de um contrato, mas dentro de uma margem de discricionariedade típica da atividade do aplicador do Direito.

Se tivesse procedido previamente a uma análise científica das normas jurídicas, para determinar os elementos estruturais, que o Direito exige para dar existência a um contrato, teria, Günter Haupt, constatado que a declaração de vontade *stricto sensu* seria apenas um dos *corpus* veiculadores da vontade negocial das partes, que pode ser exteriorizada por diversas outras formas, inclusive por meio de comportamentos concludentes, que avaliados em consonância com as circunstâncias negociais, são aptos a formar um acordo capaz de dar existência a um contrato, mesmo que não instrumentalizado por documento escrito, mas que é apto a produzir efeitos jurídicos e a ser qualificado juridicamente como contrato.

Por fim, a aplicação crítica da visão Kelseniana da Teoria Pura do Direito é justificada pelo propósito da Teoria Pura do Direito, que, segundo Mathias Jestaedt, consiste em proporcionar uma cosmovisão do Direito a partir de um ponto de vista interno<sup>699</sup> (informação verbal), constituindo, nas palavras de Fernando Dias Menezes Almeida, um método científico que não visa a condicionar o Direito<sup>700</sup> (informação verbal), mas, sim, a estabelecer um *standard* de valores<sup>701</sup> (informação verbal).

Portanto, além da permissão legal de veicular a vontade negocial por meio de qualquer outra espécie de *corpus*, que seja apto a comunicar, a exteriorizar a vontade negocial e, por isso, capaz de formar um contrato não instrumentalizado por documento escrito, mas que igualmente é juridicamente existente e válido (naquelas hipóteses em que vige a liberdade de forma), o que seria possível constatar por meio da análise do Direito sob

---

<sup>697</sup> KAMMERHOFER, Jörg. **The Basic Building Blocks of the Pure Theory of Law**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da aula proferida na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg em 24.09.2018.

<sup>698</sup> Terminologia utilizada por JESTAEDT, Mathias. **Die Reine Rechtslehre um Verwaltungsrecht**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da aula proferida na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg em 25.09.2018.

<sup>699</sup> JESTAEDT, Mathias. **Die Reine Rechtslehre um Verwaltungsrecht**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da aula proferida na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg em 25.09.2018.

<sup>700</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Discussões sobre a Teoria Pura do Direito**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da aula proferida na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg em 26.09.2018.

<sup>701</sup> GARDNER, John. **Normativity**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da palestra proferida na IVR German Section Conference 2018: Hans Kelsen's Pure Theory of Law - Conceptions and Misconceptions, na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Faculty of Law, Institute for Politic Science & Philosophy of Law em 27.09.2018.

a ótica da Ciência do Direito (tal como proposto por Hans Kelsen), há que se ressaltar, como visto no início desta conclusão, que, sob a ótica da análise econômica do direito, o contrato deve proporcionar uma redução nos custos de transação e, assim, proporcionar maior eficiência econômica nas transações, de modo a gerar maior riqueza social.

Em razão da racionalidade limitada dos agentes econômicos, que por isso não conseguem obter um contrato completo<sup>702</sup>, bem como em virtude do aumento significativo dos custos de redação de um contrato idealmente completo, as partes deixam deliberada e racionalmente de prever determinadas cláusulas escritas, quando os custos de redação de um contrato completo ótimo são proibitivamente altos, ou, ainda, simplesmente decidem não celebrar por escrito os contratos, que instrumentalizam determinadas transações, tal como ocorre nas três hipóteses aventadas por Günter Haupt.

---

<sup>702</sup> “In this context, a complete contract is one that specifies each party’s obligations in every conceivable eventuality, rather than a contract that is fully contingent in the Arrow-Debreu sense.”

Tradução livre: “Neste contexto, um contrato completo é aquele que especifica as obrigações de cada uma das partes em toda eventualidade concebível, em vez de um contrato que é plenamente contingente no sentido de Arrow-Debreu.” (HART, Oliver; HOLSTRÖM, Bengt. *The Theory of Contracts*. In: BEWLEY, Truman F.. **Advances in Economic Theory: Fifth World Congress**. Nova Iorque: Cambridge University, 1987, p. 147) De acordo com o paradigma de Arrow-Debreu, os contratos são celebrados de maneira impessoal com o mercado, que atua como um facilitador na tomada de decisões pelo agente econômico, de forma que os contratos são, assim, considerados como sendo acordos ótimos celebrados com base em informações perfeitas e condutas benévolas dos agentes econômicos.



## BIBLIOGRAFIA

### 1. DOUTRINA

ABDO, Helena Najar; BERNARDINI, Carlos Eduardo Jorge. Prova das Sociedades de Fato de Natureza Empresarial. *In*: YARSEHLL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. **Processo Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 297-316.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as Ações Correlatas**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. **Discussões sobre a Teoria Pura do Direito**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da aula proferida na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg em 26.09.2018.

ALPA, Guido; DELFINO, Rossella. **Il Contratto nel Common Law Inglese**. 3ª edição. Milão: CEDAM, 2005.

ANDREWS, Neil. **Direito Contratual na Inglaterra**. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 1ª edição, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2017.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. Sorocaba: Minelli, 2005.

\_\_\_\_\_. **Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007.

\_\_\_\_\_. O Empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXVI, n.º 109, Jan.-Mar. 1998, pp. 183-189.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral – Ações e Fatos Jurídicos. Vol. 2.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Teoria Geral – Relações e Situações Jurídicas. Vol. 3.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXV, n.º 104, Out.-Dez. 1996, pp. 109-126.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia.** 4ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

BANAKAS, Stathis. Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test. **Revista para El Análisis del Derecho.** Barcelona, n.º 1, 2009. Disponível em <[www.indret.com](http://www.indret.com)>. Acesso em 22.04.2018.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais.** São Paulo: Lex, 2011.

BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, Conclusão, Prática.** 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BÉLGICA. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **L'Autonomie de la Volonté des Parties dans les Contrats Internationaux entre Personnes Privées.** 1991. Disponível em <<http://www.idi-iil.org>>. Acesso em 18.02.2018.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Obrigações.** Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura alla Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto.** Milano: Comunita, 1977.

BRASIL. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa.** 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

BRASIL. WMF MARTINS FONTES. **Dicionário Escolar WMF: Italiano-Português, Português-Italiano**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e Letizia Zini. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

BRASSEUL, Jacques. **História Econômica do Mundo**. Tradução de Helder Viçoso. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2012.

BRAVO, Federico de Castro y. **El Negocio Jurídico**. Madri: Civitas, 2016.

BRITO, Alejandro Guzmán. Para la Historia de la Formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, IV: Los Orígenes Históricos de la Noción General de Acto o Negocio Jurídico. **Revista de Estudios Histórico-jurídicos**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, nº 26, 2004, pp. 187-254.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

CHARLESWORTH, John; CAIN, Thomas Ewan. **Company Law**. 10ª edição. Londres: Setevens & Sons, 1972.

CARRARA, Giovanni. **La Formazione dei Contratti**. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1915.

CARVALHO, Ney. **A Saga do Mercado de Capitais no Brasil**. São Paulo: Saint Paul, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – Arts. 138 a 205**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G.. Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions. **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, vol. 119, Abr. 2010, p. 851. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1372856>>. Acesso em 03.09.2017.

COASE, Ronald Harry. The Nature of the Firm. **Economica**. Londres: The London School of Economics and Political Science, New Series, vol. 4, nº 16, Nov. 1937.

\_\_\_\_\_. **A Firma, O Mercado e O Direito**. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COELHO, A. Ferreira. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comparado, Commentado e Analysado. Vol. 5**. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1923.

COHEN, Felix S.. **El Método Funcional en el Derecho**. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de Direito Civil II - Parte Geral: Negócio Jurídico**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Civil Português II – Direito das Obrigações. Tomo II – Contratos. Negócios Unilaterais**. Coimbra: 2010.

\_\_\_\_\_. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 1ª edição, 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

CRISCUOLI, Giovanni. **Il Contratto nel Diritto Inglese**. 2ª edição. Milão: CEDAM, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

D'ANGELO, Andrea. **Contratto e Operazione Economica**. Torino: G. Giappichelli, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 – Teoria Geral do Direito Civil**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3 - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 8 – Direito de Empresa**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado (Parte Especial): Direito Civil Internacional. Volume II - Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DONADIO, Nunzia. L'Idéia di Contratto nel Pensiero Giuridico Romano. *In*: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica**. Milão: CEDAM, 2010, pp. 1-56.

DROBNIG, Ulrich. General Principles of European Contract Law. *In*: SARCEVIC, Petar; VOLKEN, Paul. **International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures**. Nova Iorque: Oceana Publications, 1986, pp. 305-332.

ESCOLAR, Rafael Perez. **La Sociedad Anónima Europea**. Madrid: Montecorvo, 1972.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FEIJÓ, Ricardo. **História do Pensamento Econômico**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAND, Frédérique. **Droit Privé Allemand**. Paris: Dalloz, 1997.

FERREIRA, Antonio Carlos; FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Ronaldo Coase: Um Economista Voltado para o Direito (Estudo Introdutório para a Edição Brasileira de *A Firma, o Mercado e o Direito*). **A Firma, O Mercado E O Direito**. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial. 1º Volume, Tomo II – O Estatuto da Sociedade Mercantil**. 5ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1957.

\_\_\_\_\_. **Sociedades Comerciais Irregulares**. São Paulo: São Paulo, 1927.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 1ª e 2ª edições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 e 2016.

\_\_\_\_\_. **Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Empresarial I: O Empresário e seus Auxiliares, O Estabelecimento Empresarial, As Sociedades**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A Sociedade em Comum**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª edição. Tradução de Christiane de Brito Andrei. Porto Alegre: AMGH, 2013.

FRIED, Charles. **Contracts 2017**. Notas taquigráficas das aulas proferidas no Curso de Extensão Universitária, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, 2017.

GABRIELLI, Enrico. **“Operazione Economica” e Teoria Del Contratto**. Milano: Giuffrè, 2013.

GARDNER, John. **Normativity**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da palestra proferida na IVR German Section Conference 2018: Hans Kelsen's Pure Theory of Law - Conceptions and Misconceptions, na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Faculty of Law, Institute for Politic Science & Philosophy of Law em 27.09.2018.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2ª edição. Columbus: Ohio State University, 1995.

GIÒ, Alessandro Di. La Nozione di *Contract* nel *Common Law*. In: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica**. Milão: CEDAM, 2010, pp. 199-228.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição: Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos: A Eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalidades Negociais**. São Paulo: Almedina, 2016.

GRANOVETTER, Mark. Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness. **American Journal of Sociology**. Chicago: The University of Chicago, vol. 91, nº 3, Nov. 1985, pp. 481-510.

GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 96, 2001, pp. 423-433.

HART, Oliver; HOLSTRÖM, Bengt. The Theory of Contracts. In: BEWLEY, Truman F.. **Advances in Economic Theory: Fifth World Congress**. Nova Iorque: Cambridge University, 1987.

HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012.

IGLESIAS, Juan. **Direito Romano**. Tradução de Claudia de Miranda Avena. 18ª edição espanhola. 1ª edição brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

IRTI, Natalino. **Intercambios sin Acuerdo**. Tradução de Nélvor Carreteros e Rómulo Morales Hervias. **Revista Ius Et Veritas**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, v. 24, 2002, pp. 46-56.

JESTAEDT, Mathias. **Die Reine Rechtslehre um Verwaltungsrecht**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da aula proferida na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg em 25.09.2018.

JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo, ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição**. Tradução de Paulo Cardoso C. Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

KAMMERHOFER, Jörg. **The Basic Building Blocks of the Pure Theory of Law**. Freiburg, 2018, notas taquigráficas da aula proferida na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg em 24.09.2018.

KELLY, John M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KOZOLCHYK, Boris. **La Contratación Comercial en el Derecho Comparado**. Madrid: Dykinson, 2006.

LANDO, Ole; CLIVE, Eric; PRÜM, André; ZIMMERMANN, Reinhard. **Principles of European Contract Law: Part III**. Haia: Kluwer Law International, 2003.

LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por Meio de Comportamento Social Típico. Tradução de Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**. São Paulo: FGV, vol. 2, nº 1, Jan.-Jun. 2006, pp. 55-64.

\_\_\_\_\_. **Derecho de Obligaciones. Tomo I**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LASSARD, Yves; KOPTEV, Alexandr. **The Roman Law Library**. Grenoble: Université Grenoble Alpes. Disponível em <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>>. Acesso em 15.10.2017.

LEIPOLD, Dieter. **BGB I Einführung und Allgemeiner Teil**. 9ª edição. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

LEITÃO, Alexandra. **A Proteção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2002.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações. Volume I – Introdução, Da Constituição das Obrigações**. 8ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

LOPES, José Reinaldo Lima. Préfacio à 1ª Edição. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, pp. XXIII-XXVII.

LOSANO, Mario G.. **Os Grandes Sistemas Jurídicos**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Nuno Miguel Cardoso. Karl Polanyi e o “Grande Debate” entre Substantivistas e Formalistas na Antropologia Econômica. **Economia e Sociedade**. Campinas: Instituto de Economia da UNICAMP, vol. 21, nº 1 (44), Abr. 2012, pp. 165-195.

\_\_\_\_\_. Karl Polanyi e a Nova Sociologia Económica: Notas sobre O Conceito de (Dis)Embeddedness. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, vol. 90, Set. 2010, pp. 71-94.

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do Direito**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do Negócio Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARKENSINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2ª edição. Oregon: Hart Publishing, 2006.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.



MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano XXIX, nº 107, Dez. – 2009, pp. 74-82.

MARTIN, Elizabeth A.. **A Dictionary of Law**. 5ª Edição. Oxford: Oxford University, 2002.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatização e Serviços Públicos. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, Vol. 15, nº 5, 1999, pp. 295-303.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 20ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

MESSINEO, Francesco. **Il Contratto in Genere**. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1972.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Tomo 1**. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado. Tomo 2**. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado. Tomo 3**. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **Do Espírito das Leis. Volume 1**. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

\_\_\_\_\_. **Do Espírito das Leis. Volume 2**. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

- MUCCIOLI, Nicoletta. **Studio sul Contegno Concludente**. Turim: G. Giappichelli, 2012.
- NASH, John. Two-Person Cooperative Games. **Econometrica**. New Haven: The Econometric Society, vol. 21, issue 1, Jan. 1953, pp. 128-140.
- \_\_\_\_\_. Non-Cooperative Games. **The Annals of Mathematics**. New Jersey: Princeton University, Second Series, vol. 54, issue 2, Set. 1951, pp. 286-295.
- NERY, Rosa Maria de Andrade Nery; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil. Volume I – Tomo I – Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil. Volume I – Tomo II – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil. Volume II – Direito das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil. Volume III – Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NETO, Abílio. **Código Civil Anotado**. 17ª edição. Lisboa: Ediforum, 2010.
- NICOLAÏ, André. **Comportamento Econômico e Estruturas Sociais**. Tradução de Oracy Nogueira. São Paulo: Editora Nacional e Editora da Universidade de São Paulo, 1973.
- NORTH, Douglass C. **Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico**. Tradução de Agustín Bárcena. 1ª edição, 4ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Uma Introdução do Direito Econômico**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PAGLIANTINI, Stefano. Una Breve Pagina Introduttiva. *In*: HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012, pp. 5-7.
- PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento Eficiente (*Efficient Breach*) nos Contratos Empresariais. **Revista Jurídica Luso-brasileira**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, nº 1, ano 2, 2016, pp. 1091-1103.

PICCIN, Elisabeta; TRANFAGLIA, Maria Elena. **I Rapporti Contrattuali di Fatto**. Milão: CEDAM, 2010.

PIECK, Manfred. A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. **Annual Survey of International & Comparative Law**. São Francisco: GGU Law, Vol. 3, Issue 1, Article 7, 1996, pp. 111-176.

PINTO, Paulo Mota. **Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª edição, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2ª edição, 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. [S.l.], [20--?]. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018.

\_\_\_\_\_. **A Boa-fé no Código Civil**. [S.l.], 2003. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018.

\_\_\_\_\_. **Um Artigo-Chave do Código Civil**. [S.l.], 2003. Disponível em <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em 22.04.2018

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

RIBEIRO, Francisco Carlos. **Hayek e a Teoria da Informação**. São Paulo: Annablume, 2002.

ROBERTSON, Andrew. Reasonable Reliance in Estoppel by Conduct. **University of New South Wales Law Journal**. Sidney: Australasian Legal Information Institute, vol. 23, 2000, pp. 87-109.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral. Vol. 1**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Parte Geral das Obrigações. Vol. 2.** 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade. Vol. 3.** São Paulo: Saraiva, 1997.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental: A Aventura dos Pré-Socráticos a Wittgenstein.** Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

SAENGER, Ingo. **Gesellschaftsrecht.** 4ª edição. Munique: Vahlen, 2018.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **O Contrato Futuro.** 1ª edição, 5ª reimpressão. São Paulo: Cultura, 2004.

SCAFF, Fernando Campos. As Novas Figuras Contratuais e a Autonomia da Vontade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 91, 1996, pp. 141-159.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea.** Tradução de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SILVA, Clóvis V. do Couto. **A Obrigação como Processo.** Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico. Volumes I e II.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. **Vocabulário Jurídico. Volumes III e IV.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade no Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo: Almedina, 2017.

STAGL, Jakob Fortunat. La Nozione di Contratto nel Diritto Privato Tedesco. Tradução de Stefano Cherti. *In*: CHERTI, Stefano. **La Nozione di Contratto nella Prospettiva Storico-Comparatistica.** Milão: CEDAM, 2010, pp. 135-165.

STIGLITZ, Joseph E. Prefácio. *In*: POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: As Origens de Nossa Época**. Tradução de Fanny Wrobel. 2ª edição, 8ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. XV-XXV.

\_\_\_\_\_ ; WALSH, Carl E. **Principles of Microeconomics**. 3ª edição. Nova Iorque: Norton, 2002.

STOLFI, Giuseppe. **Teoría del Negocio Jurídico**. Tradução de Jaime Santos Briz. 2ª edição. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

STRENGER, Irineu. **Da Autonomia da Vontade**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2000.

SZTJAN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. Sociedades e Contratos Incompletos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol. 101, Jan.-Dez./2006, pp. 171-179.

\_\_\_\_\_. Apresentação à 2ª Edição. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, pp. XXI-XXII.

TEPEDINO, Gustavo *et al.*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. I**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. II**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TRIOLO, Dario Primo. **La Formazione del Contratto**. Milão: Key, 2015.

VARANESE, Giovanni. Commiato dalla Teoria dei Rapporti Contrattuali di Fatto. *In*: HAUPT, Günter. **Sui Rapporti Contrattuali di Fatto**. Tradução de Giovanni Varanese. Torino: G. Guappichelli Editore, 2012, pp. 9-43.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral – Volume I**. 10ª edição, 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2014.

VEIGA, Manoel Luis da. Escola Mercantil sobre O Comércio Assim Antigo como Moderno, entre As Nações Comerciantes dos Velhos Continentes. Lisboa: Oficina de Antonio

Rodrigues Galhardo, 1803. *In*: SLEMIAN, Andréa; CHAVES, Cláudia Maria das Graças. **Obras de Manoel Luis da Veiga**. São Paulo: EDUSP, 2012.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial. Vol. 1 – Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis – Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial. Vol. 2 – Teoria Geral das Sociedades – As Sociedades em Espécie do Código Civil**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial. Vol 4. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VICENTE, Dário Moura. **O Contrato no Direito Comparado**. Notas taquigráficas da aula proferida no Curso de Pós-graduação “O Contrato no Direito Comparado”, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

\_\_\_\_\_. A Autonomia Privada e os seus Diferentes Significados à Luz do Direito Comparado. **Revista de Direito Civil**. Coimbra: Almedina, nº 2, 2016, pp. 277-305.

\_\_\_\_\_. **Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Comparado. Volume I**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2018.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Fundamentos do Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

WERTENBRUCH, Johannes. **BGB Allgemeiner Teil**. 4ª edição. Munique: C. H. Beck, 2017.

WIEDEMANN, Herbert; FREY, Kaspar. **Gesellschaftsrecht**. 9ª edição. Munique: C. H. Beck, 2016.

WITTMAN, Donald. **Economic Foundations of Law and Organization**. Nova Iorque: Cambridge, 2006.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Públicos e Direito Privado: Interpretação, Princípios e Inadimplemento**. São Paulo: Almedina, 2016.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Conservação dos Contratos Nulos por Defeito de Forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Economia dos Contratos**. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **V ZR 223/54**, de 14.07.1956. Disponível em <<https://www.jurion.de>>. Acesso em 25.12.2017.

ALEMANHA. Reichsgericht Zivilsenat. **RGZ 78, 239**, de 07.12.1911. Disponível em <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/table.php?id=179>>. Acesso em 03.12.2017.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **VII ZR 360/98**, de 07.12.2000. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **V ZR 182/11**, de 09.11.2012. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 202/53**, de 30.04.1955. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 204/00**, de 04.11.2002. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **II ZR 205/63**, de 11.10.1965. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 04.11.2018.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **VIII ZR 66/04**, de 26.01.2005. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.10.2018.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **IX ZR 146/15**, de 25.02.2016. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 04.11.2018.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. **IX ZR 66/83**, de 07.06.1984. Disponível em <<http://www.bundesgerichtshof.de>>. Acesso em 30.11.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.190.372-DF (2010/0073749-9)**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20.11.2017.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 49.564-SP (1994/0016723-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.051.065-AM (2008/0088645-2)**. Terceira Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.367.955-SP (2011/0262391-7)**. Terceira Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.309.972 - SP (2012/0020945-1)**. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30.04.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.430.750 - MG (2013/0197186-6)**. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 14.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 1.280.753 - SP (2011/0186976-0)**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 14.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 203.929 - PR (1999/0013213-0)**. Quarta Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 14.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Recurso Especial nº 43.070-4 - SP (91/0001913-0)**. Terceira Turma. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 14.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Agravo em Recurso Especial nº 1.007.185 - SP (2016/0284256-0)**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 21.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, DF. **Agravo em Recurso Especial nº 679.394 - SP (2015/0061499-6)**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 21.08.2018.

INGLATERRA. *Court of Appeal*. **G. Percy Trentham Ltd v Archital Luxfer Ltd [1992] Adj.L.R. 07/20**, de 20.07.1992. Disponível em <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionAdjudicationLawReports/Percy%20Trentham%20v%20Luxfor%201992.pdf>>. Acesso em 05.11.2017.

INGLATERRA. *United Kingdom Supreme Court*. **RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller GmbH & Company KG (UK Production) [2010] UKSC 14**, de 10.03.2010. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2017.

INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*. **Assuranceforeningen Gard Gjensidig v The International Oil Pollution Compensation Fund [2014] EWHC 3369 (COMM)**, de 17.10.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 05.11.2017.

INGLATERRA. *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*. **Reville Independente LLC v. Anotech International (UK) Limited [2016] EWCA Civ 443**, de 06.05.2016. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 01.11.2017.

INGLATERRA. *High Court of Justice (Queen's Bench Division)*. **British Steel Corp v Cleveland Bridge [1984] 1 All ER 504**, [1984]. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018.

INGLATERRA. *High Court of Justice (Civil Division)*. **Whittle Movers Ltd v Hollywood Express Ltd. [2009] EWCA Civ 1189**, de 11.11.2009. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018.

INGLATERRA. *Court of Appeal of England and Wales*. **Courtney & Fairburn Ltd. V. Tolaini Bros. (Hotels) Ltd. [1975] 1 All ER 453**, [1975]. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018.

INGLATERRA. *Supreme Court*. **Cramaso LLP v Ogilvie- Grant, Earl of Seafield & Ors (Scotland) [2014] UKSC 9**, de 12.02.2014. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 20.05.2018.

INGLATERRA. *Court of Appeal (Civil Division)*. **Natalia Valencia v Norberto Llupar [2012] EWCA Civ 396**, de 30.03.2012. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 21.08.2018.

INGLATERRA. *House of Lords*. **Miah & Ors v. Khan [2000] UKHL 55**, de 02.11.2000. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 21.08.2018.

INGLATERRA. *Supreme Court of Judicature*. **M Young Legal Associates Ltd. v. Zahid (a firm) & Ors [2006] EWCA Civ 613**, de 16.05.2006. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018.

INGLATERRA. *Court of Exchequer Chamber*. **Freeman v. Cooke (1848) 2 Ex 352; 154 ER 652**. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018.

INGLATERRA. *Court of Exchequer Chamber*. **Pickard v. Sears (1837) A & E 469; 112 ER 179 at 181**. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 28.08.2018.

INGLATERRA. *Court of Appeal*. **Pagnan SPA v Feed Products Ltd [1987] 2 Lloyd's Rep 601**, de 1987. Disponível em <<http://www.bailii.org>>. Acesso em 23.10.2018.

### 3. LEGISLAÇÃO

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), de 18.08.1896**. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.08.2017.

ALEMANHA. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Edição de esboço. Munique: Sellier, 2009.

ALEMANHA. **Handelsgesetzbuch (HBGB), de 10.05.1897**. Institui o Código Comercial. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de>>. Acesso em 27.10.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Institui a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25.06.1850**. Institui o Código Comercial Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22.01.2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01.01.1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Último acesso em 12.11.2017.

BRASIL. **Decreto nº 18.871, de 13.08.1929**. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana. Disponível em <<http://www.camara.leg.br>>. Acesso em 11.02.2018.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15.12.1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20.08.2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.11.2017.

BRASIL. **Lei nº 8.934, de 18.11.1994**. Dispõe sobre o Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10.06.2018.

BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16.10.2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11.04.1980. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12.08.2018.

FRANÇA. **Code Civil, de 05.03.1803**. Institui o Código Civil. Disponível em <[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>. Acesso em 03.09.2017.

HOLANDA. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW. **Principles of European Contract Law: Parts I and II**. 1998. Disponível em <<https://www.cisg.law.pace.edu>>. Acesso em 18.02.2018.

INGLATERRA. **Partnership Act 1890, de 14.08.1890**. Institui o Ato de Sociedade. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk>>. Acesso em 16.09.2018.

ITÁLIA. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. 2010. Disponível em <<http://www.unidroit.org>>. Acesso em 15.05.2016.

ITÁLIA. **Regio Decreto nº 262, de 16.03.1942**. Approvazione del testo del Codice Civile. Disponível em <<http://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>>. Acesso em 19.08.2018.

PORTUGAL. **Decreto-lei nº 47.344/66, de 25.11.1966**. Aprova o Código Civil e Regula a sua Aplicação. Disponível em <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em 19.08.2018.