



SEMINÁRIO I – FORMAÇÃO DO CONTRATO

Ana Maria Blanco Montiel Alvarez (n.º USP 8871111)

Maria Beatriz Rizzo Cortiñas (n.º USP 5697783)

Renato Sabino Filho (n.º USP 3300507)

Questão 1: *Sentido da expressão “natureza do negócio” no art. 427. [Pergunta 1] Quais são as hipóteses abrangidas pela exceção ao caráter vinculante da oferta?*

Análise dos pontos pertinentes e argumentos da resposta

O art. 427 do Código Civil corresponde ao antigo art. 1.080 do Código de 1916 e, segundo CLÓVIS BEVILAQUA¹, tem como fontes primárias dispositivos existentes nos Códigos Civis alemão² e português³. Nos anteprojetos do Código Civil de 2002 tal dispositivo também esteve presente, com mínimas alterações entre os textos apresentados nas diferentes ocasiões.

No Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS, entretanto, a matéria recebeu tratamento distinto daquele dispensado pelos Códigos Civis de 1916 e 2002, já que não se previram hipóteses abertas nas quais a proposta deixaria de ser vinculante, mas casos específicos que, se verificados, impediriam a formação da proposta, conforme disposto no art. 1.852 daquele texto.

A despeito de não se tratar de um dispositivo novo no ordenamento jurídico, a interpretação do art. 427 pela doutrina e pelos tribunais pátrios pouco avançou ao longo das últimas décadas, inexistindo uma sistematização técnica e clara das três hipóteses excepcionais trazidas pelo artigo em tela, ou mesmo uma análise conclusiva quanto à sua pertinência.

A primeira das hipóteses excepcionais trazidas pelo art. 427 admite, em tese, o afastamento do caráter vinculante da proposta quando isso resultar *dos termos dela*. Para ilustrar essa situação, a doutrina invariavelmente apresenta os seguintes exemplos: (i) proposta acompanhada de expressões como *sem compromisso*, *salvo confirmação* ou outras similares, que demonstrem a intenção de excluir a vontade definitiva daquele que a emite; e (ii) anúncios de venda incompletos, com a indicação, por exemplo, de *preço moderado* ou *condições vantajosas*, e sem menção à exata quantidade envolvida⁴. Salvo melhor juízo, parece-nos que tais exemplos não se prestam a ilustrar como uma proposta, vinculante por natureza, poderia deixar de sê-lo porque isto resulta *dos termos dela*.

Com efeito, na situação exemplificada no item (i), parece-nos que, na realidade, sequer chega a existir proposta na acepção jurídica do termo. Isso porque, sendo a intenção séria e firme de se obrigar um dos requisitos essenciais da proposta⁵, não se afigura razoável assumir que haverá proposta, mas que esta deixará de ser vinculante, justamente porque o suposto proponente declarou não estar firmemente vinculado ao que propôs.

¹ Cf. C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 2ª tir., Rio de Janeiro, Rio, 1976, p. 195.

² “Section 145. Any person who offers to another to enter into a contract is bound by the offer, unless he has excluded being bound by it.” (BGB).

³ “Art. 653. O proponente é obrigado a manter a sua proposta, em quanto não receber a resposta da outra parte, nos termos declarados no artigo precedente, aliás é responsável pelas perdas e danos, que possa resultar de sua retractação.” (Código Civil português de 1867).

⁴ Cf. J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XV, 7ª Ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, pp. 60-61.

⁵ Cf. C. BEVILAQUA, *ob. cit.*, p. 195.

Com relação ao exemplo (ii), também não nos parece que, em casos tais, exista proposta, já que, para que esta exista, é necessário que seja completa, i.e., que apresente os elementos essenciais do contrato cuja celebração se propõe. Assim, se a proposta não indica o preço da mercadoria a ser vendida, ou sua quantidade, não há proposta, mas mero convite a que se faça proposta ou simples divulgação de produtos.

Nesse contexto, concluímos que, salvo melhor juízo, a primeira das exceções ao caráter vinculante da proposta previstas no art. 427 não se mostra de todo precisa. Afinal, sendo a proposta uma declaração de vontade vinculativa por natureza, deixar de sê-lo em razão de seus próprios termos, não é algo que se revela razoável. Como aponta o Professor CUSTÓDIO DA PIEDADE ao analisar essa mesma situação, “*o que se teria tido em vista com a formulação legal, não seriam propriamente os casos de uma verdadeira proposta, uma declaração de vontade, vinculativa para o próprio autor, manifestada de modo expresso, ou tácito, isto é, por fatos inequívocos e concludentes, mas situações duvidosas em que não se sabe ao certo se se trata ou não de uma verdadeira proposta, na acepção técnico-jurídica do termo*”⁶.

A segunda exceção à vinculabilidade da proposta trazida pelo art. 427 refere-se à natureza do negócio. De início, cumpre identificar se a expressão *natureza do negócio* busca se referir à natureza da própria proposta ou à natureza do negócio cuja celebração se propõe.

A análise dos textos doutrinários que se dedicam a interpretar o art. 427 revela que a expressão *natureza do negócio* é sempre relacionada à natureza jurídica do negócio a ser celebrado, e não à natureza da proposta. Essa interpretação parece ser a mais coerente, já que, tratando-se a proposta de negócio jurídico unilateral cuja existência depende da intenção séria de se vincular, não se pode imaginar como a natureza jurídica da própria proposta levaria ao afastamento de seu caráter vinculante.

Mesmo estabelecido que o artigo em tela refere-se à natureza do negócio a ser celebrado, a verdade é que a interpretação e a sistematização dessa hipótese, ainda assim, se mostram tormentosas. Partindo da premissa de que a proposta é uma declaração de vontade de caráter vinculante, afirmar que a proposta pode não vincular o proponente em razão da *natureza do negócio* é o mesmo que afirmar que há negócios jurídicos nos quais a proposta não vincula, o que não se mostra coerente com o sistema adotado no direito pátrio⁷.

A falta de coerência de tal hipótese é revelada pela própria dificuldade em se imaginar um exemplo concreto no qual uma determinada categoria de negócio, por sua natureza, afastaria a vinculabilidade da proposta. Nesse passo, o exemplo sempre fornecido pela doutrina é o do contrato de seguro, “*caso em que é certo ‘que a sociedade de seguros que distribui os prospectos não faz proposta firme de concluir o contrato de seguro com todos aqueles que os receberam*”⁸. Mas também aqui, parece-nos que o exemplo repetidamente utilizado não é exato.

Embora seja verdade que a seguradora não se compromete a contratar com todos aqueles que recebem seus materiais publicitários, daí não decorre que o contrato de seguro, pela *natureza do negócio*, afaste a vinculabilidade da proposta. Isso porque o proponente não é a seguradora, mas sim o segurado⁹, e este, após formular sua proposta, fica a ela vinculado. Ou seja, não há, na realidade, afastamento da vinculabilidade da proposta nos contratos de seguro.

⁶ Cf. C. P. U. MIRANDA, in A. J. DE AZEVEDO, *Comentários ao Código Civil*, v. 5, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 128-129.

⁷ Cf. C. P. U. MIRANDA, *ob. cit.*, pp. 133-137.

⁸ Cf. J. M. CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, p. 65-66.

⁹ Isso fica claro a partir do próprio art. 759 do Código Civil: “*A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco*”.

Também com relação a essa segunda hipótese excepcional, portanto, parece-nos que o Código teria buscado regular não situações nas quais há proposta, mas esta não seria vinculante, e sim situações nas quais não chega a haver proposta¹⁰. No exemplo estudado, a companhia seguradora não faz proposta, mas convite a que lhe façam propostas.

Por fim, a terceira hipótese excepcional apresentada pelo art. 427 refere-se às *circunstâncias do caso*. Parte da doutrina afirma que as *circunstâncias* que afastariam o caráter vinculante da proposta seriam aquelas enumeradas no art. 428 do Código Civil¹¹. Do ponto de vista prático, contudo, não parece fazer sentido que a última parte do art. 427 sirva apenas para introduzir as situações elencadas no art. 428. Até mesmo porque, de todas as três hipóteses excepcionais trazidas pelo art. 427, talvez a terceira seja a que faça mais sentido.

De fato, podem sobrevir determinadas circunstâncias que afastem a vinculabilidade inicial da proposta, como, p.e., quando não se implementa a condição ou o termo aos quais a oferta estava sujeita; quando sobrevém o falecimento do proponente e o contrato se reveste de natureza personalíssima (v. questão 2, *infra*); ou, ainda, quando se verifica a conversão da proposta entre presentes em proposta entre ausentes, pela supressão de comunicação entre as partes, ataindo a regra do art. 428, inc. I, do Código Civil (v. questão 3, *infra*).

Assim, analisando o art. 427, nos parece razoável concluir que as duas primeiras hipóteses excepcionais na verdade não se referem a casos nos quais já existe proposta efetivamente. A terceira hipótese, de outro lado, pode se verificar, e fazer com que a proposta inicialmente vinculante, deixe de sê-lo.

Síntese da resposta formulada

Não nos parece que as duas primeiras hipóteses do art. 427 do Código Civil façam sentido no nosso ordenamento jurídico. No caso da exceção fundada nos *termos* da proposta, essa situação acabaria por retirar da oferta um de seus elementos indispensáveis, que é a vontade séria de se obrigar. No caso da exceção fundada na *natureza do negócio*, teríamos que assumir há determinadas categorias de negócio jurídico que invariavelmente impedem a atribuição de efeitos vinculantes à proposta, o que equivaleria a tratar como regra, o que deve ser exceção.

Nesse contexto, somos da opinião de que as duas primeiras hipóteses excepcionais do art. 427 do Código Civil referem-se, na realidade, a situações nas quais ainda não existe proposta na acepção jurídica do termo e, portanto, não são suficientes para afastar o caráter vinculante da oferta quando esta efetivamente é feita.

A terceira hipótese excepcional é a única que nos parece cabível para afastar a vinculabilidade da oferta, já que há casos, como se viu, nos quais a proposta pode deixar de ser vinculante em razão das *circunstâncias do caso*. Importante notar, entretanto, que, diferente do que pode parecer sugerir a redação relativamente confusa do art. 427 do Código Civil, a proposta, também nesses casos, nasce inicialmente vinculante, mas deixa de sê-lo, em razão de determinadas circunstâncias. Ou seja, não se trata de proposta que, pelas *circunstâncias do caso*, nunca é vinculante, mas sim que pode eventualmente deixar de sê-lo.

A formulação da proposta pelo segurado decorre também das normas da SUSEP, conforme estabelecido pela antiga Circular n.º 47/1980, hoje substituída pela Circular n.º 240/2004.

¹⁰ Essa a conclusão a que chegou o Professor CUSTÓDIO DA PIEDADE: “Melhor teria andado o legislador se dissesse: ‘A proposta de contrato obriga o proponente, salvo se das circunstâncias do caso resultar que não se trata ainda de uma proposta’” (*Ob. cit.*, p. 137, n. 294).

¹¹ Cf. J. M. CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, p. 66; C. BEVILAQUA, *ob. cit.*, p. 195.

Questão 2: *Regime da morte ou incapacidade do proponente. [Pergunta 2.1] A oferta feita por alguém que vem a se tornar incapaz antes da conclusão do contrato é inválida? [Pergunta 2.2] Os contratos personalíssimos estão sujeitos a regime especial?*

Análise dos pontos e argumentos de resposta

A proposta é negócio jurídico unilateral receptício. Partir de tal concepção remete à primeira questão fundamental: quando a conclusão de tal negócio jurídico unilateral se perfectibiliza? É dizer, o negócio jurídico *proposta* existe e é válido ao momento da declaração da vontade ou da recepção de tal vontade? Embora a sua qualidade de receptício, para existir e ser válido, tal negócio jurídico requer a declaração de vontade, junto do preenchimento dos demais elementos necessários a sua existência, elementos esses que são *qualificados* para sua validade. Assim, saber em que circunstância essa vontade foi declarada, bem assim em que momento, pode auxiliar a solução das questões propostas.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO traça o paralelo dos planos existência e validade utilizando-se desse núcleo duro (vontade), e qualifica os elementos intrínsecos centrando-se na declaração de vontade como: a) resultado de um processo volitivo; b) desejada com plena consciência; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé. Também os elementos extrínsecos devem ser qualificados, e por isso o agente deve ser capaz e, em geral, legitimado. Para existir e ser válido, todo o negócio jurídico deve contar com elementos intrínsecos e extrínsecos qualificados, sem prejuízo dos demais elementos (categoriais e particulares) que devem ser observados. Pensando-se no caso concreto, presume-se que a proposta tenha sido elaborada observando-se tais elementos gerais qualificados, i.e., que, em relação à vontade declarada ao tempo da elaboração da proposta, tem-se a vontade de propor determinado contrato a determinado destinatário como fruto de processo volitivo, expressada pelo proponente (capaz e legitimado), em posse de seu pleno discernimento, no exercício da sua liberdade e conforme a boa-fé. Até aqui, pode-se sustentar a existência e validade da proposta enquanto negócio jurídico unilateral.

Parte-se, então, à reflexão sobre os demais elementos presentes em matéria do negócio jurídico sob exame. Quanto aos elementos categoriais, faz-se necessário pensar o que caracteriza a proposta como pertencente a uma determinada categoria de negócio jurídico. O que a caracteriza como pertencente à categoria dos negócios *unilaterais* certamente é o fato de que conta com a declaração de vontade de uma parte. Além disso, para ser proposta, a declaração de vontade dessa única parte precisa ser inequívoca quanto à intenção de contratar, devendo por isso fazer constar os elementos essenciais ao contrato pretendido. Não parece haver dúvida de que a oferta ao público é também negócio jurídico unilateral, que possui a declaração de vontade de uma parte, séria e completa no que diz respeito à intenção de contratar, embora voltada a destinatários indeterminados. Assim, pode-se incluir *proposta* e *oferta ao público* em determinada categoria de negócios jurídicos (negócio jurídico unilateral, especificamente na categoria das “propostas” ou “ofertas”). Eventuais elementos categoriais derogáveis e particulares podem ser verificados concretamente, contudo, ao objetivo proposto, não há necessidade de serem, por ora, considerados.

Importa, assim, refletir se, ao tempo da elaboração da proposta, e ANTES de seu recebimento pelo oblato, há algum prejuízo aos elementos qualificados acima descritos. Quer parecer, pelo enunciado, que a proposta existe, contando com a presença dos elementos gerais e categoriais inderrogáveis. Deve-se, contudo, refletir quanto à qualificação de tais elementos (plano da validade), precisamente sobre se a superveniência da morte ou da incapacidade

(absoluta ou relativa) pode afetar a declaração de vontade. Admitindo-se que o fato superveniente morte ou incapacidade afete a declaração da vontade, já que não haverá mais agente em razão da morte ou não haverá mais agente *capaz* em razão da incapacidade, estar-se-ia protraindo no tempo a vontade hígida que esteve presente ao tempo da elaboração da proposta. É como se o ato da elaboração da proposta, frente ao qual se exige agente capaz e legitimado, se projetasse no tempo, e a existência do proponente, bem assim a qualificação do seu ato volitivo devesse ir além do ato concreto relativo à proposta. Se assim fosse *inválida* a proposta tendo em vista a morte ou incapacidade superveniente, o resultado da invalidade se imporá a todos os contratos, personalíssimos ou não, pois não seria a natureza do contrato proposto o fator determinante a tal solução, e sim a afetação à qualificação dos elementos gerais (intrínsecos e extrínsecos). O problema de uma solução nesse sentido reside na proposição de uma ficção jurídica para *alterar* um fato real: de que à época da elaboração da proposta o proponente estava vivo e era capaz. Reside nesse ponto a inaceitabilidade dessa solução de invalidade. O direito pode compreender inúmeras funções, mas forjar fatos para dar uma solução jurídica a contento certamente não é uma delas. O direito não atua dissociado da realidade. Portanto, respondendo parcialmente à pergunta 2.1, a hipótese de superveniência de morte ou incapacidade à proposta não diz respeito ao plano da invalidade.

Uma outra solução possível – e mais razoável – se dá no sentido de compreender que a morte ou a incapacidade não afeta a vontade expressada ao tempo da elaboração da proposta. Pensar assim significa concluir que a vontade do proponente morto ou incapaz persiste e é válida. Se a proposta ainda não foi recebida pelo destinatário, os efeitos jurídicos dela esperados ainda não se colocam. Sob tal perspectiva, o problema se dará somente DEPOIS do recebimento da proposta.

Do ponto de vista jurídico, sem a receptividade esperada, a proposta existe e é válida, tão somente ainda não gerou efeitos. Ela tem condições de vir a gerar a efeitos, mas o *fator de atribuição de eficácia em geral* ainda não se deu (compreendendo-se como fatores de atribuição de eficácia em geral “aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz”, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, p. 57). Pode-se dizer “aqui há uma proposta válida”, isto é, capaz de gerar efeitos, tão somente analisando-se o preenchimento de todos os seus elementos, inclusive eventuais elementos particulares, antes de seu recebimento pelo destinatário, seja ele determinado ou indeterminado. A receptividade da proposta é adjetivo que a qualifica no sentido de indicar a partir de quando são esperados os seus efeitos.

A declaração da vontade de uma pessoa, ainda que séria e completa em relação ao contrato pretendido, por si só não gera efeitos jurídicos inerentes aos termos desse negócio, pois essa declaração de vontade precisa alcançar o destinatário. A proposta requer o seu recebimento, daí porque se insere na categoria dos negócios jurídicos unilaterais *receptícios* (categoria que, repisa-se, apenas diz respeito aos seus efeitos). A vinculabilidade jurídica da proposta reside na sua receptividade pelo destinatário. É dizer, uma vez recebida pelo oblato, a proposta gera vinculação do proponente aos seus termos, pois ao tempo da proposta, reputa-se o proponente vivo ou em perfeitas condições de juízo e discernimento, afinal, a morte ou a incapacidade é fato superveniente à proposta. Por tal razão, é possível conduzir o debate ao plano da eficácia. Assim, integralizando a resposta à pergunta 2.1, a proposta realizada por quem vem a falecer ou se tornar incapaz *poderá* ser ineficaz.

A consequência prática de tratamento da hipótese no plano da eficácia é a necessidade de perquirir sobre a natureza do contrato proposto: se personalíssimo ou não personalíssimo. Na

página primeira da Teoria Geral do Direito Civil estuda-se a relação jurídica, oportunidade na qual se aprende sua classificação, bem como os seus efeitos. As relações jurídicas podem ser pessoais ou personalíssimas, assim compreendidas por estarem “ligadas incindivelmente à pessoa do seu titular” (MOTA PINTO, p. 156), por sua natureza ou por força de lei. Sobre tais relações jurídicas a morte do titular produz efeitos nefastos, não sendo possível incluí-las na sucessão, vez que somente o proponente poderia vincular-se aos termos da proposta, e nenhum outro em seu lugar. Daí falar-se em relações jurídicas intransmissíveis.

Esse efeito é produzido igualmente nos contratos personalíssimos se, ao invés da morte, sobrevém a incapacidade?

Por mais insatisfatória que seja a resposta “depende do caso concreto”, este é um caso que a justifica, pois nos casos que se constituem *exceção*, soluções generalizadoras raramente são satisfatórias. Tome-se, por exemplo, a proposta pertinente à prestação de serviço *intuitu personae*. Dependendo da incapacidade que sobrevém ao proponente, ele poderá ou não concluir e executar o contrato. Sobrevindo a incapacidade absoluta, por certo restará fatalmente prejudicada a formação de tal contrato. Imagine-se, contudo, um caso de incapacidade relativa, por prodigalidade. É possível não só a conclusão do contrato, quiçá pessoalmente em conformidade com os limites da interdição resultante do reconhecimento da condição de pródigo, como também a execução do contrato (ou um pintor interdito por prodigalidade é incapaz de pintar uma tela a óleo, no cumprimento de um dever contratual? Atente-se que ao pródigo não está vedada a *administração* de seus interesses e bens, 1.782, CC).

Assim, respondendo à pergunta 2.2, a proposta relativa à formação de contratos personalíssimos, no caso de morte ou incapacidade absoluta, tem sua eficácia prejudicada, solução esta que encontra guarida na exceção “*circunstâncias do caso*”, contida no art. 427, CC. Já a eficácia da proposta relativa à formação de contratos personalíssimos no caso de incapacidade relativa poderá ou não ter sua eficácia prejudicada, dependendo do exame dos limites da incapacitação do agente.

O fundamento, como apontado, diz respeito às circunstâncias do caso, e não à natureza do negócio. Pressupor que os contratos personalíssimos se inserem nesta última exceção resultaria na compreensão de que propostas de contratos de tal natureza não geram vinculabilidade como regra. Uma conclusão nesse sentido contraria os fatos e o ordenamento jurídico, o qual, com a finalidade de tutelar a confiança, atribui a vinculabilidade jurídica da proposta como regra geral a todos os contratos.

Síntese das respostas formuladas

Pergunta 2.1: Não se torna inválida a oferta feita por proponente que vem a falecer ou se torna incapaz; poderá haver ineficácia, que, no caso concreto, significa retirar a vinculabilidade jurídica quanto aos termos da proposta, prejudicando a formação do contrato.

Pergunta 2.2: a proposta relativa à formação de contratos personalíssimos, no caso de morte ou incapacidade, poderá ter sua eficácia prejudicada, mas tais contratos não demandam um regime especial, e sim um tratamento excepcional pelas circunstâncias supervenientes à proposta:

- (i) Se o proponente vem a falecer ou se torna absolutamente incapaz, resta inviável a formação de um contrato personalíssimo, prejudicando-se, assim, fatalmente a eficácia esperada da proposta;

- (ii) Se o proponente vem a se tornar relativamente incapaz há de se analisar os limites de tal incapacidade, bem assim o propósito do contrato personalíssimo em concreto. Se o proponente permanece apto a realizar alguns atos da vida civil, entre os quais o contrato proposto, a vinculabilidade jurídica aos termos da proposta deve ser mantida, sob pena de responsabilização civil por perdas e danos. Fundamento legal para manutenção da vinculabilidade da proposta: 427, 1ª parte, c/c art. 4º, CC. Fundamento legal para responsabilização na hipótese de violação à proposta, ainda que possível a formação do contrato: 427, 1ª parte, c/c art. 4º, art. 186, 187 e 927, bem assim, 402 e ss, CC. Fundamento legal para afastar vinculabilidade da proposta na hipótese da incapacidade relativa inviabilizar faticamente a formação do contrato: 427, 2ª parte (circunstâncias do caso), CC.

Questão 3: *Critério diferenciador das ofertas entre ausentes e entre presentes. Conversão da proposta entre presentes em proposta entre ausentes. [Pergunta 3] A consulta a terceiros com rápida supressão da comunicação faz com que a proposta passe a ser entre ausentes?*

Análise dos pontos e argumentos de resposta

O art. 428 do Código Civil traz diferença entre o fato de a proposta ocorrer entre presentes e entre ausentes, porém sem apontar especificamente qual é o principal ponto de diferença entre as duas situações. Segundo o inciso I, também se considera pessoa presente aquela que contrata por intermédio de telefone ou de meio de comunicação semelhante.

Percebe-se, assim, que, inicialmente, a caracterização da presença da pessoa se dá pela imediatidade da comunicação. Tanto o é que os incisos do mencionado dispositivo demonstram que a proposta entre ausentes é analisada à luz do prazo de chegada da resposta.

A importância reside no fato de que, como regra, a proposta passa a ser obrigatória quando ela chega ao conhecimento do eventual aceitante¹². Com isso, o oblato deve ter imediato conhecimento acerca da proposta. No mesmo sentido, VINCENZO ROPPO ensina que a oferta é ato receptício e, “*por consiguiente, produce efectos en cuanto es llevada a conocimiento de su destinatario*”¹³.

A doutrina se posiciona no sentido de que o contrato entre presentes é aquele em que a proposta e a aceitação ocorrem diretamente entre as partes ou seus representantes. Por outro lado, a contratação entre ausentes seria aquela em que há comunicação indireta entre as partes, seja por meio de mensageiro, intermediário ou outra forma de correspondência. Nesse sentido são os ensinamentos de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁴, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES¹⁵, RUBENS IDEO HARAI¹⁶ e SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹⁷.

¹² Cf. ORLANDO GOMES, *Contratos*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 78.

¹³ Cf. VINCENZO ROPPO, *El contrato*, Lima, Gaceta Jurídica SA, 2009, p. 116.

¹⁴ Cf. C. M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. III, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 42.

¹⁵ Cf. M. M. DE SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, v. III, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2006. p. 102.

¹⁶ Cf. RUBENS IDEO HARAI, *Formação dos contratos*, in RENAN LOTUFO – GIOVANNI NANNI (coords.), *Teoria geral dos contratos*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 432-464.

¹⁷ Cf. SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 3, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 521.

Relevante também é a posição de RICARDO LUIS LORENZETTI, para quem “*Los códigos decimonónicos tomaron como presupuesto la contratación entre personas físicamente presentes o ausentes; en este último caso hay una distancia geográfica que se traduce en un tiempo de comunicación jurídicamente relevante*”¹⁸.

Ao reforçar que a distância geográfica deve ser aquela que produza uma distância no tempo de comunicação, o autor pondera que atualmente existem novas tecnologias que, à semelhança do telefone, também trazem instantaneidade na comunicação, apesar da separação física. Arremata o mestre argentino que: “*Se ha señalado que en el contrato entre ausentes lo que interesa no es la presencia física, sino la declaración, y que más que la distancia física, importa la jurídica. Em base a ello se ha interpretado que si dos personas distantes entre si, pero comunicadas telefonicamente, emiten declaraciones instantáneas, debe considerarse que hay un vínculo entre presentes; si esas personas están situadas em países diferentes, se aplican las reglas de Derecho Internacional Privado, con lo que sería entre ausentes. Aplicando estos criterios a la contratación electrónica, puede afirmarse que cuando hay un diálogo interactivo que importa actos instantáneos, la celebración es entre presentes.*”¹⁹

É por isso que o critério diferenciador é a imediatidade da comunicação, independentemente do meio utilizado. Trata-se da distância e o tempo jurídico, que nem sempre coincidem com a distância e o tempo real. Isso porque aqueles são conceitos normativos, enquanto estes são conceitos empíricos. De fato, nem sempre se pode definir o lugar real em que a pessoa está, como na hipótese de um contrato fechado por computador em uma viagem²⁰.

Acrescente-se, ainda, que outro ponto a caracterizar a proposta entre presentes é que esta só admite recepção efetiva, o que, segundo LORENZETTI, ocorre quando a outra parte reconhece receber a declaração de vontade, inclusive por escrito em seu domicílio. Já a recepção ficta é aquela em que a declaração de vontade do proponente pode chegar ao oblato e gerar efeitos, porém não necessariamente entra na esfera de conhecimento do receptor, como nas hipóteses em que o porteiro não faz a entrega da carta ou que a correspondência eletrônica não é aberta²¹.

O que se defende no presente trabalho é que toda oferta entre presentes tem recepção efetiva, pois a comunicação é imediata, com a possibilidade de confirmação do recebimento da proposta. Isso não significa dizer, entretanto, que todos os casos de recepção efetiva são de proposta entre presentes, uma vez que a confirmação de recebimento pode ser certa, porém feita posteriormente, sem imediatidade.

Há, contudo, a possibilidade de uma proposta entre presentes ser convertida em proposta entre ausentes, a depender da circunstância dos fatos, quando não mais houver imediatidade. Como exemplo, temos a proposta de um contrato de compra e venda internacional em que uma das empresas pertence a um Estado em que se exige necessariamente a forma escrita.

Com efeito, o art. 11 da CISG, aprovada por meio do Decreto Legislativo n.º 538/2012, permite que tal contrato seja entabulado de qualquer forma, podendo ser comprovado, inclusive, por meio de prova testemunhal. Dessa forma, permite-se que o contrato e a proposta sejam realizados por meio de comunicação instantânea e imediata verbal, ainda que não formalizada por escrito, caso em que se consideraria a proposta feita entre presentes.

¹⁸ Cf. RICARDO LUIS LORENZETTI, *Tratado de los contratos: parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 251.

¹⁹ Cf. RICARDO LUIS LORENZETTI, *ob. cit.*, p. 275.

²⁰ Cf. RICARDO LUIS LORENZETTI, *ob. cit.*, pp. 275-276.

²¹ Cf. RICARDO LUIS LORENZETTI, *ob. cit.*, p. 251.

Entretanto, os artigos 12 e 96 da CISG permitem que o contratante integrante de país que exija a forma escrita possa fazer a arguição e deixar de aplicar o art. 11.

Tome-se como exemplo uma proposta feita entre por meio telefônico, o que, em princípio, caracterizaria proposta entre presentes. Entretanto, o oblato informa que, em seu país, os contratos exigem a forma escrita. Assim, o proponente envia a proposta por escrito, sendo esta recebida dias depois e aceita posteriormente.

Em tal hipótese, mesmo que, no plano fático, a proposta tenha sido feita entre presentes, ela terá que ser convertida em meio escrito, comunicação indireta entre as partes.

A situação seria diferente se, ao saber que a forma escrita é exigida, proponente e oblato fazem uma reunião em que a proposta escrita é apresentada pessoalmente e imediatamente aceita, uma vez que, em tal caso, houve instantaneidade da comunicação na forma como o ordenamento jurídico lhe confere validade.

No tocante à situação em que há rápida interrupção por iniciativa do oblato para consulta a terceiros, entendemos ser mantido o critério da imediatidade da comunicação. Assim, a proposta continua sendo entre presentes se a comunicação entre as partes envolvidas não for interrompida. Assim, se, em uma conversa telefônica ou por teleconferência, o oblato pede que o proponente aguarde um momento na chamada para que faça consulta a terceiro para aprovação, a proposta permanece entre presentes, pois não houve quebra da instantaneidade da comunicação. Por outro lado, se o oblato afirma que é necessário fazer a consulta a terceiro, porém informa que só poderá dar o retorno em um determinado prazo, então há a quebra da imediatidade, pelo que a proposta passa a ser entre ausentes.

Vale mencionar a lição de LORENZETTI, para quem o tempo que caracteriza a proposta entre ausentes é aquele em que há risco de ocorrência de um evento que atrapalhe o processo de intercâmbio, independentemente da contagem de minutos ou segundos. Como exemplo de que a interatividade nem sempre acarreta a instantaneidade, explica o doutrinador a hipótese de comunicações que entram em uma caixa e são posteriormente distribuídas, ou na de exigência de confirmação de transação pelas partes²².

Partindo de tal premissa, ainda que se trate de rápida interrupção, seria o caso de proposta entre ausentes, uma vez que o fato pode trazer diferenças no processo de intercâmbio da negociação, a depender da opinião ou ponderação feita pelo terceiro. Com efeito, o vínculo deixou de ser instantâneo especificamente em razão do comportamento das partes.

Síntese da resposta formulada

Conclui-se que a proposta será entre presentes quando houver a instantaneidade na comunicação, ou seja, se não houver tempo relevante entre a proposta e a aceitação, independentemente da distância real entre as partes. Por outro lado, será entre ausentes se não houver comunicação instantânea.

Partindo de tal premissa, é possível a conversão da proposta entre presentes em proposta entre ausentes, como na hipótese de contrato de compra e venda internacional em que a proposta é feita por telefone, porém o país do contratante exige a forma escrita, que é posteriormente enviada pelo correio. Ainda, se a rápida consulta a terceiro não quebrar a imediatidade na comunicação, a proposta permanece entre presentes, o que não ocorre se o oblato pedir prazo maior para retornar ao proponente com a resposta, após a consulta a terceiro.

²² Cf. RICARDO LUIS LORENZETTI, *ob. cit.*, p. 276.

Referências Bibliográficas

- ARAI, Rubens Ideo. Formação dos Contratos. *Teoria geral dos contratos*. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni (coord.). São Paulo: Atlas, 2011, p. 432-464.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. A boa-fé na formação dos contratos, *in* NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria (org.). Doutrinas Essenciais (Responsabilidade Civil), vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 415-423 (originalmente publicado na Revista de Direito do Consumidor, RDC/3, jul-set 1992).
- BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.
- BESSONE, Mario. Trattato di Diritto Privato, Vol. XIII. Il contratto in generale, Tomo II. Torino, Giappichelli Editore, 2000.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.
- CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil interpretado (Direito das obrigações, arts. 1079-1121), Volume XV, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.
- CRISCUOLI, Giovanni. Il contratto: itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali, 2ª ed. Padova: CEDAM, 2002.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil. Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1952.
- GOMES, Orlando. Contratos, 8ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Rubinzal-Culzoni Editores: Santa Fe, 2004.
- MIRANDA, C. P. U., *Comentários ao Código Civil*, v. 5 (Org. AZEVEDO, A. J. DE). São Paulo, Saraiva, 2013.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação do contrato obrigatório – suas raízes romanas, *in* Revista da Faculdade de Direito USP, Vol. 93, 1998, p. 3-24.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do Direito Civil 3ª ed. atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de Droit Civil Français*, T. VI, 2ª ed., Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.
- ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil*, v. III, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 3. 3. Ed. Atlas: São Paulo. 2003.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela ruptura das negociações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.