

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 20

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2017

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ) e Tula Wesendonck (UFRGS).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

**MOREIRA MENEZES . MARTINS**
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 20 (janeiro/junho 2017)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

PRÁTICAS NEGOCIAIS COMO ATOS DE AUTONOMIA PRIVADA: COMPATIBILIDADE HISTÓRICA DAS REGRAS SOBRE FORMA, PROVA, PROPOSTA E ACEITAÇÃO¹

**BUSINESS PRACTICE IN DEALINGS AS ACTS OF PRIVATE
AUTONOMY: HISTORICAL COMPATIBILITY OF FORM,
PROPOSAL AND ACCEPTANCE RULES.**

Gerson Luiz Carlos Branco

Resumo: O artigo apresenta as práticas negociais como atos de autonomia privada fruto de relações contratuais de longa duração, próprias das relações empresariais, responsáveis pelo descompasso entre os contratos escritos e as práticas das partes na disciplina de sua relação privada. O desenvolvimento do tema é feito mediante uma análise histórica da forma, prova, proposta e aceitação e sua contribuição para a eficácia obrigatória dos contratos não solenes, bem como sobre trata da importância e o significado das práticas negociais como atos de autonomia privada na vida contemporânea.

Palavras-Chave: Autonomia Privada. Práticas Negociais.

Abstract: This article presents the business practices (“course of performance” and “course of dealing”) as acts of private autonomy, especially in long-term contracts, typical of commercial relationships, as responsible for the separation between the formal deal and the real

¹ Artigo recebido em 24.12.2018 e aceito em 14.12.2018.

deal. The subject of the article is developed through the historical analysis about form, prove, propose and acceptance in contracts, and their contribution to assign efficacy over informal contracts, in addition, the article face the importance and the meaning of business practices as acts of private autonomy in the contemporary life.

Keywords: Private Autonomy. Business Practices in Dealings.

Sumário: Introdução. 1. Forma, informalidade e contratos complexos. 2. Práticas negociais e autonomia privada. Conclusão.

Introdução.

A proposta deste artigo é de que a Teoria Geral dos Contratos precisa incorporar em sua dogmática elementos que de modo mais claro reconheçam eficácia às práticas negociais como atos de autonomia privada. Práticas negociais são atos das partes de uma determinada relação contratual, que após a celebração de um contrato (solene ou não) promovem alterações nas obrigações imputadas inicialmente ou no modo de seu cumprimento, de maneira que do ajuste original pouco exista, criando uma dualidade entre o contrato tal como é e os instrumentos contratuais que retrataram o momento de seu nascimento.

O objetivo de desenvolver o tema em conexão com a forma do contrato passa pela análise sobre como a Teoria Geral dos Contratos é insuficiente para enfrentar as práticas negociais, caracterizadas como novas manifestações da autonomia privada, especialmente no âmbito das relações empresariais. Novas manifestações em termos, pois a problemática aqui enfrentada está presente na realidade econômica e social há pelo menos um século: atos que não se subsumem aos conceitos de proposta e aceitação ou de instrumento particular e/ou público, porém representam materialmente atos vinculantes entre os particulares com o objetivo de disciplinar os efeitos

jurídicos de uma relação econômica, tal como consideramos os contratos.

Neste sentido, a problemática já foi e é enfrentada, para atribuir feitos sobre aqueles atos praticados no tênue limite entre um contrato não solene descumprido, ou a ruptura imotivada das tratativas preliminares a um contrato solene. A fórmula da “ruptura imotivada das negociações” por conta da necessidade de proteção da confiança ou da violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva é opção no sentido de preservar as regras sobre forma do contrato, proposta e aceitação, ignorando em certa medida a natureza distinta de certos atos da autonomia privada. Em grande medida, essa opção dogmática remete a matéria do Direito Contratual para a Responsabilidade Civil.

Entretanto, o fenômeno dos contratos de longa duração e contratos relacionais, entre outros fenômenos nos quais há marcadamente um descompasso entre as estruturas normativas previstas nos contratos escritos e as práticas das partes na disciplina de sua relação privada, fazem com que seja rediscutido o papel da forma como elemento essencial para a definição sobre o que é o contrato e seu conteúdo vinculante.

Evidentemente que este artigo não visa resolver o problema, mas apresentar uma pesquisa e reflexão sobre um problema central da Teoria Geral dos Contratos, que é a severa limitação dogmática das construções sobre o momento ou os requisitos formais, para que se considere um contrato concluído, para atender as necessidades atuais da vida e da autonomia privada.

Para tanto, na primeira parte, será abordado tema sobre a forma e a informalidade no quadro da Teoria Geral dos Contratos, bem como o papel que historicamente a forma do contrato representou; e na segunda parte, será abordado tema sobre a importância e o significado das práticas negociais como atos de autonomia privada.

1. Forma, informalidade e contratos complexos.

A moderna Teoria Geral dos Contratos concede à autonomia privada a possibilidade de que os contratos sejam celebrados de modo informal, estabelecendo a necessidade de forma escrita em alguns casos excepcionais, como é o caso da doação (artigo 541 do Código Civil), fiança (artigo 819 do Código Civil), negócios jurídicos dispositivos de direitos reais, conforme disposto no artigo 108 do Código Civil, etc.

Vigora a informalidade, tendo em vista que os contratos têm sua eficácia obrigatória baseada no consenso (*solus consensus obligat*), representativo da opção moderna (contraposta à Romana), de que são os elementos materiais de justiça subjacentes ao ato consensual que produz a vinculação. Trata-se da contribuição do pensamento Tomista-Aristotélico na construção dos fundamentos éticos da autonomia privada, desenvolvidos substancialmente pela segunda escolástica Espanhola, acabando de vez com a distinção Romana entre os *contractus* e os *nuda pacta*.²

Na ausência do pretor romano ou de um escrivão para inserir um selo ou ditar o conteúdo do contrato, a opção realizada pela Teoria Geral dos Contratos foi a de estabelecer critérios formais para identificação dos elementos que materialmente são “dignos” de proteção jurídica e que se exteriorizam de modo a serem socialmente reconhecíveis como atos de autonomia privada.³

2 A propósito do tema ver GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991, GHESTIN, Jaques. Ghestin Jacques. Le contrat en tant qu'échange économique. In: *Revue d'économie industrielle*. v. 92. 2e et 3eme trimestres 2000. *Économie des contrats : bilan et perspectives*. p. 81-100, entre outros. A matéria é antiga, entretanto recentemente foi desenvolvida profunda pesquisa por CANTALI, Rodrigo. *Da forma ao contexto: a importância dos elementos contextuais na evolução histórica da categoria do contrato*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFRGS, Porto Alegre, 2017.

3 No sistema romano germânico a ideia de convenção e pacto tiveram amplo reconhecimento a partir do movimento conhecido com jusracionalismo, construído com base nos estudos realizados pela escolástica espanhola, assim como pelo trabalho dos conciliadores, tais como Baldo, Bartolo, etc. As fontes mais autorizadas sobre o tema são WIEACKER, Franz. *História do*

Entretanto, o reconhecimento de contratos que não são baseados em um ato solene e formal, celebrado perante uma autoridade, exigiu da doutrina a separação entre os negócios abstratos e causais, a doutrina contratual sobre a forma foi associada de modo mais forte e direto à problemática dos negócios jurídicos abstratos, tais como a doutrina dos títulos de crédito.⁴

Aos negócios causais, geralmente não solenes, mantém-se de modo permanente a possibilidade de o juiz inquirir sobre a causa e, portanto, das razões materiais subjacentes ao contrato, independentemente do sentido a que se atribua para a causa do contrato.⁵

Direito Privado Moderno. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004 e GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991.

No âmbito da *common law* esse desenvolvimento é posterior. A ação de *covenant*, *debt* e *fassumpsit* consistem nos meios cogentes para obter o cumprimento de obrigações, não permitindo espaço para contratos não solenes. A ação de *covenant* servia para obrigar alguém a cumprir uma promessa *under seal*, pela qual o selo tinha importância como meio de prova, certificação e instrumento para se ir a juízo pleitear o cumprimento do contrato. As ações de *debt* serviam fundamentalmente para obter a restituição nas hipóteses de empréstimos ou para exigir a entrega de um bem quando há troca e a ação de *assumpsit* servia para obrigar alguém a cumprir uma promessa surgida a partir de um ilícito. Somente com o nascimento da doutrina da *consideration*, no século XVII a ação de *assumpsit* passa a ser usada como uma base geral para cumprimento de promessas e, portanto, de contratos. FARNSWORTH, Allan e Outros. *Contracts, Cases and materials*. Foundation Press, 2013, p. 33. Veja-se também o estudo de GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio, 1974, p. 17 e ss.

4 A relação entre as categorias negociais típicas do Direito Comercial e o desenvolvimento da Teoria Geral dos Contratos é íntima. O tema não é objeto deste artigo, porém vale a pena mencionar que boa parte do desenvolvimento histórico do contrato é feito sobre o “contrato de letra de câmbio” (contrato de *cambio traiettizio*) ou mesmo sobre os contratos criados pelos comerciantes na realidade medieval, problematizados e sistematizados pelo que posteriormente ficou conhecido como Teoria Geral dos Contratos. A propósito, veja-se GALGANO, Francesco. *Lex Mercatòria*. 5ª. ed. Bologna: Mulino, 2010, capítulos 2, 3 e 4. Também contribui para o tema a obra de LATTES, Alessandro. *Il Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria delle Città Italiane*. Milano: Ulrico Hoepli, 1884, p. 122 e ss.

5 A propósito sobre a problemática da causa, na perspectiva do Direito das Obrigações e do Direito dos Contratos, ver as seguintes teses, relativamente recentes: FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e Contrato*. 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: Interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Nos negócios abstratos, a forma é essencial. Entretanto, mesmo nos negócios solenes e abstratos, essa condição não afasta a possibilidade de o juiz examinar a causa, respeitados os efeitos perante terceiros, como no caso do título que circula mediante endosso. O ônus da prova, em tal caso cabe àquele que invoca a falta ou ilicitude da causa.⁶

Nos negócios abstratos a estrutura típica não corresponde a nenhuma função econômica ou social constante, nada dizendo a respeito do interesse individual das partes, razão pela qual a doutrina considera que os negócios abstratos são sempre formais, tendo em vista que nos negócios abstratos a causa é separada do conteúdo típico e da determinação do ato voluntário. Assim, a vontade final que nos negócios causais é dirigida à síntese dos elementos essenciais do negócio, nos abstratos tem menor importância, pois a abstração torna o negócio idôneo para que sirva a diversas funções.⁷

Isso não significa, porém, que a forma substitui a causa, a ponto de que seja possível imaginar um negócio concreto que não tenha causa e que somente pela sua forma possa produzir efeitos, conforme afirma Emilio Betti:

Não se concebe, por exemplo, um negócio cambial que não tenha um escopo prático, como o de garantir o cumprimento de uma relação fundamental, de satisfazê-la, de nová-la, de abrir um crédito, de doar, etc. Qualquer negócio jurídico é, por sua natureza, dirigido a um escopo comparável com alguma das funções típicas da autonomia privada, e controlável de acordo com ela.⁸

Em outras palavras, nos negócios causais a causa tem relevância direta, enquanto nos negócios abstratos tem relevância indireta e

6 BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. I, p. 378 e ss.

7 *Ibidem*. p. 386-388.

8 *Ibidem*. p. 385.

com relação aos efeitos do negócio jurídico: “a abstração tem aqui um carácter meramente processual e consiste na inversão do ônus da prova, que se desloca do autor para o réu”⁹, o que deve ser considerado no caso de a relação ser entre as mesmas partes.

Por isso, a referência a graus de abstração, já que pode consistir em simples inversão do ônus da prova, até a inoponibilidade de determinadas exceções.

Em outras palavras, tomando-se a doutrina de Emílio Betti, que talvez tenha sido o último dos grandes juristas que tentou dar contornos sistemáticos para a Teoria Geral do Negócio Jurídico, influenciando substancialmente o pensamento jurídico no sistema da *civil law* a forma passa a ser associada com a procedimentalização do modo como os direitos são realizados, em razão do processo de abstração dos negócios jurídicos.

Seja por conta de sua tentativa de afirmar o negócio jurídico como preceito, seja para afastar a teoria da declaração que acentuava em demasia os elementos formais do contrato,¹⁰ a doutrina de Emílio Betti é marcante no sentido de se atribuir um papel secundário à forma do contrato, em detrimento da discussão sobre abstração e causalidade.

Entretanto, a discussão sobre causalidade reiteradamente reconduz a matéria para funcionalidade do contrato e seu contexto, hipótese que resulta em problemas práticos para a resolução de problemas práticos, tendo em vista as dificuldades técnicas para que se prove o contexto e extremamente complexas de identificação da causa e função do contrato.

9 Loc.cit.

10 O tema foi tratado com profundidade no estudo de SILVA, Clóvis do Couto e. Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e Direito Processual Civil – atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Büllow. *Revista de Processo*, n. 37, ano 10, jan./ mar. 1985, p. 238 – 270.

Por essa razão e voltado para o senso prático do Direito, praticamente em todos os Códigos Civis há alguma regra sobre necessidade de uma prova escrita para provar o conteúdo do contrato, tal como previa o revogado artigo 227 do Código Civil brasileiro, que estabelecia o limite de 10 salários mínimos para admitir a prova exclusivamente oral para conceder executóriedade às obrigações contratuais.¹¹

A relativamente recente revogação do artigo 227 pode, por sua vez, indicar que a transformação das relações sociais tenha levado ao legislador a reconhecer que a fixação de um valor para a admissibilidade de um determinado meio de prova não capture a realidade vigente. O tema ainda é confuso para o legislador, pois a lei revogadora do artigo 227 do Código Civil, o Código de Processo Civil, em outro dispositivo, no artigo 410 enuncia o “documento particular” como prova de contrato.¹²

Reconhecer forma para o contrato ou mesmo exigir que o contrato tenha uma prova para que seja reconhecida a sua eficácia obrigatória, tem sentido, em razão das disposições dos artigos 427 a 435 do Código Civil brasileiro, que tratam sobre proposta e aceitação.

Ainda que vigore o princípio do consensualismo, proposta e aceitação possuem requisitos formais para sua identificação e caracterização, sem as quais não se pode considerar existente determinado contrato. Um estudo sobre a origem desse debate está preso justamente na tentativa de assegurar requisitos formais que aliados a teoria da causa pudesse fornecer elementos minimamente seguros para

11 A propósito ver o clássico texto SILVA, Clóvis do Couto e. Direito Material e processual em tema de prova. *Revista de Processo*, v. 13, 1979, p. 135-146.

12 “Art. 410. Considera-se autor do documento particular: I – aquele que o fez e o assinou; II – aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado; III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos.”

que o contrato fosse reconhecido como fonte autônoma de obrigações ainda que desprovido da segurança do formalismo Romano.¹³

Embora seja um tema importante, a matéria ainda é tratada com timidez e de modo lateral. Somente uma perspectiva histórica menos remota demonstra que a superação do dogma da forma herdado do Direito Romano e a admissibilidade dos *nuda pacta* como fonte de obrigações vinculantes leva o Direito Contratual de um regime de absoluta segurança para outro que permite uma série de dúvidas sobre a vinculação ou não das condutas que culturalmente consideramos hoje como atos tendentes a realizar um contrato.

A esse respeito é extremamente importante a análise realizada por Gordley¹⁴ sobre os fundamentos filosóficos da liberdade contratual, assim como o problema da teoria da *consideration* enfrentada por Grant Gilmore,¹⁵ autores preocupados com questões próprias da *common law*, que, entretanto, possuem grande importância ao tratar sobre a gênese da Teoria Geral dos Contratos e também sobre as condições jurídicas para que o contrato produza eficácia vinculante.

13 Segundo Gordley, embora os juristas medievais não tenham analisado o problema da oferta/proposta e da aceitação da mesma forma que os escolásticos tardios, eles levantaram o problema pela primeira vez. Além disso, discussões posteriores sobre o problema foi mencionada com as mesmas preocupações dos juristas medievais. Os juristas medievais responderam a essas preocupações sem a afirmação se princípios para serem ajustados ao sistema ou elucidados através de uma discussão abstrata. Uma análise dos debates realizados por Bartolo e Baldo, e, depois, sistematizados por Domingo de Soto, Luis de Molina e Leonard Lessius indica que regras como as que o Código Civil brasileiro possui sobre proposta e aceitação estão relacionadas diretamente com a necessidade de afirmar-se critérios para a eficácia obrigatória dos *nuda pacta*. Foi nos séculos XVI e XVII, que os trabalhos da escolástica tardia foram estudados pelos jusracionailistas (na terminologia de Wieacker), especialmente pelo pensamento Hugo Grócio e de Samuel Pufendorf. A partir de seus estudos, ou daqueles que foram influenciados por eles (tais como Jean Domat e Robert Pothier) é que essas doutrinas foram introduzidas a *common law* e *civil law* modernas. GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991, p. 48 e ss.

14 GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991.

15 GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

O primeiro, ao tratar dos fundamentos éticos da liberdade contratual e da importância da segunda escolástica, ou escolástica espanhola, como construtora de uma dogmática que forneceu os contornos do que hoje consideramos como Teoria Geral dos Contratos, e o segundo, ao tratar sobre a construção de uma concepção formal de Teoria Geral dos contratos a partir do pensamento de Oliver Holmes e as transformações dessa matéria no curso do século XX.

Ou seja, as regras seculares que produziram as disposições do Código Civil sobre oferta e aceitação estiveram relacionadas a um movimento jurídico e filosófico que assegurou ao contrato critérios mínimos e seguros para que o Direito reconhecesse em atos que historicamente eram praticados nas feiras medievais, porém que nos textos romanos não reconheciam eficácia obrigatória.¹⁶

É claro que a opção pelo atual modelo de informalidade representou elevar o contrato a um patamar jurídico relevante, passando a outorgar à autonomia privada o papel de fonte das obrigações, sendo uma categoria responsável por estruturar o tecido social em torno das relações econômicas.

Cabia, então, ao Direito Contratual desenvolver as técnicas necessárias para identificar e determinar o conteúdo das obrigações que são criadas voluntariamente pelos atos da autonomia privada.

Ao construir essa técnica de identificação, são as normas sobre forma e prova dos negócios jurídicos que indicam a preocupação especial da Teoria Geral dos Contratos com a manifestação escrita, ou melhor com o instrumento particular celebrado por escrito, assinado pelas partes em um determinado local e data como demonstração inequívoca sobre qual é o conteúdo do contrato.¹⁷

16 Uma visão sobre a relação entre a necessidade de reconhecimento da eficácia obrigatória do contrato, a redescoberta do Direito Privado e as feiras medievais pode ser vista na obra de GALGANO, Francesco. *Lex Mercatória*. 5ª ed. Bologna: Mulino, 2010, p. 13 e ss.

17 É elucidativa a perspectiva da obra de IRTI, Natalino. *Studi sul formalismo negoziale*. Roma: CEDAM, 1997. Sobre diferença entre forma e prova e especialmente o significado dessa matéria

As normas sobre a matéria consideram que a assinatura de alguém em um documento escrito significa a vinculação de seu consentimento na operação econômica. Isso está baseado em uma convenção milenar de que assinar significa concordar, manifestar consentimento.¹⁸ Essa convenção de que trata Collins pode ser considerada como um velho costume, no sentido tradicional das fontes, que é o de todos acreditarmos ser obrigatório que determinados contratos devam ser por escrito para que se saiba de modo claro e definido qual é o conteúdo do contrato e, portanto, deixar inequívoca a obrigatoriedade das obrigações previstas pelas partes.

Em torno disso temos várias normas, tais como a ineficácia das minutas, que ainda que tenham caráter documental não obrigam pela falta da assinatura, bem como a ideia de que o contrato forma um ato jurídico perfeito e, portanto, uma vez assinado sequer a lei pode alterar o seu conteúdo. A obra de Pothier sobre a interpretação é significativa a respeito.¹⁹

Ou seja, a Teoria Geral dos Contratos foi construída a partir da superação do dogma romano que separava os *contractus* dos *nuda pacta*, porém o Direito Contratual moderno manteve a relevância da forma e, especialmente, o caráter singular do documento escrito assinado como método supremo de contratação.²⁰

em conexão com o objeto deste artigo, ver o capítulo III, *Il contratto tra faciendum e factum*, p. 95-137. O texto trata sobre o contributo de Grotius, assim como a forma e prova como elementos necessários ao processo de externalização de um acordo e de transformação de um mero ajuste para um fato relevante social e juridicamente. “Un’antica tradizione risolve l’autonomia dei privati nella scelta tra l’una e l’altra possibilità, nel decidere sull’essere o non essere del negozio. Occorre tuttavia aggiungere che l’essere del contratto, come di qualsiasi altro negozio, è una *essere per il diritto*, e non una generica esperienza economica e sociale”. p. 96.

18 COLLINS, Hugh. *The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (Coords.). *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational ad Network Contracts*. Portland: Hart, 2003, p. 1-24.

19 POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, p. 96-103, capítulo “Regra para a interpretação das convenções”.

20 Uma análise das normas estatutárias italianas demonstra claramente essa preocupação me-

Todavia a realidade negocial que pode ser observada nos contratos de distribuição, franquia, fornecimento de produtos e serviços de modo contínuo, com suas contínuas alterações sem que essas alterações sejam formalizadas por escrito têm trazido certa perplexidade à Teoria Geral dos Contratos.

Além do fenômeno da expansão dos contratos de adesão, há o desenvolvimento de novas estruturas contratuais que geram fenômenos como a *battle of forms*,²¹ contratos organização, contratos cooperativos e especialmente a própria teoria dos contratos relacionais desenvolvida por Ian Macneil. A ideia é de que o contexto da contratação possui elementos muito ricos para permitir aos aplicadores do Direito conceber quais foram os verdadeiros entendimentos das partes.²²

Essa perplexidade deriva de contratos complexos, extrema-

dieval: LATTES, Alessandro. *Il Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria delle Città Italiane*. Milano: Ulrico Hoepli, 1884, p. 123: “Il primo relevante mutamento introdotto nella legge romana riguarda l’efficacia assoluta dei patti e la cessazione di qualsiasi differenza tra’ patti nudi e le convenzione”.

21 MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, Fev. 1963. Nesse sentido, o trabalho de Stewart Macaulay já indicava, no ano de 1963, a insuficiência dos formulários como técnica de organização da empresa, denunciando pela primeira vez a *battle of forms*, fazendo referência à riqueza da vida comercial e a incompatibilidade do conteúdo dos ajustes reais entre as partes e os *planning documents or paper deals*. Este artigo levou Grant Gilmore afirmar ter sido Macaulay quem jogou uma pá de cal sobre a Teoria do Contrato, ou ao menos, de uma determinada teoria contratual nascida a partir da pandectística alemã ou da Teoria de Holmes, baseadas em premissas formais dominantes durante o século XX. GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio, 1974.

22 Em trabalho da década de 1990, Macaulay acentua a importância da dimensão implícita dos contratos, reiterando que o problema por ele identificado na década de 1960 continua, sendo que agora o que está posto não diz respeito ao reconhecimento do fenômeno da falta de reflexo entre o *real and l deal*, mas na problemática jurídica de interpretar na realidade negocial o conteúdo dos deveres das partes. MACAULAY, Stewart. *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*. In: COLLINS, Hugh (Org.). *The implicit dimension of contract*. Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 103 e ss. Do mesmo modo em BROWNSWORD, Roger. *Contract Law. Themes for the twenty-first century*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

mente móveis entre empresas que estruturam operações econômicas múltiplas a partir de agentes que abandonaram sob o ponto de vista prático o modelo do “contrato assinado” ou do “aperto de mãos” como símbolos da conclusão de um contrato. Multiplicam-se as hipóteses de relações contratuais estabelecidas de modo substancialmente informal e difuso, sem um marco claro sobre qual é o conteúdo preceptivo do contrato.

Em certa medida autores como Ian McNeil e Gunter Teubner,²³ com sua forte preocupação sociológica sobre os fenômenos do Direito Contratual, erigiram a valorização da confiança como o centro de suas concepções por não vislumbrarem alternativas a partir da técnica fornecida pela tradicional Teoria Geral dos Contratos.

A doutrina crítica proveniente desses autores é uma verdadeira condenação da Teoria Geral dos Contratos como um conjunto de normas que permite a identificação clara sobre o conteúdo do contrato e sobre o seu modo de celebração, já que tendem a identificar o contrato de um outro modo, não mais como um negócio jurídico que nasce a partir da proposta e aceitação, mas como uma “relação social juridificada”, a que o Direito é chamado unicamente a disciplinar efeitos.

O modo como os contratos são celebrados, especialmente as práticas negociais adotadas e generalizadas no mercado nas últimas décadas tem sido marcado mais pela utilização do contrato como instrumento de planificação econômica e expansão da empresa da atividade empresarial, sendo considerado como extremamente secundário o debate a respeito da “forma” adotada pelo contrato e mesmo sobre a importância das regras da proposta e da aceitação como cri-

23 A obra dos dois autores é ampla, porém, indica-se aqui as duas obras básicas como representativas de seu pensamento primeiro sobre a importância da confiança como fator de estabilização dos atos de autonomia privada MACNEIL, Ian. *Relational contract theory: selected works of Ian Macneil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001. TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

térios razoáveis para identificação de um contrato com eficácia obrigatória.²⁴

Isso faz nascer o debate sobre a possibilidade de definição do conteúdo do contrato a partir das práticas negociais, em complemento e em situações excepcionais, contra o próprio sentido do contrato escrito eventualmente celebrado pelas partes, o que é objeto da segunda parte deste artigo.

2. Práticas negociais e autonomia privada.

A discussão sobre as práticas negociais como atos de autonomia privada surge de uma preocupação prática sobre a possibilidade de resolver conflitos entre duas partes cuja relação contratual é mantida por longos anos e que na hipótese de uma controvérsia descobre-se que o contrato escrito, celebrado há muitos anos, não tem mais qualquer conexão com a realidade.

Do mesmo modo pode-se reproduzir como razão para a investigação as diversas situações em que o contrato é pensado, discutido e redigido por advogados, que usam uma linguagem que não é acessível aos gerentes, engenheiros, técnicos e vendedores que serão responsáveis pela sua execução, resultando em um “instrumento particular” destinado aos arquivos, sem que os processos negociais, modo de negociação e atuação seja atendido pelas partes, independentemente da duração do contrato.²⁵

24 ROPPO, Enzo. *Contratti Standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milano: Giuffrè, 1989 – reimpressão da edição de 1975. Esta obra, antecedente de “Il contratto”, consiste em percurso histórico de grande importância para a compreensão das conexões entre o desenvolvimento da teoria da empresa e o contrato como instrumento de planificação e governança. Talvez seja o precedente histórico que analisou esse fenômeno em primeira mão a obra de COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, Nov.1937, p. 386-405.

25 Tal como propõe COLLINS, Hugh. *The Law of Contract*. Cambridge: LexisNexis, 2003.

Esse fenômeno, objeto de muitos estudos, indica que é difícil seguir o instrumento contratual a qualquer custo. Há situações, como por exemplo do contrato escrito de fornecimento que se transmuda para representação comercial ou distribuição com exclusividade, que lhe acresce transferência de tecnologia, etc., nas quais não é adequado seguir o instrumento contratual original, pois ainda que seguir um regulamento prévio represente um dos modos de se obter segurança e previsibilidade, um instrumento que trata sobre uma situação não real e com hipóteses não previstas é equivalente a um “não contrato”. Pretender aplicar um instrumento completamente defasado através de técnicas de integração, colmatação e/ou interpretação representa, nada mais nada menos, do que uma opção pela aplicação de normas provenientes de fontes heterocompositivas e nada vinculadas à autonomia privada. Ou seja, tal solução não atende o interesse particular de qualquer das partes, tampouco atende a coerência objetiva que o ordenamento jurídico pretende ter para dar soluções que forneçam uma mínima percepção de justiça na via adotada.

Essa, via de regra é a objeção as soluções propostas por estudos vinculados à análise econômica do Direito segundo as quais o formulário contratual deve ser seguido em qualquer hipótese. A solução funcional e consequencialista da Análise Econômica do Direito pode ser útil sob uma perspectiva econômica, porém ignora os aspectos jurídicos relevantes, especialmente os fundamentos éticos da liberdade contratual, que existe para realizar valores e fins vinculados à autonomia privada e a autodeterminação, os quais estão longe de ser prisioneiros do consequencialismo econômico. Não é possível abstrair os elementos materiais de justiça inerentes ao contrato e à liberdade contratual: o contrato não é uma mera solução formal para resolver as controvérsias. Por isso, há hipóteses em que é absolutamente impossível a aplicação do formulário contratual, dada a sua desconexão com a realidade e com a demanda das partes.²⁶

26 Enfrenta o tema objeto deste artigo, assim como analisa boa parte da bibliografia aqui tratada, embora com conclusões distintas, ARAÚJO, Fernando Borges de. *Teoria Econômica do*

Do mesmo modo, as regras previstas nos artigos 427 a 435 pouco auxiliam para identificar quando passou-se a ter um novo conteúdo contratual, pois ainda que tais normas incidam, a mutabilidade da relação contratual tem como resultado a identificação de múltiplos contratos, que quando identificados talvez não estejam mais vigentes.

Em outras palavras, as normas dos artigos 427 a 435, embora úteis para a maior parte dos casos, não é suficiente para regular certas relações e que práticas negociais representam a principal expressão da autonomia privada: enquanto temos uma máquina fotográfica, a vida nos exige uma filmadora, ou pelo menos um conjunto de normas que tenha flexibilidade para compreender a dinâmica da relação em sua peculiaridade.

Retomando o ponto central deste artigo, considera-se que as práticas negociais são aqueles atos praticados pelas partes de modo reiterado, especialmente nas relações de longa duração que possuem natureza preceptiva e que conformam o comportamento futuro dos contratantes.

Parte da doutrina denomina esses atos como sendo “usos particulares”, expressão que aproxima a disciplina dos usos e costumes comerciais às práticas negociais, com o objetivo de tentar utilizar-se da dogmática dos “usos” para identificar a sua eficácia normativa.

Todavia não há que se confundir ou se utilizar de padrões normativos similares, tendo em vista que os usos possuem um caráter transindividual²⁷ e homogêneo que não existem nas práticas negociais.

Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. A obra de Fernando Araújo é, possivelmente, a mais completa obra sobre o contrato numa perspectiva da análise econômica do direito. Observe-se, entretanto, que a obra possui a lucidez de distinguir claramente o âmbito do Direito e o da Análise Econômica, como campos distintos do conhecimento, submetidos à método distinto, com finalidade e preocupações distintas.

27 MARTINS-COSTA, Judith. *Boa-fé no Direito Privado*. Critérios para a sua aplicação. 2ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 470 e ss.

Por isso, enquanto os usos (desde que dotados de eficácia normativa) oferecem soluções heterocompositivas, as práticas negociais são atos das partes que (quando produzem efeitos) geram “preceitos” próprios dos atos de autonomia privada.²⁸

Evidentemente há dificuldades para o reconhecimento das práticas negociais como alternativa autocompositiva dos conflitos. Também há dificuldades em considerá-los como meio de superar as incongruências de instrumentos formais desconexos da realidade. De qualquer modo, a superação de tais dificuldades passa pela possibilidade de reconhecimento de um novo modo de reconhecimento de atos de autonomia privada, tendo em vista que diferentemente de quase dois mil anos de produção doutrinária sobre proposta, aceitação e forma, ainda não há elementos dogmáticos mínimos para que os ajustes voluntários possam receber a condição de ajustes negociais, ou seja, relevantes e aptos à produção de efeitos jurídicos.²⁹

Apesar das dificuldades, não se pode negar que as “práticas negociais”, consideradas como um conjunto de atos de caráter preceptivo entre as partes em vias de contratar ou no processo obrigacional de uma relação contratual já estabelecida, consistem em uma modalidade peculiar de atos de autonomia privada, com eficácia jurídica vinculante entre as partes. Essa eficácia vinculante sobreleva-se ou tem importância equivalente com as formas tradicionais de “mani-

28 Recente tese de doutorado sobre os usos comerciais enfrenta a distinção entre “usos” e “usos particulares”. Embora não trate da perspectiva posta neste artigo, trata-se de estudo com profunda pesquisa e extensa bibliografia a respeito da problemática. COMIRAN, Giovana. *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos empresariais*. USP, São Paulo, 2017, p. 50-59.

29 Em certa medida é a questão posta na obra de MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30: “Declaração negocial não é sinônimo de declaração de vontade. Declaração negocial é uma espécie de declaração de vontade que observa um determinado modelo, socialmente visto como apto à produção de efeitos jurídicos”. No mesmo sentido, de problematizar as práticas negociais como problema associado a interpretação, veja-se a obra de FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

festação da vontade”, tais como são consideradas a proposta e a aceitação.³⁰

Deixe-se expresso que a proposição deste artigo tem por consequência reduzir a aplicação da boa-fé objetiva ou dos usos e costumes, costumes do lugar ou práticas sociais, reiteradas como padrões comportamentais a preencher o conteúdo dos contratos, caracterizam modo heterocompositivo das relações contratuais.

Isso porque a possibilidade de adoção do conceito de práticas negociais como ato de autonomia privada contribui para resolver divergências entre as partes decorrentes de um fenômeno cada vez mais comum, que é a dissociação entre os instrumentos formais ou ajustes iniciais e o modo como as partes efetivamente realizam e instrumentalizam as operações econômicas que são reguladas pelo contrato,³¹ sem que seja necessário a aplicação de técnicas heterocompositivas de colmatação do contrato, tal como a incidência do princípio da boa-fé objetiva ou aplicação de usos quando há atos praticados pelas partes dirigidos de modo concreto e direto para fins definidos voluntariamente.

Atribuir efeitos às práticas negociais significa também reconhecer que existem motivações sociais e econômicas pelas quais as

30 Uma perspectiva muito próxima deste artigo, embora sua proposição esteja vinculada a opção tradicional da interpretação é a apresentada por CANARIS, ao indicar que em alguns casos há *Prevalence of Individually Negotiated Terms and of the Reasonable and Effective Meaning. Interpretation of Contracts*. CANARIS, Claus-Wilhelm e GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Interpretation of Contracts*. (January 15, 2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1537169> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1537169>.

31 “Contrato”, considerado em sua pluralidade de sentidos em sua profunda natureza histórica, tal como acentua Judith Martins-Costa em suas obras, especialmente nos textos MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, mai./ 2005, MARTINS-COSTA, Judith. A Noção de contrato na História dos Pactos. Porto Alegre, *Revista Organon Revista do Instituto de Letras da Universidade do Rio Grande do Sul*, v. 06, n.19, 1992, MARTINS-COSTA, Judith. Crise e Modificação da Noção de Contrato no Direito Brasileiro. SP, *RT*, v. 3, p. 127-154, 1992, MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni. (Org.). *Teoria Geral dos Contratos*. SP, Atlas, 2011, p. 23-66.

partes mantêm consenso sobre o desenvolvimento das práticas negociais, isto é, o objeto do contrato, mas não conseguem emparelhar esse consenso com os instrumentos formais representativos do tradicional conceito de contrato.

Isso se dá porque muitas vezes há consenso sobre como manter a relação contratual, como definir direitos e obrigações, porém não há como construir um consenso que permita a elaboração de um novo instrumento contratual, já que, dado o funcionamento adequado dos fins o contrato, não há interesse em revelar divergências na relação entre as partes sobre como tipificar o contrato ou mesmo disciplinar a extinção, modo de solução de conflitos, etc. Como é comum nas relações contratuais de longa duração, não há estímulos suficientemente fortes para que a relação seja discutida em sua qualificação jurídica.³²

Conclusão.

A Teoria Geral dos Contratos não será construída pela simples substituição de conceitos novos que ocupem o lugar daqueles construídos por sua tradição milenar. Porém, a tradição não é suficiente para fornecer todos os elementos dogmáticos necessários para a resolução de problemas que surgem pelo devir histórico.

Por isso, reitera-se a importância da forma contratual, assim como da grande utilidade da distinção entre negócios jurídicos abstratos e causais como elementos dogmáticos centrais para a identificação dos efeitos jurídicos dos atos voluntários típicos no plano das

32 Segundo Fernando Araújo, a questão da incompletude do contrato foi uma das mais “originais e mais férteis contribuições da análise econômica do direito para a Teoria do Contrato. Embora nas cerca de 50 páginas em que a matéria é enfrentada não surjam soluções normativas, o texto é extremamente rico para demonstrar os estímulos ou a falta de estímulos que indicam as razões e fatores determinantes da incompletude contratual, além de sua proposição interpretativa em prol da eficiência econômica. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 143-189.

relações intersubjetivas de natureza econômica. Do mesmo modo, a adoção de normas claras sobre proposta, aceitação e sua revogação continuam essenciais para o Direito Contratual.

Porém é preciso compreender que o desenvolvimento da Teoria Geral dos Contratos passa também por reinterpretações e mesmo pela inserção de novos conceitos. A propósito, veja-se que o tema deste artigo é conexo com a teoria dos comportamentos concludentes, que a partir dos estudos de Haupt³³ provocou um longo e secular debate sobre os comportamentos sociais fáticos, os contratos de fato, os quase-contratos e tantas outras percepções sobre o fenômeno da simplificação e da standardização do modo de contratar sem a celebração de acordos verbais ou escritos, inclusive no que diz respeito ao uso de máquinas, aparatos tecnológicos, etc.³⁴

Sem os estudos de Haupt que tratou da importância do com-

33 A propósito do efeito da teoria das relações contratuais fáticas e sua importância para o Direito das Obrigações ver COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2007, p. 65 e ss.; MARTINS-COSTA, Judith. Op.cit. p. 238-253; LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1958, p. 58- 61 e LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico, 1956. Tradução de Alessandro Hirata, *Revista Direito GV* 3, jun. 2006, v. 2, n. 1, p. 055- 064. Larenz desenvolve a concepção segundo a qual a justiça contratual é baseada na autodeterminação e na autovinculação. Entretanto, é preciso que o direito precise criar pressupostos sob os quais se possa encontrar um acordo justo. Faltando essa justiça que deriva da necessidade de preservação da comutatividade contratual o ajuste não encontrará reconhecimento jurídico. LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Madrid: Civitas, 1985, p.80. Ao desenvolver essa ideia, Larenz reconhece que o fundamento da obrigatoriedade dos contratos está no seu elemento funcional e em ideias de justiça que lhe são inerentes. Porém, mesmo admitindo um amplo espaço de intervenção jurídica no plano da autonomia privada, Larenz considera que é um ato de determinação vincular-se ou não a uma relação social fática, o que faz indicando o exemplo da pessoa que decide tomar um transporte público, pois pode fazê-lo ou não. Essa liberdade é o que mantém a autodeterminação do ato, ainda que o conteúdo da vontade na definição do preço ou demais circunstâncias sejam irrelevantes sob o ponto de vista jurídico.

34 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado* São Paulo: RT, 2012, v. II, p. 457-535. Embora a categoria do ato-fato tenha sido desenvolvida por Pontes de Miranda, a partir do desenvolvimento de elementos já presentes na pandectística alemã, a preocupação com o uso de tal categoria vinculada às fontes das obrigações é realizada a partir da obra de COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: FGV, 2007.

portamento concludente não seria possível a conclusão deste artigo, pois sua proposta tangencia a questão dos comportamentos concludentes, já que as práticas negociais são consideradas como o conjunto de atividades voluntárias realizadas pelas partes no desenvolvimento de uma relação econômica disciplinada por um contrato.

A relação entre a temática aqui desenvolvida e o tema das relações contratuais de fato tem como ponto de contato o reconhecimento de um fenômeno social relevante. Porém, a perspectiva é distinta, pois enquanto a doutrina das relações contratuais de fato acentuavam que o contrato era reconhecível unicamente por ser um ato culturalmente identificável como contrato, os efeitos jurídicos derivavam da incidência do ordenamento e seus princípios sobre a relação fática, sem espaço para a criação voluntária de direitos e obrigações. Se as partes tivessem ou não intenção de regular a relação jurídica derivada de uma “relação contratual de fato”, este aspecto não teria relevância substancial.

Em sentido oposto, o questionamento realizado por esta pesquisa está direcionado sobre a possibilidade de que atos tradicionalmente tomados como mero “contato social” ou mesmo como “relações fáticas”, as quais são denominadas aqui como práticas negociais, sejam resgatados em uma perspectiva normativa no quadro dos atos de autonomia privada. Ou seja, durante cerca de um século a Teoria Geral dos Contratos desenvolveu a solução da regulação heterocompositiva para situações que aqui são tratadas como soluções derivadas da autorregulação.

O tema está diretamente associado com a identificação de quais são os atos e os métodos que a autonomia privada adota como fonte jurígena hábil a produzir vinculação jurídica. Por consequência, nessa problemática precisa-se compreender a centralidade ou não da proposta e aceitação e do contrato escrito como “instrumentos do contrato”, e também, dos atos de execução e determinação das alterações dos instrumentos originais da contratação.

Também é preciso saber quais são os limites da heterocompo-

sição na definição ou no preenchimento do conteúdo dos contratos. Isso porque, em admitindo que as práticas negociais consistem em fontes de deveres vinculantes às partes, os efeitos de técnicas heterocompositivas para definição do conteúdo dos contratos, como a interpretação e integração conforme a boa-fé e os usos e costumes (usos do lugar e outras práticas sociais) são reduzidos por conta de um novo modo de manifestação da autonomia privada: aquele conjunto contínuo de atos e práticas sociais e econômicas, determinadas voluntariamente que carregam uma intencionalidade prática, dirigida a realização de determinados fins do contrato.