

Fabio Guimarães Bensoussan
Fernando Netto Boiteux

MANUAL DE **DIREITO**
EMPRESARIAL

5^a

Edição

revista
atualizada
ampliada

2026



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

14.2. Estrutura do negócio – 15. Transporte: 15.1. Transporte de pessoas; 15.2. Transporte de coisas: 15.2.1. Meio empregado; 15.2.2. Elementos do contrato; 15.2.3. Obrigações do reme-
tente e do transportador; 15.2.4. Responsabilidade do transportador; 15.2.5. Direitos e obriga-
ções do destinatário; 15.3. Formas de transporte – 16. Seguro: 16.1. As bases técnicas da
operação de seguro; 16.2. Qualificação, fontes e espécies de seguro; 16.3. Elementos do con-
trato; 16.4. Partes; 16.5. Instrumentos contratuais; 16.6. Cosseguro, resseguro e retrocessão –
17. *Factoring* (Faturização): 17.1. Características; 17.2. Remuneração do factor (faturizador)–
18. Engineering – 19. Cartões de Crédito: 19.1. Natureza jurídica; 19.2. Estrutura contratual;
19.3. Uso indevido ou abusivo do cartão de crédito – IV. QUADROS SINÓTICOS – V. JURISPRU-
DÊNCIA SELECIONADA – 1. Súmulas – 2. Jurisprudência.

I. INTRODUÇÃO

O direito das obrigações e a parte geral dos contratos são devidamente analisados nas obras de direito civil, e o reexame dessas questões iria além do objetivo do nosso manual. Entretanto, algumas características da formação e da interpretação dos contratos utilizados na vida empresarial, bem como modalidades de contratação que nela são mais frequentes, merecem ser aqui destacadas, pela sua importância para a compreensão do sistema no qual estão inseridas.

A parte do direito civil mais próxima do direito empresarial é o direito das obrigações, com uma diferença determinante: o direito civil cuida sempre de *atos isolados*, enquanto o direito empresarial tem por objeto uma *atividade*, que se exerce com o fim de obter lucro⁵⁸⁸. Orlando Gomes distingue os *contratos empresariais*, aqueles celebrados com finalidade de lucro, como os contratos bancários, daqueles que denomina *existenciais* ou *não empresariais*, como o da compra da casa própria, que dizem respeito à subsistência da pessoa humana⁵⁸⁹.

O direito empresarial é conhecido pela sua informalidade, pela característica de dispensar as solenidades que acompanham muitos dos atos da vida civil. Isto porque a rapidez característica das negociações entre comerciantes não se coaduna com a necessidade de atos solenes. Assim, **em princípio a forma é livre para os contratos em geral, pois a declaração de vontade só dependerá de forma especial quando a lei expressamente a exigir** (Código Civil, art. 107), sendo exceção os casos em que a lei exige formas e solenidades especiais para sua eficácia. Por exemplo, nas relações entre os sócios, a existência

588. FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 38, destaca: “O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no *escopo de lucro* de *todas as partes envolvidas*, que condiciona o seu comportamento, sua ‘vontade comum’ e, portanto, a *função econômica* do negócio, imprimindo-lhe *dinâmica diversa e peculiar*”.

589. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 100-101. Os contratos empresariais: “(...) apresentam importantes peculiaridades de tratamento, v.g., no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos empresariais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”.

da sociedade só se prova por escrito, ainda que terceiros possam prová-la por qualquer modo (Código Civil, art. 987).

É relevante notar que, com a progressiva importância das negociações massificadas – as compras realizadas pela Internet são o exemplo mais atual –, cresce, também, a necessidade do uso de contratos padronizados para permitir agilidade nas operações. Outros contratos exigem, além da padronização, certa solenidade nas negociações, a fim de que se possa determinar com segurança a responsabilidade dos contratantes. É o que ocorre, por exemplo, nos negócios realizados em bolsas de valores ou de mercadorias: a negociação envolve lotes padronizados e as próprias bolsas são responsáveis pela regularidade dessas operações.

II. PARTE GERAL

Abordamos nesta parte da obra os aspectos dos contratos que importam sobremaneira ao direito empresarial.

Partimos da **evolução do contrato**, na sua concepção clássica, na qual vigia em sua maior extensão a ideologia da liberdade contratual, e nas concepções modernas, nas quais passaram a ser aplicados o dirigismo contratual e a função social dos contratos.

A partir desses pontos discorreremos sobre as normas introduzidas pela denominada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica que afetam as relações contratuais.

Abordamos diversos aspectos da **formação** dos contratos, desde os requisitos de capacidade e legitimação das partes, até as diversas modalidades de contratação mais relevantes para a disciplina dos contratos empresariais.

Examinamos as peculiaridades dos contratos utilizados no **comércio eletrônico**, inclusive os denominados *smart contracts*, que nem sempre se amoldam à perspectiva adotada pelo legislador no Código Civil de 2002.

Entre os diversos **vícios ou defeitos que podem ocorrer na formação do contrato**, examinamos apenas a lesão, por serem o seu alcance e sua aplicação aos contratos empresariais, temas ainda controvertidos, diversamente dos demais vícios das relações contratuais, amplamente examinados na doutrina civilista.

A **classificação dos contratos** apresenta as distinções mais relevantes para os contratos empresariais.

A **interpretação** e a **integração** dos contratos apresentam o conceito atual de **autonomia privada** e a **função social dos contratos**. Confrontamos a Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica com a Constituição e os demais princípios do nosso direito positivo, buscando a sua interpretação sistemática, bem como as alterações provocadas por essa Declaração no regime dos contratos, previsto nos demais artigos do Código Civil.

A **prova** das relações contratuais abrange a tradicional informalidade do direito comercial, que habitualmente dispensa as solenidades que acompanham muitos dos atos

da vida civil, para examinar os casos em que a forma é necessária, seja como requisito de validade, seja de simples prova dos instrumentos contratuais.

1. EVOLUÇÃO DO CONTRATO

Contrato é conceito jurídico, mas para conhecê-lo verdadeiramente é necessário considerar a realidade econômico-social da qual ele representa a tradução⁵⁹⁰, razão pela qual, no exame dos contratos empresariais, a análise jurídica e a análise econômica devem ficar em harmonia, não em contradição⁵⁹¹.

Como as relações econômicas e sociais se alteram ao longo do tempo o legislador busca, por vezes, interferir sobre elas para obter maior justiça nas relações contratuais. Veremos a seguir como se deram essas alterações.

1.1. Concepção clássica de contrato

A concepção de contrato nas grandes codificações burguesas – a saber, o Código Civil francês de 1804 (*Code Napoléon*) e o alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) –, respeitadas as diferenças entre eles, representa a ideologia da liberdade contratual⁵⁹². Liberdade de um sujeito abstrato: o indivíduo, não mais dependente de sua classe social, da sua profissão, condição econômica ou sexo⁵⁹³, “o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades”⁵⁹⁴. Ele se liberta das antigas restrições de classe, nas quais o único beneficiário da subjetividade plena era o homem burguês, maior, alfabetizado e proprietário⁵⁹⁵.

O contrato decorria da vontade individual, razão de ser da sua força obrigatória⁵⁹⁶, e sua matriz era a mesma que levou ao reconhecimento do direito de propriedade como

590. Os juristas preferem se ater aos contratos, não às operações, ainda que todo contrato implique uma operação econômica: “onde não há operação econômica, não pode haver também contrato” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11). No nosso direito, Orlando Gomes registra que a noção restrita de contrato se refere ao “acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10).

591. PAILLUSSEAU, Jean. Les contrats d'affaires. In: CADJET, Loïc (coord.). *Le droit contemporain des contrats – bilan et perspectives*. Paris: Economica, 1987, p. 182.

592. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 40.

593. RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Trad. José Manuel Revuelta. Madri: Trotta, 2014, p. 138.

594. C. B. Macpherson a denomina teoria do individualismo possessivo (MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 15).

595. RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Trad. José Manuel Revuelta. Madri: Trotta, 2014, p. 140.

596. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol. 3, 4ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 19.

direito absoluto⁵⁹⁷. O legislador se limitava a reconhecer a igualdade formal dos contratantes, supondo que todos contavam com o mesmo poder⁵⁹⁸; por consequência, o contrato por eles celebrado era justo. A liberdade de contratar só estava limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes, ou seja, com a moral geralmente observada⁵⁹⁹.

Nessa época, **o legislador se limitava a reconhecer a igualdade formal dos contratantes, supondo que todos contavam com o mesmo poder**; a liberdade de contratar só estava limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes, ou seja, com a moral geralmente observada. Se o indivíduo fosse capaz, o contrato que celebrava era justo.

A vontade do empregado e a do empregador, por exemplo, desde que ambos fossem capazes, tinha a mesma força vinculante para o legislador do início do século passado, pois a desigualdade de poder econômico entre as partes não era considerada por ele. Por esta razão o nosso Código Civil de 1916 regulava o contrato de trabalho como uma modalidade de locação de serviços, apenas, sem nenhuma proteção especial ao trabalhador, que só veio a surgir, em nosso direito, na década de 1940, com a Consolidação das Leis do Trabalho.

Em suma, para a doutrina clássica o contrato era uma entidade abstrata, isolada do contexto econômico e político, manifestando-se acentuada preocupação com o aspecto técnico-jurídico.

1.2. Concepções modernas

As teorias modernas sobre o contrato estão baseadas na sua função econômica e social (preocupação com fato econômico e social subjacente e consequências). Assim, o contrato, centro das atividades negociais e instrumento jurídico fundamental no relacionamento humano, não mais atua como instrumento da vontade individual, mas visa a atender interesses gerais.

Dirigismo contratual

A seguir, o Estado passa a intervir na liberdade contratual, reduzindo a liberdade dos contratantes, como meio de controle da economia. O Estado passa a dirigir o contrato,

597. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 42-46. A Constituição de 1988 tem entre seus fundamentos a garantia do direito de propriedade, que atenderá à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, respectivamente), mas essa função só passará a ser amplamente analisada pela doutrina e aplicada pelos tribunais a partir da edição do Código Civil de 2002, cujo art. 421 consagra a função social do contrato.

598. A sociedade de classes, burguesa ou capitalista, tomava como verdade, inicialmente, a ideia de que as pessoas têm *status* igual, isto é, igual capacidade e posição jurídica na esfera civil, distinguindo-se entre si, unicamente, pela posição econômica. E designa-se *estado* em direito (*status*) a situação jurídica de uma pessoa em determinada coletividade, situação essa caracterizada por direitos e poderes, de um lado, deveres e responsabilidades, de outro.

599. A noção de “bons costumes” tem origem no direito romano, que não definia a imoralidade, apenas se referia à violação dos *boni mores*, algo exterior.

não tanto segundo a vontade comum e provável dos contratantes, mas visando às necessidades gerais da sociedade⁶⁰⁰. A lei deixa de ser a regra abstrata e permanente para se tornar um regulamento temporário e detalhado⁶⁰¹. Essa intervenção denomina-se dirigismo contratual, que, na síntese de Orlando Gomes, restringe a liberdade de contratar “na sua tríplice expressão de **liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato**”⁶⁰².

Examinaremos os **contratos obrigatórios** no título 2.5, abaixo.

Para ficarmos em dois exemplos da intervenção estatal nos contratos, podemos citar:

- a) a prorrogação legal das locações que, no caso das locações comerciais, se dá mediante a previsão legal da renovação compulsória do contrato de locação do imóvel onde o comerciante mantém o seu estabelecimento (ação renovatória);
- b) a interferência do Banco Central do Brasil nas cláusulas dos contratos bancários, estabelecendo a proteção do consumidor que se utiliza dos serviços bancários.

Mas a liberdade de contratar também pode estar sujeita à abstenção de contratar. As instituições financeiras estão sujeitas a limites impostos pelo Conselho Monetário Nacional, que as impede de conceder crédito acima de determinados limites, tão logo atingido, no período anual, determinado volume de negócios.”⁶⁰³

A autonomia contratual é muito mais ampla nos contratos interempresariais do que naqueles puramente civis. Neste sentido, os Enunciados 19 e 21 da I Jornada de Direito Comercial, segundo os quais, respectivamente, “não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade” e “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”⁶⁰⁴.

Dispõe o artigo 421 do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019: “A liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato”.

600. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 38-39.

601. BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 45.

602. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 9.

603. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 20ª ed., atual. São Paulo: Malheiros/ Juspodivm, 2023, p. 91.

604. De acordo com ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. volume 4. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 337: “Em regra, os contratos civis e de consumo se prestam à aquisição de bens essenciais, vinculados à satisfação de interesses existenciais da pessoa humana. O mesmo não se acolhe dos contratos interempresariais, cuja vinculação se dá entre dois agentes econômicos que realizam atividades vocacionadas para obtenção do lucro. A eficácia dos direitos fundamentais em sede de contratação puramente mercantil será mitigada justamente pela inexistência de um sujeito vulnerável ou de bens jurídicos que demandem grave intervenção sobre a liberdade contratual das partes”.

Esse dispositivo legal é pioneiro nos sistemas de direito privado ocidental, de maneira que seu alcance e interpretação ainda não se encontram estabelecidos⁶⁰⁵.

A corrente à qual nos filiamos entende que “**a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública**”, razão pela qual ela “é considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes”⁶⁰⁶. Observamos que, a despeito da alteração promovida, a nova redação do artigo 421 do Código Civil mantém aplicável o princípio da função social do contrato, de maneira que o exercício da liberdade contratual permanecerá sujeito aos princípios constitucionais.

Transcrevemos alguns enunciados das Jornadas de Direito Civil e de Direito Comercial do CJF que revelam a extensão da função social do contrato:

- Enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil: “A função social do contrato, prevista no CC 421, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.
- Enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.
- Enunciado 431 da V Jornada de Direito Civil: “A violação do CC 421 conduz à invalidade ou ineficácia de contrato ou de cláusulas contratuais.”.
- Enunciado 29 da I Jornada de Direito Comercial: “Aplicam-se aos negócios entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificações dos contratos empresariais”.

A Lei de liberdade econômica e sua aplicação aos contratos empresariais. A aplicação dos dispositivos dessa lei aos contratos empresariais será examinada no título 4, abaixo, no qual examinamos a interpretação dos contratos.

1.3. Função social do contrato

As teorias modernas sobre o contrato estão baseadas na sua função econômica e social. Assim, o contrato, centro das atividades negociais e instrumento jurídico fundamental no relacionamento humano, não mais atua como instrumento da vontade individual, mas visa a atender também a interesses gerais.

605. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 14ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022, nota 16 ao art. 421, p. 877.

606. TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 2, 2ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 9.

Com o reconhecimento do Estado Social e dos novos valores que nele se fazem presentes – a Constituição Federal de 1988 tem entre seus fundamentos a “dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, incisos III e IV, respectivamente) –, deixou-se de reconhecer à vontade, exclusivamente, o poder de produzir efeitos jurídicos⁶⁰⁷.

É certo que o art. 104, do Código Civil, não elencou a função social como requisito de validade do negócio jurídico. Como alertam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, não há uma hierarquia que submeta a autonomia privada aos “desígnios de uma coletividade, como se os contratantes fossem zeladores a serviço da sociedade”; contudo, a função social há de fortalecer a ordem do mercado, tutelando instituições, princípios e regras que promovam um ambiente econômico concorrencial saudável⁶⁰⁸.

1.4. Tipicidade legal e social

No antigo Direito Romano não era possível utilizar-se de modelos contratuais que não estivessem descritos na lei, ou seja, as obrigações contratuais só podiam ser constituídas através dos contratos nela descritos. Portanto, só havia a tipicidade legal. Com a evolução jurídica foi possível constatar que a lei não é a única fonte do direito; o costume também o é. Consequentemente, há tipos contratuais que não são legalmente tipificados, mas sim regulados pelos usos e costumes locais. Trata-se da **tipicidade social dos contratos**⁶⁰⁹.

Com passar do tempo o legislador passa a detectar as operações econômicas mais utilizadas na sociedade, de maneira que as suas principais características passam a constar nos dispositivos legais. Os contratos tipificados na legislação facilitam a atuação das partes e lhes dão mais segurança.

No entanto, devido à natureza dinâmica da economia e da sociedade o legislador muitas vezes só consegue elaborar a regulamentação específica de um modelo contratual após sua utilização estar socialmente consolidada pelos usos e costumes. É mais fácil reconhecer que um tipo contratual é digno de reconhecimento e tutela legal após a sua aplicação recorrente no meio social⁶¹⁰.

A tendência atual é o crescimento dos tipos sociais, pois a sociedade adquire novos costumes ao longo do tempo e eles resultam em novas práticas contratuais, observando-se

607. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 23. Entre nós: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30-31.

608. ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. volume 4. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 236.

609. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 229.

610. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 134.

que os tipos contratuais sociais ganharam bastante espaço⁶¹¹. Mas ainda não há, no Brasil, lei específica que regulamente, por exemplo, o contrato de *factoring* (faturização) ou a rede de contratos que surge dos cartões de crédito, e que serão por nós estudados adiante. Estes contratos são legalmente atípicos, mas socialmente típicos.

2. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS. MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO

Examinamos, aqui, a par da manifestação da vontade, algumas modalidades de contratação.

2.1. Requisitos do contrato: capacidade e legitimação

A validade do contrato requer o atendimento de certos requisitos, que são: “a capacidade do agente, a possibilidade do objeto e a forma, esta quando prescrita em lei”⁶¹². Vamos examinar brevemente os dois primeiros, pois o requisito da forma será visto a cada caso em que a lei a exija.

Capacidade. Para validade do contrato em geral é necessária a manifestação do consentimento por pessoa capaz (Código Civil, arts. 3º e 4º); no entanto, não se exige a capacidade de ambas as partes nos contratos de massa, realizados no curso de uma atividade empresarial. Assim, muitas vezes, os atos realizados por menores ou incapazes no curso dessa atividade são considerados válidos. Por exemplo:

- a) no contrato de transporte em que o passageiro é juridicamente incapaz, o transportador não está obrigado a indagar da capacidade do aceitante: “A aceitação pode ser com o pagamento do preço, como pode ser por palavra, ou por gesto, ou por simples entrada no veículo”⁶¹³;
- b) na compra e venda a varejo, que pode se dar por meio de máquinas de distribuição automática não se indaga da capacidade plena do comprador; portanto, quando uma criança insere uma moeda numa máquina e retira um chiclete a compra e venda é válida;
- c) no ingresso em espetáculos públicos não se indaga da capacidade plena do adquirente do serviço (espectador).

Essas relações, denominadas **comportamentos socialmente típicos** ou **relações contratuais fáticas**, decorrem da redução da importância da vontade para a formação do contrato (que o incapaz não tem capacidade para manifestar) e da maior importância

611. LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit., p. 229. No mesmo sentido: ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 134.

612. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 53.

613. MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Vol. 45, 4ª ed., reimpr. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 46-47.

atribuída ao elemento objetivo da declaração⁶¹⁴. O Código Civil dispõe no artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”.

Legitimação. Enquanto a capacidade diz respeito a qualidades de própria pessoa, a legitimação, no direito das obrigações, se refere à “posição da pessoa em relação a determinados bens que podem ser objeto de negócios jurídicos em geral”. Por exemplo: os servidores públicos em geral não estão legitimados a comprar, ainda que em hasta pública, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta (Código Civil, art. 497, II).

Voltaremos ao tema ao examinarmos abaixo as etapas da oferta e da aceitação dos contratos.

2.2. Oferta e aceitação

Oferta é manifestação de vontade unilateral pela qual uma pessoa dá a conhecer a outra sua intenção de contratar e as condições essenciais do contrato. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso (art. 427 do Código Civil).

A oferta, ou proposta, e a aceitação de um contrato são declarações de vontade, definindo-se a aceitação como “a declaração do destinatário duma proposta, dirigida ao proponente, de querer concluir o contrato conforme a mesma proposta”⁶¹⁵. A chamada fase de formação do contrato é aquela que antecede o encontro da vontade das partes. Examinamos, aqui, algumas modalidades de contratação que entendemos mais relevantes para o direito empresarial.

Os dois códigos civis brasileiros trataram do fenômeno da formação dos contratos pressupondo a identificação de uma oferta e de uma aceitação bem determinadas. Ainda assim, essas fases não são as únicas possíveis, sendo admissível a formação do contrato pela mera conduta: por exemplo, o simples ingresso em determinados meios de transporte públicos, como o VLT (Veículo Leve sobre Trilhos) no Rio de Janeiro, implica na obrigação de pagar o preço.

De outro lado, nos contratos complexos, iniciados por negociações preliminares compostas por uma multiplicidade de negociações e de contratos, a própria determinação de quem é o proponente e quem é o aceitante revela-se artificial, “não se podendo, senão por uma ficção jurídica, indicar um deles como o autor de uma proposta e outro como emissor de uma aceitação”⁶¹⁶.

614. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 301. HIRATA, Alessandro. *Relações contratuais fáticas (faktische Vertragsverhältnisse)*. Tese para Concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

615. BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 190.

616. SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 462.

As declarações de vontade podem ser simultâneas, formando-se contrato instantaneamente, ou sucessivas, quando uma declaração precede a outra, havendo entre elas um lapso de tempo. Neste caso podemos individualizar as duas fases da formação do contrato: a proposta ou oferta e a aceitação. Examinaremos alguns efeitos dessa distinção no item 2.4, sobre contratos entre presentes e entre ausentes.

O regime do Código de Defesa do Consumidor. Em geral, as informações disponibilizadas antes da conclusão do contrato acerca de seus aspectos relevantes, não integram o contrato. Os contratos de massa também podem ser examinados sob o aspecto da manifestação da vontade, e estão abrangidos pela disciplina do Código de Defesa do Consumidor – CDC⁶¹⁷, que contempla maiores garantias ao consumidor.

O CDC engloba, sob o título “Da oferta”, quatro expressões diversas: oferta, informação, publicidade e apresentação. Todas elas constituem modalidades de ofertas públicas, efetuadas pelos fornecedores aos consumidores, relativamente aos contratos de que se trata, no contexto das relações de consumo. Seu artigo 30 trata dos efeitos vinculantes da oferta de forma bastante ampla, abrangendo toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação. Nesse caso, até mesmo o convite a contratar vincula o ofertante.

Manifestação da vontade expressa ou tácita. A manifestação da vontade pode ser **expressa ou tácita**. O sentimento expresso pode dar-se por meio da linguagem falada, da escrita ou da mímica⁶¹⁸. Como regra geral a vontade deve ser declarada, mas a vontade manifestada para a outra parte também produz efeitos jurídicos. Por exemplo, um aceno com a cabeça pode equivaler a um sim, conforme o costume. A manifestação de vontade, seja declarada ou manifestada por sinais, é expressa.

O silêncio como manifestação de vontade. O silêncio significa abstenção completa, tanto de palavras quanto de atos ou fatos e, em princípio, ele não tem valor jurídico. Mas, nos termos do artigo 111 do Código Civil: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Existe presunção legal quando a lei expressamente prevê que o silêncio representa manifestação positiva da vontade, estabelecendo uma presunção legal. São esses os casos da prorrogação tácita da locação, se o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador (art. 574 do Código Civil) e da aceitação tácita do mandato, que resulta do começo de execução (art. 659).

De aplicação mais própria da atividade empresarial é o artigo 432 do mesmo Código, segundo o qual: quando o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa reputa-se concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa. Destaca Haroldo

617. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. Vol. III, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 172-175.

618. BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 151.

Verçosa: “[...] quando a lei menciona o termo *costume*, ela está se atendo precisamente a um setor de atividade dentro do qual ele foi criado ao longo de um determinado período de tempo, tornado conhecido e aceito por toda a comunidade atuante dentro de sua esfera.”⁶¹⁹

Existindo relações anteriores entre as partes, frequentes e sucessivas, pode-se inferir a vontade daquela que se absteve. É o que ocorre na renovação tácita da locação e no fornecimento habitual de mercadorias. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exemplifica um desses casos:

“Na espécie, tendo em vista os usos e costumes do segmento empresarial e as práticas adotadas, de longa data, pelas partes, encontram-se presentes os requisitos para que o silêncio reiterado das varejistas – sobre a adoção dos boletos bancários e o repasse do respectivo custo – seja considerado manifestação de vontade apta a produção de efeitos jurídicos, vale dizer: seja atestada a existência de consenso em relação à forma de pagamento das ‘mercadorias’ e à cobrança de tarifa.”⁶²⁰

Mas, “caso haja uma razão para se exigir a aceitação (*v.g.*, como ocorre nos contratos de consumo), não se pode dizer que houve anuência”, pois, a regra do artigo 432 está subordinada à do artigo 111⁶²¹.

O silêncio também significa consentimento em alguns casos não abrangidos pelo âmbito contratual: é o caso do silêncio do sócio, sem protesto, frente a uma resolução da assembleia⁶²².

Examinaremos a seguir casos em que a vontade não é comunicada, decorre da atitude do sujeito.

2.3. Relações contratuais de fato

Os atos negociais poderão decorrer de um negócio jurídico de origem contratual ou do comportamento social típico das partes. O comportamento de um dos envolvidos representa a sua manifestação de vontade, desde que a outra parte envolvida tenha ciência de tal ato⁶²³.

As máquinas de venda automática, como aquelas de venda de refrigerantes e salgadinhos, funcionam com códigos pré-programados, em que o usuário insere certa quantidade

619. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014 [Coleção Direito Comercial, v. 4], p. 363.

620. STJ, REsp 1.580.446/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u. 23/02/2021, DJe 25/03/2021, RSTJ, vol. 261, p. 811, ementa, item 9.

621. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. Vol. III, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 94.

622. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., rev. atual. e aum. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 60, nota 21.

623. LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Trad. Alessandro Hirata. Revista Direito GV, São Paulo, Vol. 2, N. 1, Jan-jun 2006, p. 55-56 e 60-61.

em dinheiro e tem o item pré-selecionado liberado para sua utilização, mas há notícias mais antigas dessa prática. Um matemático grego descreveu uma máquina que, em 215 a.C., entregava água benta para uso em templos egípcios. O usuário colocava uma moeda em um determinado local, o que acionaria uma alavanca que abriria uma válvula que entregava a água. O medo da punição divina evitaria o uso de moedas falsas⁶²⁴.

Não há negociação sobre cláusulas contratuais e elas nem sempre estão presentes, mas com o pagamento forma-se um contrato, decorrente de um tipo particular de oferta na qual o aparelho automático representa o proponente e oblato (pessoa a quem é direcionada a proposta de um contrato) é o público em geral⁶²⁵.

A explicação para estas relações se encontra no processo de objetivação do contrato e do direito dos contratos a que se refere Enzo Roppo, denunciando a distância que separa a moderna figura do contrato de sua imagem novecentista, marcada pelo individualismo e pela importância conferida à pessoa dos contratantes⁶²⁶.

Entre as diversas expressões utilizadas pela doutrina para definir essas relações contratuais Roppo adota a do “contato social”, Antunes Varela refere-se a “atos de execução da vontade”, e, ainda, a “formas de comportamento social típico”. Conclui Antunes Varela que aquele que pratica algum desses atos deve admitir que ele seja interpretado “com o sentido que ele reveste aos olhos do grande público (e da contraparte)”⁶²⁷. O Código Civil de 2002 autoriza a mesma interpretação, pois dispõe no artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”.

2.4. Contratos entre presentes e entre ausentes

Como vimos, **a lei não exige que as vontades se manifestem num mesmo momento** (contratos de formação simultânea), podendo manifestar-se em momentos diferentes (contratos de formação sucessiva). No primeiro caso estão os contratos entre presentes; no segundo, estão os chamados contratos entre ausentes. Analisamos em título próprio os denominados contratos eletrônicos porque eles se podem enquadrar em uma ou outra dessas categorias.

Saber o momento e o lugar em que o contrato se forma é importante, pois:

- a) até o momento da conclusão do contrato, cada uma das partes pode revogar a sua declaração de vontade;

624. RASKIN, Max. The Law and Legality of Smart Contracts. *Georgetown Law Technology Review* 304, 2017, p. 11.

625. LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Trad. Alessandro Hirata. *Revista Direito GV, São Paulo, Vol. 2, N. 1, Jan-jun 2006, p. 55-56 e 60-61.*

626. É o que ocorre, em regra, nos contratos massificados de consumo (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 301).

627. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I, 5ª ed., rev. Coimbra: Almedina, 1986, p. 227”.

- b) o lugar em que houver se verificado essa conclusão influirá sobre a escolha da lei reguladora, no tocante ao espaço⁶²⁸.

A melhor doutrina classifica como contratos entre ausentes aqueles em que a **manifestação da vontade não é simultânea, mas sucessiva**; o importante não é o elemento espacial, mas o temporal, ou seja, a possibilidade de resposta imediata⁶²⁹; ou seja, são aqueles nos quais as partes não se encontram fisicamente presentes no mesmo local e nem a proposta, nem a aceitação se dão no mesmo momento (art. 434). Por ficção legal, consideram-se presentes as partes que contratam por telefone ou meio semelhante (Código Civil, art. 428, I); por exemplo, por computadores interligados em tempo real.

Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, salvo se antes dela ou com ela chegar ao proponente a declaração do aceitante, se o proponente se houver comprometido a esperar resposta ou se ela não chegar no prazo convencionado (Código Civil, arts. 434 e 435).

2.5. Oferta ao público

A oferta pode ser dirigida a uma pessoa determinada ou ao público. A oferta ao público se dirige a uma generalidade de pessoas, que pode ser determinável⁶³⁰. No regime do Código Civil a oferta se distingue da proposta: a primeira pode ou não ser obrigatória, ao contrário da segunda.

A oferta ao público somente equivale a proposta “quando encerra os requisitos essenciais do contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos” (Código Civil, art. 429, *caput*). Quando ela não contém os requisitos do contrato, equivale a simples convite a contratar, visto a seguir. Se a oferta contiver esses requisitos será considerada proposta, nos termos do artigo 426 do Código Civil: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrato não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Convite a contratar. Em inúmeros casos, a oferta ao público não se revela e completa, ela representa um simples convite a negociações, sem força vinculante. **Faltam à oferta elementos que permitam uma aceitação pura e simples**, ou ela vem acompanhada de **reservas implícitas ou explícitas**.

Exemplo de reservas implícitas se encontram nos contratos *intuitu personae*, como a locação e a abertura de crédito, etc., nos quais as qualidades do interessado serão determinantes para a contratação. Quando um banco publica um anúncio nos jornais oferecendo crédito ele não se obriga a dar crédito a qualquer interessado, apenas a analisar o cadastro de cada um deles para determinar a quais interessados irá emprestar. Exemplo de reservas

628. BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 194.

629. BESSONE, Darcy. *Ob. Cit.*, p. 194, nota 145. GOMES, Orlando. *Ob. Cit.*, p. 80.

630. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 74.

explícitas se encontram nas ofertas de bens em número limitado, pois ela está sujeita a limites quantitativos.

As principais **características do convite a contratar** são:

- a) dirige-se a **pessoas determinadas ou indeterminadas**;
- b) **pode dar origem a uma concorrência pública de ofertas (leilão, licitação) ou não**;
- c) a **obrigação do ofertante** é, unicamente, a de **levar em consideração as propostas que forem feitas de acordo com a oferta pública**.

Revogação da oferta. A oferta pode ser revogada “pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada essa faculdade na oferta realizada” (Código Civil, art. 429, parágrafo único).

Regime da oferta no Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor engloba, sob o título “Da oferta”, quatro expressões diversas: oferta, informação, publicidade e apresentação. Todas elas constituem modalidades de ofertas públicas, efetuadas pelos fornecedores aos consumidores. Seu artigo 30 trata dos efeitos vinculantes da oferta de forma bastante ampla, abrangendo “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação”. Nesse caso, até mesmo o convite a contratar por meio de anúncios em jornais, desde que a oferta seja suficientemente precisa, vincula o ofertante⁶³¹.

Cumprimento específico da oferta. O regime adotado pelo CPC, arts. 497 a 500, dá prioridade à execução específica da obrigação de fazer ou de não fazer (art. 497), bem como à obrigação de entrega de coisa (art. 498). A conversão em perdas e danos só ocorrerá se o autor da ação a requerer ou quando for impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (art. 499), sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação (art. 500).

2.6. Contratos obrigatórios (dever de contratar)

No caso dos contratos obrigatórios propriamente ditos a liberdade de contratar sofre limitações ou restrições desde o momento da formação do contrato, dado que está presente um dever de contratar⁶³².

Há empresas que estão em estado de oferta permanente de serviços, como as prestadoras de **serviços públicos essenciais** à população (luz, água etc.) e as seguradoras, entre outras. Ambas estão sujeitas a normas de ordem pública.

631. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. Vol. III, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.

632. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. 1, 5ª ed., rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1986, p. 236 e segs.

As **empresas prestadoras de serviços públicos essenciais detêm monopólio de fato** (por serem as únicas em condições de prestar o serviço) **ou de direito** (por determinação legal, que pode decorrer do ato constitutivo da concessão, dos regulamentos aplicáveis ou da própria natureza do serviço). Por essa razão, **estão em estado de oferta permanente de serviços e, tendo estabelecido as condições de sua prestação não podem recusar-se a contratar, salvo por razões graves, como a inadimplência do consumidor**⁶³³.

As seguradoras, por sua vez, têm apenas o dever de concluir contratos com quantos queiram sujeitar-se às suas condições⁶³⁴.

2.7. Contrato de adesão

As **relações massificadas** revelam, cada vez mais, uma **predisposição das cláusulas contratuais**. Um dos futuros contratantes, denominado estipulante, estabelece previamente as cláusulas que irão reger os contratos que vier a celebrar, sem que a outra parte possa modificá-las, de maneira a permitir a celebração de inúmeros negócios com conteúdo semelhante. Isso ocorre em determinados contratos bancários, de serviços de telefonia e de seguro-saúde, entre tantos outros que seria impossível enumerar. Mas é possível que um contrato contenha cláusulas por adesão e cláusulas livremente negociadas entre as partes.

Chama-se **contrato de adesão, ou por adesão**, aquele cujas **cláusulas gerais e uniformes, dirigidas a pessoas indeterminadas, foram previamente elaboradas unilateralmente, e cujo consentimento se manifesta pela simples adesão**. Na definição do Código de Defesa do Consumidor (art. 54): “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”⁶³⁵. Mas isso não significa que haja completa exclusão da autonomia contratual pois a liberdade de contratar permanece presente⁶³⁶.

633. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III, 25ª ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 42, destaca genericamente a possibilidade de recusa por justos motivos. A jurisprudência revelou divergência sobre a possibilidade de interrupção de serviços públicos em face da inadimplência do consumidor, mas a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acabou por unificar a jurisprudência, decidindo ser legítimo o corte de luz por falta de pagamento “se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II)” (STJ, REsp 363.943/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão por maioria em 10/12/2003, ementa (transcrição parcial).

634. Outro caso de oferta pública regulamentada em lei especial é a oferta pública de aquisição de ações (Lei nº 6.404/76, art. 257).

635. MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 232-235, apresenta análise crítica sobre a diferença entre os regimes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

636. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. Vol. III, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

O contrato por adesão não é um contrato em si: **é um modo de formação do contrato**. A declaração negocial nestes contratos caracteriza-se tanto pela generalidade (dirigida a todos que se encontram em determinada situação), quanto pela rigidez, visto que as cláusulas gerais de contratação devem ser em bloco recebidas ou rejeitadas pela outra parte⁶³⁷. Examinaremos, abaixo, as regras de interpretação dos contratos por adesão.

De outro lado encontram-se as **cláusulas gerais de contratação** ou **contratos-tipo**. Elas são utilizadas por empresários que tem necessidade de estabelecer grande número de contratos, sendo possível encontrar cláusulas predispostas em ambos os lados das relações contratuais. Por exemplo, uma indústria, de um lado, e seus diversos fornecedores de matéria-prima, de outro.

Elas podem ser caracterizadas da seguinte forma:

“[...] o conjunto de regras ou normas (regulamento interno, estatutos, normas de serviço etc.), disciplinadas unilateralmente pelos fornecedores a fim de que, com base nelas, sejam realizados os contratos e operações comerciais, industriais ou prestação de serviços desses fornecedores. Têm como destinatário principal o funcionário da empresa ou do Órgão Público, muito embora possam delas ter conhecimento aqueles que têm relações com o fornecedor estipulante, em virtude de maior ou menor grau de publicidade que se der a essas condições gerais de contratação”⁶³⁸.

As condições gerais de contratação não se confundem com o contrato de adesão, pois elas só formarão um contrato se e quando forem aceitas pelo aderente⁶³⁹.

2.8. Contrato preliminar

Como ensinam Nery e Nery: “A peculiaridade que caracteriza efetivamente o contrato preliminar é precisamente a **celebração de um primeiro contrato (preliminar) que justamente faz surgir a obrigação de celebração do segundo contrato (definitivo)**”⁶⁴⁰.

O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado (Código Civil, art. 462). Estando presentes esses requisitos, e desde que dele não conste do contrato cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive (art. 463), aplicando-se ao caso o disposto no artigo 497 do CPC: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

637. CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. Vol. 1, 1ª ed., reimp. Lisboa: AAFDL, 1986, p. 99.

638. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. Cit., p. 180.

639. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. Vol. III, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 180. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 150, não distingue as cláusulas gerais do contrato delas decorrente.

640. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. Cit., p. 8.