**Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**
**Disciplina DCV5939-1 Fronteiras do Direito Contratual I**
**Docente Responsável Professor Doutor e Livre Docente Cristiano de Sousa Zanetti**

**Seminário IV - Formação do Contrato 16/05/2014**

**André Luiz Fonseca Fernandes – RA n. 7122350**
**Sílvia Helena P. G. Johonsom di Salvo – RA n. 8874174**
**Viviane Girardi – RA n. 7701915**

**Questão 10. Natureza jurídica da revogação da aceitação prevista no artigo 433 do Código Civil. Como se justifica a previsão de que a revogação conduz à inexistência da aceitação?**

Para se analisar a natureza jurídica da revogação é preciso atentar inicialmente que a revogação[1] em si é um fato produzido pela vontade humana que tem relevância para o direito. E para um fato (suporte fático) ingressar no mundo jurídico, isto é, ter relevância para o ordenamento, é preciso que sobre ele incida uma norma, o que equivale a dizer que fato jurídico é um fato do mundo juridicizado. E ainda: "são fatos jurídicos quaisquer fatos (suportes facticos) que entrem no mundo jurídico, portanto sem qualquer exclusão de fatos *contrários a direito. (...)".*[2]Os fatos jurídicos podem ser naturais ou voluntários. Os fatos jurídicos naturais são aqueles que prescindem na vontade humana na sua estrutura constitutiva, muito embora possam atingir a vontade humana, os interesses e os direitos subjetivos. Os fatos voluntários, por sua vez, derivam da manifestação da vontade, podem ser omissivos ou comissivos, e sua relevância para o direito dependerá da qualidade da conduta e intensidade da vontade, podendo, assim, frente ao ordenamento, serem classificados em fato lícito ou atos jurídicos (*lato sensu*) e atos ilícitos.

Em regra geral, o fato jurídico lícito é tratado no direito como sinônimo de ato jurídico (*lato sensu*). Portanto, o estudo da revogação da aceitação, trazida no artigo 433 do Código Civil brasileiro, implica, *prima facie*, em reconhecê-la como um fato jurídico lícito ou ato jurídico (*lato sensu*). Por sua vez, o fato jurídico lícito, ou ato jurídico (*lato sensu*), dotado do elemento volitivo em sua estrutura, é gênero que se divide em duas espécies: (i) negócio jurídico e (ii) ato jurídico não negocial, (ato jurídico *stricto sensu).*

Para o que aqui interessa, - que é a busca da definição da natureza jurídica do ato da revogação -, partindo da premissa de pertencer ela ao gênero fato jurídico lícito, necessário será verificar se ela se refere à espécie (i) o ato negocial ou (ii) ato não negocial - ato jurídico *stricto sensu.* O ato jurídico *stricto sensu* é aquele no qual a manifestação da vontade é dirigida para produção de efeitos previstos na norma e, portanto, não modificáveis pela vontade do agente. Já o negócio jurídico se caracteriza justamente pelo contrário, porque é a declaração de vontade dirigida à regulamentação dos interesses, ou seja, a vontade direcionada para a produção de efeitos desejado pelo agente e permitidos pela lei.[3] Afirma AMARAL que o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada (autonomia da vontade) e possui conteúdo normativo.[4] Tem-se pois, que tanto o ato jurídico *stricto sensu* (não negocial) quanto o negócio jurídico são atos de declaração de vontade que, no entanto, possuem estrutura, função e efeitos diversos. O ato jurídico *stricto sensu* tem tanto o seu conteúdo quanto seus efeitos previamente determinados *ex lege,* tendo a declaração de vontade o objetivo justamente de produzir esses

[1] Para fins da presente análise adotaremos o termo revogação posto na pergunta, assim como retratação tratado na norma do 433 do Código Civil como categorias que tem a finalidade de retirar a anterior vontade declarada sem se adentrar especificamente na diferença entre elas.
[2] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo II, atual.: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.
[3] TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA Heloísa Helena,Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Volume I, Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p. 201, 213 e 335.
[4] AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 2ª ed. Rio de Janeiro:Renovar, 1998, p. 352-353.

efeitos previstos; enquanto o negócio jurídico, ao contrário, por força da autonomia privada que está no cerne da sua estrutura, tem permitida a atuação das partes, *ex voluntate*, para a produção do conteúdo, assim como dos efeitos pretendidos, desde que nem esses nem aqueles sejam vetados por lei.[5] Os negócios jurídicos podem ser bilaterais e unilaterais. Podem ainda ser receptícios e não receptícios da vontade declarada.

A aceitação é manifestação de vontade direcionada, cujo efeito jurídico primordial é o de concluir o contrato[6]. A aceitação tem (i) base na autonomia privada, (ii) é manifestação de vontade receptícia, (iii) tem como objetivo gerar uma relação jurídica[7], possuindo portanto, natureza de negócio jurídico unilateral, recepctício de vontade. Na hipótese de o silêncio servir para a aceitação, a manifestação de vontade deixa de ser receptícia e aquela subsiste com natureza jurídica de negócio jurídico unilateral[8], pois a liberdade de aceitar ou recusar a proposta é ato que reflete claramente a autonomia privada.O mesmo ocorre com a revogação da aceitação, cuja finalidade é dar conhecimento ao proponente, por meio de subsequente declaração de vontade, da não formação da relação jurídica. Como negócio jurídico que são, tanto aceitação, quanto revogação devem passar pelo crivo da verificação dos elementos de existência, validade e eficácia, segundo defende a doutrina alemã, e parte da italiana e da brasileira. Ao contrário da doutrina francesa que entendem serem elementos verificáveis do negócio jurídico aqueles atinentes à existência e à validade.[9]

A aceitação da proposta faz concluir o contrato. É quando a declaração de vontade do oblato amalgama-se à declaração da vontade do proponente, fazendo surgir então, um terceiro negócio jurídico, agora bilateral, que é o contrato. O momento de encontro e conformação da vontade do policitante com a vontade do oblato pode se dar entre presentes - com a possibilidade imediata e simultânea de manifestação da vontade, ou entre ausentes -, situação que gera a necessidade de se saber qual será exatamente o momento em que o contrato estará formado, uma vez que a manifestação da vontade do oblato, a recepção e o efetivo conhecimento dela pelo proponente ocorrem em momentos temporais diversos e não simultâneos.

Para essas hipóteses de negócio jurídico entre ausentes, a lei brasileira adotou o momento da expedição da aceitação como aquele da conclusão do contrato. Assim, ainda que temporalmente a aceitação chegue depois ao policitante, será o momento da expedição dela que marcará a conclusão e, pois o nascimento do contrato. Sob esse enfoque e sob o crivo dos elementos do negócio jurídico, se pode afirmar que a aceitação existe e é válida desde a expedição pelo oblato, mas a eficácia dela fica condicionada ao momento em que for recepcionada pelo policitante. (artigo 428, II, III, IV, 430, 434 do CC).

Mas a mera transposição da teoria da expedição para o artigo 433 do Código Civil que trata da revogação da aceitação, traz alguns problemas porque ela não se conforma com a perspectiva, propriamente dita dos planos da existência, da validade e da eficácia do negócio jurídico. Diz o artigo 433 do Código Civil que "Considera-se inexistente a aceitação, se antes ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante."[10] No enfoque do artigo é essencial para a eficácia da revogação que a aceitação ainda não tenha sido recepcionada pelo policitante. Por isso se poderia dizer que a retratação é negócio jurídico cuja eficácia ficaria condicionada a essa

---

[5] AMARAL,Francisco. *Op. cit.* p, 324.

[6] ASSIS, Araken. ANDRADE, Ronaldo Alves de. Alves, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Direito das Obrigações. vol. 5 [Coor] ALVIM, Arruda, ALVIM Tereza, Rio de janeiro:Forense, 2008, p. 197.

[7] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo:Saraiva,4ª ed. 2002, p.17.

[8] Araken de Assis. *Op.cit.*, p. 198.

[9] "A doutrina alemã, em sua generalidade, e, na sua esteira, muitos juristas italiano e alguns brasileiros e de outras nacionalidades vêm, há muito tempo, falando em negócios inexistentes, negócios inválidos e negócios ineficazes, procurando caracterizar como não sinônimas essas expressões; todavia, não se tem conseguido fixar, com precisão, em que cada situação, em que cada situação se distingue da outra. Talvez por causa dessa dificuldade, a doutrina francesa, em sua quase-totalidade, e a maior parte dos autores de outras nacionalidades somente se refiram a negócios inexistentes e a negócios inválidos, ignorando os ineficazes (...)".(AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op.cit.* p.25).

[10] Nota-se a falta de uniformidade de categorias do código para tratar desse tema porque a proposta e aceitação podem ser retratadas (art. 428, IV, art. 433 CC), a oferta o público revogada (art.429 § único CC).

circunstância exterior imposta pela lei.[11] E, por outro lado, se poderia afirmar que a revogação anterior ou simultânea a recepção pelo aceitante retiraria a eficácia da aceitação, impedindo, assim, a conclusão do contrato. Mantendo-se, deste modo, a aceitação como negócio jurídico existente e válido, porém ineficaz em virtude da posterior retratação da vontade pelo oblato. Nessa hipótese o contrato não estaria formado, ainda que expedida a aceitação, porque os efeitos da aceitação, ainda que existente e válida, somente poderiam ser verificados a partir da recepção pelo policitante (eficácia).

Mas isso não resolve o problema, porque o artigo fala que a retratação, nessa hipótese, implica em *inexistência* da aceitação, o que equivale a dizer *inexistência do negócio jurídico*, que, *existiu validamente*, tendo somente o potencial, que é o de concluir o contrato, - segundo a teoria da expedição -, contido até o recebimento pelo proponente. Há manifestação de vontade receptícia de aceitação que é retirada, retratada como diz a lei, ou revogada como trata a doutrina, antes que dela tenha conhecimento o policitante.[12]

Por isso, e também em virtude do que determina o artigo 434, I do Código Civil, para a hipótese de retratação da aceitação, nosso Legislador optou pelo critério de formação do contrato segundo a teoria da recepção, flexibilizando e mitigando a teoria da expedição. Portanto, para as hipóteses de retratação/revogação da aceitação o critério de formação do contrato a ser adotado não é o da expedição da aceitaçao, mas sim o da recepção desta pelo policitante. A verificação da existência, da validade e da eficácia do negócio jurídico, via de regra, vai se dar em momento único quando da recepção da aceitação da proposta pelo proponente. Antes disso a aceitação existe como mero fato do mundo mas não como fato jurídico: negócio jurídico apto a produzir efeitos.[13]. Também se pode afirmar que a manifestação da vontade expressa na revogação é essencialmente contrária àquela da aceitação de modo que nulificam-se e destroem-se simultaneamente.

**Síntese conclusiva.**

A retratação da aceitação prevista no artigo 433 do Código Civil possui natureza de negócio jurídico unilateral receptício de vontade. A retratação (ou revogação) torna inexistente a anterior aceitação porque para a hipótese do artigo 433 do Código Civil, o Legislador optou pela adoção da teoria da recepção na formação do contrato. Por isso, e considerando o termo da lei que declara a inexistencia da aceitação na hipótese de ela vir a ser retratada, antes de ela chegar ao policitante, se poderia dizer que a aceitação consistiria em mero fato da vida que não tem a característica de fato jurídico (fato agasalhado por norma jurídica). E, por sua vez, a retratação ao chegar ao policitante antes ou simultaneamente à aceitação, impede a constituição da relação jurídica que aquela visava a formar, extinguido a vontade antes declarada, de a impossibilitar a conclusão do contrato. É, no dizer da doutrina: a retirada da anterior declaração de vontade de aceitar a proposta, de modo que nao ocorrem as junções de vontade do policitante com a do oblato, impedindo a formação do contrato.

**Questão 11: Momento de aperfeiçoamento do contrato entre ausentes. Interpretação do art. 434. Os contratos eletrônicos estão sujeitos a disciplina especial? Exame do Enunciado 173 do Centro de Estudos Judiciários.**

O *contrato entre ausentes* consiste, em nossa opinião, no contrato cuja nota principal reside no fato de que os contatos entre proponente e oblato não são imediatos, havendo

[11] A lei não proíbe que ele, [aceitante], neste caso, volte atrás com a "palavra dada", mas sujeita a retratação a uma condição: a de que ela chegue ao proponente *antes* da declaração ou *simultaneamente* com ela.

[12] " Fala-se aqui em ineficácia ou revogação da aceitação, mas a lei qualifica a aceitação de inexistente que, no plano das categorias de ineficácia (*lato sensu*), precede a invalidade e a ineficácia (*stricto sensu*)." E também " um ato é ineficaz quando a lei o priva de efeitos, mas para isso tem que ser existente e válido. Assim, um negócio jurídico sujeito a uma condição suspensiva ou resolutiva; existente e válido, é privado de efeitos, no primeiro caso, até a verificação do evento condicionante e, no segundo, após a ocorrência dele. Por outro lado, só pode falar-se em revogação da aceitação, quando se entenda que esta, válida e eficaz, deixou de ser porque foi posteriormente revogada". (MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil. Dos contratos em geral*. vol.5. [Coor.] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo:Saraiva, 2013, p. 180 e 180-181).

[13] MIRANDA, Custódio. O*p.cit*. p. 181).

espaçamento entre proposta e aceitação[14]; em suma, havendo manifestações não concomitantes, em momentos sucessivos, de proponente e oblato[15].

A falta de contato imediato entre as partes nos *contratos entre ausentes* provoca dúvidas sobre o exato momento da formação do contrato. Tais dúvidas geralmente são abordadas pelo Legislador, seja no Brasil, seja em outros países. As teorias mais em voga nas diversas legislações para a fixação deste momento são as teorias da expedição, da recepção e da cognição. Qualquer delas parte do princípio de que não basta que uma proposta seja aceita. É necessário que a aceitação chegue ao destinatário, podendo contentar-se com o momento em que ela é expedida (teoria da expedição) ou, para garantir-se a certeza e a segurança, exigir-se como decisivo o momento em que ela é recebida (teoria da recepção), ou, ainda, em que seja conhecida do destinatário (teoria da cognição ou da informação)[16].

Nenhuma das teorias acima é imune a críticas. À teoria da expedição, objeta-se com a incerteza que atinge a outra parte: se a aceitação não chegar no prazo fixado ou no interregno suficiente à deliberação do destinatário (em razão do extravio da carta, por exemplo), o proponente somente conhecerá a posição do destinatário consultando-o novamente. À teoria da recepção, objeta-se que (i) a perfeição do contrato se subordina a um evento físico (chegada da resposta), que pode ser ignorado pelo proponente ou pelo remetente e pode não se verificar por fatos alheios à vontade de ambos (extravio) e que (ii) a resposta do destinatário pode conter recusa à proposta. Quanto à teoria da cognição, objeta-se que ficaria ao arbítrio do proponente procrastinar o momento no qual o contrato se forma se este, por exemplo, arrependido da proposta realizada, deixasse de abrir a carta que contém a resposta do destinatário[17].

Em nossa opinião, o art. 434[18] do Código Civil adotou a teoria da expedição *mitigada*[19]. Acolheu ele orientação já sufragada pelo art. 127[20] do Código Comercial e pelo art. 1.086[21] do Código Civil de 1916[22]. Pode-se dizer, assim, que a expedição da aceitação leva a concluir-se o *contrato entre ausentes* (sem esquecer que esta norma constitui regra supletiva da vontade das partes; estas podem dispor diferentemente, segundo as suas conveniências[23]). Entretanto, há exceções, que implicam a mitigação da teoria da expedição.

De fato, há exceções à teoria da expedição nos incisos do art. 434 do Código Civil. A primeira exceção (inciso I) já foi discutida; reside ela no art. 433 do Código Civil (chegada da

---

[14] ASSIS, Araken de, *Op. cit.*, p. 224-225. Esclareça-se que, nos contratos entre presentes, a imediata aceitação (art. 428, I, do Código Civil) cruza as vontades e forma o consenso dos interessados.

[15] PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência* (comentários de Nelson ROSENVALD ao art. 434 do Código Civil), 3ª ed., rev. e atual., Barueri: Manole, 2009, p. 472.

[16] MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: Dos Contratos em Geral (Arts. 421 a 480)*, v. 5, AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133. Para uma análise mais ampla, cf. ASSIS, Araken de, ANDRADE, Ronaldo Alves de e ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Op. cit.*, pp. 224 a 231.

[17] Sobre todas estas críticas, cf. Araken de Assis. *Op. cit*., p. 230-231.

[18] "Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I - no caso do artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado."

[19] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v. III, 18ª ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 43/44 e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 568. Há quem sustente que teria sido adotada a teoria da recepção. Cf. ASSIS, Araken de, ANDRADE, Ronaldo Alves de e ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Op. cit*., pp. 221 a 235.

[20] "Os contratos tratados por correspondência epistolar reputam-se concluídos e obrigatórios desde que o que recebe a proposição expede a carta de resposta, aceitando o contrato proposto sem condição nem reserva; até este ponto é livre retratar a proposta; salvo se o que a fez se houver comprometido a esperar a resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado."

[21] "Os contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: (...)" Os três incisos que se seguem são idênticos àqueles do art. 434 do atual Código. Quanto ao *caput*, o Código atual substituiu a expressão "contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica" contida no Código de 1916 pela expressão "entre ausentes".

[22] Cf. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, v. IV, 6ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, pp. 245/246. É importante notar que, ao cuidar do consentimento nos contratos em geral, o Esbôço de Teixeira de Freitas dispunha de forma distinta no que concerne aos contratos ajustados por correspondência epistolar: "Art. 1841. Se forem ajustados por correspondência epistolar, não se reputarão concluídos sem que a carta de aceitação tenha sido recebida pela outra parte". TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esbôço do Código Civil*, v. III, Brasília, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 635.

[23] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit*., p. 44 e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 568.

retratação à esfera jurídica do proponente antes ou com a aceitação expedida pelo oblato), no qual entendemos ter sido adotada a teoria da recepção[24].

A segunda exceção (inciso II) respeita a autonomia da vontade do proponente, se este preferir se comprometer a esperar a resposta do oblato. Trata-se de hipótese de proposta sem prazo entre ausentes. Parte da doutrina entende que há aí adoção da teoria da cognição[25]; entendemos, contudo, que foi adotada a teoria da recepção[26]. Se o proponente se comprometeu a esperar a resposta - e se ele se desvinculará de sua proposta após o transcurso de prazo suficiente para que a resposta chegue ao seu conhecimento (art. 428, II do Código Civil) – então a hipótese de que se cuida implica a formação do contrato mediante a chegada da resposta, a recepção da aceitação pelo proponente.

A terceira exceção (inciso III) se ocupa de proposta com prazo entre ausentes e é mais controvertida; contém ela a hipótese de a aceitação não chegar no prazo convencionado, ou seja, de chegada tardia de resposta tempestiva (expedida no prazo convencionado). Parte da doutrina diz que este dispositivo é inútil e injustificável, pois, se há prazo estipulado para resposta, o contrato se considera formado desde que esta última foi expedida; se o prazo foi estabelecido para a chegada da resposta, a hipótese se confundiria com a segunda exceção que acima foi tratada[27]. Segundo entendemos, esta exceção constitui nova concessão à teoria da recepção[28]. Formulada a proposta com prazo entre ausentes, não obstante a expedição da aceitação no prazo fixado (inciso III do art. 428 do Código Civil), somente a chegada tempestiva desta última impede a desvinculação do proponente. A chegada intempestiva da aceitação expedida no prazo convencionado obriga o proponente a informar tal fato ao oblato, sob pena de responder por perdas e danos (art. 430 do Código Civil).

E há, ainda, exceção à teoria da expedição no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG[29]). Esta Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 538/2012 e está em vigor no Brasil desde 1º de abril de 2014. O art. 23 da CISG determina que um contrato de compra e venda internacional de mercadorias é concluído no momento em que a aceitação da proposta se torna eficaz; por sua vez, o art. 18 (2) da CISG determina que a aceitação da proposta se torna eficaz no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. Nota-se, à evidência, a adoção da teoria da recepção no âmbito desta Convenção[30], a disciplinar os contratos de compra e venda internacional de mercadorias por ela regidos[31] e a implicar, tendo em vista contratos entre *ausentes* de compra e venda internacional de mercadorias eventualmente submetidos às regras da CISG[32], o aperfeiçoamento do contrato apenas quando da chegada da aceitação ao proponente[33].

---

[24] Cf. ASSIS, Araken de, ANDRADE, Ronaldo Alves de e ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Op. cit*., p. 221.

[25] O raciocínio seria o seguinte: se o proponente se comprometeu a aguardar a aceitação, não quis submeter-se à situação de incerteza de saber se a aceitação foi ou não expedida a tempo. Tal incerteza também poderia ocorrer se o contrato se formasse quando a resposta chegasse ao proponente; o proponente poderia estar temporariamente ausente de seu endereço, não sabendo se a resposta chegou e se ela foi ou não afirmativa. Mas a incerteza seria afastada se o contrato se formasse no momento em que o proponente toma efetivo conhecimento da aceitação do destinatário. Cf. MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.*, p. 184-185.

[26] Cf. ASSIS, Araken de, *Op. cit*., pp. 232-233 e MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*, 2ª parte, v. 5, atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

[27] Esta crítica era feita à exceção de mesma redação contida no Código Civil de 1916 (art. 1.086, inciso III - cf. BEVILAQUA, Clovis. *Op. cit*., p. 246) e continua a ser feita em relação ao Código Civil de 2002 (cf. MONTEIRO, Washington de Barros *Op. cit*, p. 44).

[28] Araken de Assis. *Op. cit*., p. 233.

[29] *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

[30] VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias (Convención de Viena de 1980) in* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio. Acesso em 9.5.2014.

[31] A CISG tem caráter supletivo e não imperativo. Sua aplicação pode ser excluída pelas partes. Cf. PIGNATTA, Francisco A. *Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 6 in* www.cisg-brasil.net, março/2012.Acesso em 9.5.2014.

[32] Envolvendo, por exemplo, parte contratual que tenha estabelecimento no Brasil e parte contratual que tenha estabelecimento em outro Estado no qual a CISG tenha sido ratificada e desde que não esteja presente nenhuma hipótese de exceção à aplicabilidade da CISG.

[33] É interessante notar que o art. 18 (2) da CISG contém duas exceções que se assemelham àquelas previstas no art. 434 do Código Civil para as propostas com e sem prazo entre ausentes. Estas exceções indicam que a aceitação não produzirá efeito - e, assim, o contrato não será concluído - se a respectiva manifestação não chegar ao proponente

De toda a exposição decorrem evidente incerteza e insegurança na formação do *contrato entre ausentes*, sujeita a regra específica e a amplas exceções. Esta situação piora quando se tem em mente o chamado *contrato eletrônico*.

Entendemos por contratos eletrônicos aqueles nos quais a manifestação de vontade se dá por meios eletrônicos. Tais contratos envolvem duas ou mais partes, que se comunicam entre si com um ou mais equipamentos de informática, com transmissão de dados eletrônicos, traduzidos para linguagem compreensível. No âmbito da *internet* ou ciberespaço, a interatividade entre proponente e oblato (cada parte se utiliza de seu computador ou outro equipamento de informática de forma simultânea e concomitante) indica a formação do contrato entre presentes. Servem de exemplo os contratos celebrados em salas de *chat* e por meio de *webcam*. Quando o contrato se forma por meio de mensagens eletrônicas, muitas vezes os contatos entre proponente e oblato não são imediatos, havendo espaçamento entre proposta e aceitação. Ter-se-á então contrato entre ausentes, com fases nítidas de proposta e de aceitação[34].

Firmado um contrato eletrônico entre ausentes, entendemos que a ele seriam perfeitamente aplicáveis as regras e princípios contidos no Código Civil. Em geral, a expedição da aceitação por mensagem eletrônica – o envio do e-mail, por exemplo – levaria à conclusão do contrato entre ausentes[35] (sem esquecer que esta regra é supletiva da vontade das partes, que poderiam dispor diferentemente), devendo ser consideradas ainda as amplas exceções anteriormente mencionadas à teoria da expedição[36].

Contudo, parte da doutrina pensa de modo diferente. No âmbito da 3ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 173, segundo o qual: "Art. 434: A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente." O Enunciado do CEJ adota, portanto, a teoria da recepção nos contratos eletrônicos entre ausentes. Este entendimento teria por base a *Model Law on Electronic Commerce* da UNCITRAL. O art. 11 (1) desta lei modelo afirma que: "In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages". Em seguida, o art. 15[37] desta lei modelo adota a teoria da recepção, ao dispor que a mensagem de dados considera-se expedida quando do seu ingresso em um sistema de informação que se situe além do controle do emissor ou daquele que a enviou em nome deste[38].

O Enunciado do CEJ acima transcrito segue, ainda, tendência favorável à teoria da recepção revelada em diversos projetos internacionais de unificação de normas contratuais em curso. O art. 2.1.6 (2) dos Princípios UNIDROIT para os contratos de comércio internacional afirma, por exemplo, que: "An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror." E o art. II. - 4:205(1) do Draft Common Frame of Reference (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Outline Edition) aduz: "If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror." Tal tendência está materializada, inclusive, no Projeto de Lei nº 4906/2001, ora em trâmite na Câmara dos Deputados (oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 672/1999, de autoria do Sen. Lúcio Alcântara). O art. 22 deste Projeto de Lei tem redação semelhante àquela do art. 15 da *Model Law on Electronic Commerce* da UNCITRAL. Até o momento, tal Projeto de Lei não foi aprovado.

---

dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente.

[34] Cf. PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência* (comentários de Nelson ROSENVALD ao art. 434 do Código Civil). *Op. cit.*, p. 473.

[35] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 574 e PERRONI, Otávio Augusto Buzar. *O Contrato Eletrônico no Código Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007, p. 99.

[36] A exceção do inciso I do art. 434 do Código Civil seria de difícil aplicação, dado que na troca de mensagens eletrônicas, o dia, a hora e o minuto de cada e-mail são certificados precisamente. Seria necessário, por exemplo, que a aceitação fosse afetada por um *lag* (atraso ou demora no envio de informação eletrônica e, por conseguinte, de comunicação entre computadores) e que a retratação não o fosse.

[37] "(1) *Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the dispatch of a data message occurs when it enters an information system outside the control of the originator or of the person who sent the data message on behalf of the originator*."

[38] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, v. 3, 9ª ed., rev. atual. e amp., São Paulo: Método, 2014, p. 161.

Todavia, a mencionada tendência favorável à teoria da recepção não pode ter por efeito, em nossa opinião, o afastamento da aplicação do art. 434 do Código Civil. Isto é assim porque o Enunciado nº 173 do CEJ não encontra amparo em nenhum dispositivo legal contido no ordenamento brasileiro. Por este motivo, entendemos que a formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a expedição da aceitação pelo oblato.

**Síntese conclusiva:**

O art. 434 do Código Civil adotou a teoria da expedição, mitigada por amplas exceções (previstas em seus incisos e na CISG). Firmado um contrato eletrônico entre ausentes, a ele seria perfeitamente aplicável tal teoria e suas exceções, inexistindo disciplina legal específica que autorize a adoção da teoria da recepção. Entendemos, portanto, que o Enunciado nº 173 do CEJ não tem amparo legal e não pode afastar a aplicação do art. 434 do Código Civil.

**Questão 12: Ofertas cruzadas. Momento de formação do contrato, lugar da contratação e conteúdo do negócio. Aproveitamento das regras da CISG?**

A formação do contrato consensual depende da convergência e coincidência de duas ou mais manifestações de vontade, exaradas de duas ou mais partes; "o vínculo contratual nasce quando a proposta e a aceitação se integram"[39]. A integração de proposta e oferta *ex intervallo temporis*, mediante a manifestação sucessiva das vontades das partes, é considerada o modelo tradicional de formação contratual.

Todavia, admite-se a existência da declaração simultânea da vontade das partes, no que se estaria diante da figura das "ofertas cruzadas". As ofertas cruzadas caracterizam-se por um "contato instantâneo e recíproco"[40] das partes, que resulta num "acordo expresso no plural: A e B acordam"[41]. Diante dessa circunstância, é indistinto quem é o proponente e quem é o oblato.

Para a qualificação de oferta cruzada, as declarações de vontade devem ser necessariamente idênticas e acordes quanto ao conteúdo do negócio. Assim, se analisada a formação contratual por meio de ofertas cruzadas apenas pelo conteúdo do negócio, pode-se considerar o contrato como celebrado, uma vez que a "regra da total coincidência se aplica tanto aos elementos essenciais do negócio quanto para quaisquer cláusulas e condições necessárias."[42]

Por outro lado, a mera coincidência do conteúdo do negócio, veiculada pelas ofertas cruzadas, não pode ser considerada peremptoriamente elemento suficiente para que se repute aperfeiçoado o contrato.

Pontes de Miranda reconhece que "se A oferece a B a casa por um milhão de cruzeiros e, após ter posto no correio a carta, recebe de B oferta da mesma casa pelo mesmo preço, é preciso que A aceite a oferta de B, ou B aceite a oferta de A, para que se perfaça o contrato"[43], apenas havendo a presunção *iuris tantum* da conclusão instantânea do contrato, na circunstância das propostas serem ambíguas e as partes puderem supor que as propostas recebidas sejam aceitações recíprocas. Do mesmo modo, Araken de Assis posiciona-se no sentido de que "(...) não bastará a reciprocidade das vontades, emitidas em linhas paralelas que talvez nunca se entrecruzem. Se João oferece a Paulo um bem por determinado preço, e recebe a proposta de Paulo nas mesmas condições, o contrato somente se formará no momento em que um deles aceitar a proposta."[44]

Para a doutrina alemã[45], não encontram reunidas as condições de formação do vínculo contratual por meio das ofertas cruzadas (*Kreuzofferten*), a menos que haja aceno posterior sobre a concordância da celebração do contrato.

---

[39] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 68

[40] Araken de Assis, *Op. cit,*. p. 158.

[41] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral.* tomo II. (at. Ovídio Rocha Barros Sandoval). São Paulo: RT, 2012, §225, p. 508.

[42] Araken de Assis, *Op. cit*, p. 202.

[43] Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado: parte geral.* tomo II, §225, p. 508

[44] Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil*, p. 225.

[45] Cf. BREHM, Wolfgang. *Allgemeiner Teil des BGB.* 6. Aufl. Stuttgart, 2008; NEUMAYER, *Vertragsschluss durch Kreuzofferten?* Karl Heinz. Müller, 1964; RINKER, Mike. *Vertragsschluss im börslichen elektronischen Handelssystem*. ES. Berlin, 2003.

A *Cour de cassation* francesa possui relevante histórico jurisprudencial[46] atinente às ofertas cruzadas de compra e venda (*promesses unilatérales croisées de vente et d'achat*). Tem-se reconhecido que a existência da oferta cruzada é justamente determinada pelo conteúdo do negócio, posto que "les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elle sont stipulées dans les mêmes termes"[47].

Majoritariamente a jurisprudência da Corte tem conferido às ofertas cruzadas a natureza jurídica de contrato preliminar, pelo qual as partes se obrigam a concluir posteriormente negócio jurídico. Porém, há de se atentar para a existência de recente[48], – e criticada – jurisprudência da *Cour de cassation*, que entende que a existência de ofertas cruzadas de compra e venda não permite a execução forçada do contrato.

A indistinção do proponente, diante de ofertas cruzadas, no direito brasileiro, acende problemática quanto à determinação do lugar da contratação. O conhecimento do lugar de formação do contrato interessa para a determinação do foro competente e, no âmbito do Direito Internacional, para a determinação da lei que rege as obrigações contratuais.

No direito brasileiro, o contrato entre partes presentes é formado no local onde elas se encontram. Já o contrato entre ausentes, por outro lado, reputa-se constituído no local em que fora proposto (art. 435, Código Civil Brasileiro). Esta previsão é consoante ao § 2º do art. 9 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que reputa constituída a obrigação do contrato no local em que residir permanentemente o proponente. Logo, em face de presunção *iuris et de iure* sobre o local de celebração do contrato, sua determinação depende do conhecimento de quem seja o proponente.

Para fins de fixação do foro competente, no entanto, é possível reputar-se menor relevância ao lugar da contratação. Isto, pois, caso as partes não tenham escolhido o foro competente para solução de litígios, na circunstância de se exigir o adimplemento da obrigação, será competente o foro do local onde a obrigação há de ser cumprida, pela exegese do art. 100, IV, *"d"*, do Código de Processo Civil Brasileiro, da mesma forma que o foro competente é o do local da agência ou sucursal da pessoa jurídica, referente às obrigações que aquela haja contraído (alínea "b" do mesmo artigo). Ademais, não é de se olvidar a regra comum de competência prevista pelo art. 94 do CPC, que reputa ser competente o foro de domicílio do réu para ações fundadas em direito pessoal e, ou, direito real sobre bens móveis.

O problema se coloca relativo à lei material que rege o contrato, no âmbito do direito internacional privado. De acordo com o art. 9 da LINDB, a lei que disciplinará a obrigação é a lei do local de sua constituição (*locus regit actum*) e, como visto, reputa-se constituída a obrigação no local de residência do proponente. Contudo, sendo desconhecido o proponente, pela simultaneidade das declarações nas ofertas cruzadas, a determinação da lei aplicável careceria deste elemento essencial.

O problema, teórica e genericamente colocado, remete-nos à contemplação de uma aporia. Porém, é possível que a análise casuística forneça elementos outros, pelos quais seja possível chegar-se a uma solução, empregando-se algumas referências, que passamos a expor.

Passemos ao exame do aproveitamento das regras da CISG, com a importante ressalva, novamente, de ser aplicável apenas aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

Os artigos 14 a 24 da CISG tratam da formação dos contratos por ela regidos, tendo como referência o modelo tradicional de acordo entre as partes (a existência de uma proposta e aceitação). Contudo, por força do artigo 6 da Convenção, é possível a existência de contrato regido pela CISG, cujo *iter* contratual seja diverso do modelo tradicional de acordo; abrindo-se espaço, portanto, para o acordo formado por ofertas cruzadas.

O lugar de formação do contrato não é matéria regulada expressamente pela CISG, mas se podem tomar como base os princípios informadores da CISG, pela exegese do artigo 7(2). Assim, seria possível inferir que, na ausência de elementos claros como acordo anterior das partes ou subsunção perfeita da situação fática com as normas do direito interno que regem este

---

[46] Cf. Cass., Com., 16 janvier 1990, n° 88-16.265; 3ème Civ., 23 juin 1991, Bull. n° 39; 3ème Civ., 11 juin 1992, Bull., n° 206; Com., 22 novembre , 2005 n° 04-12.183 .

[47] Cass., Com., 22 novembre. 2005, n° 04-12.183.

[48] Cf. Cass., Com. 13 sept. 2011, n° 10-19.526; Com. 14 janvier 2014, n° 12.29.071.

conteúdo, o contrato tem-se por concluído no lugar onde a declaração que o aperfeiçoa chegou ao seu destinatário, ou ainda no local em que houve a aceitação, nos termos do artigo 18(3)[49].

Duas hipóteses[50] são possíveis de serem delineadas, no que tange à formação do contrato por meio de ofertas cruzadas. A primeira delas considera que as ofertas cruzadas são resultado de um contato prévio entre as partes, pelo qual definiram os pontos mais importantes do contrato. Assim sendo, as declarações instantâneas são idênticas e vinculantes, formando o acordo que constitui o momento de formação do contrato. Na segunda hipótese, as propostas foram emitidas, lado a lado, de forma contemporânea e de conteúdo idêntico, sem que tenha havido contato prévio entre as partes. Neste caso, seria necessário que uma das partes aceitasse a proposta feita pela outra para que se aperfeiçoe o contrato.

Estes elementos, portanto, podem ser utilizados para a aferição casuística do local do contrato, que, por consequência, na falta de estipulação entre as partes quando da redação final dos seus termos de acordo, leva ao conhecimento da lei que regerá o contrato, se o critério for *locus regit actum*.

**Síntese conclusiva:**

A formação do contrato por meio de ofertas cruzadas implica na fuga ao modelo tradicional da expedição sucessiva de proposta e aceitação. Com isso, os paradigmas do direito pátrio, no tocante ao conteúdo, momento e lugar de formação do contrato não servem como referência única.

Conclui-se que, independentemente da existência de declarações simultâneas, o conteúdo determinante do negócio jurídico deve ser coincidente em todos os seus aspectos essenciais. Porém, há de se reconhecer que a coincidência das declarações simultâneas pode pender de novo aceno das partes, *.i.e.* reconhecendo natureza de contrato preliminar, conforme jurisprudência francesa.

No tocante ao lugar do contrato, tendo como consequência o foro competente, pode-se afirmar que deixa de ter relevância, consideradas as normas do direito processual brasileiro. Por outro lado, para determinação da lei aplicável ao contrato, em se tratando de contrato internacional formado por ofertas cruzadas, a problemática resiste no elemento de conexão reconhecido pelo direito brasileiro de *locus regit actum*.

É possível, no entanto, vislumbrar-se a aplicação sistêmica das regras da CISG para solução da problemática, no que tange aos contratos internacionais de compra e venda, em face da aquiescência da Convenção com outros métodos de formação contratual, que não o tradicional.

Por fim, reconhece-se a necessidade do trato casuístico da matéria, uma vez que a adoção de outros parâmetros, que não a proposta e aceitação no encadeamento sucessivo, para solução da problemática dependerá da análise da intenção das partes e do valor que deram a determinado ato, para atingir o acordo de vontades.

---

[49] "Se, todavia, sem decorrência da proposta ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior."

[50] Cf. SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, Ingeborg Schwenzer (ed.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3rd ed., Oxford 2010. Art. 18 § 20.

## BIBLIOGRAFIA


AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. *Introdução*. 2ª ed. aum., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ASSIS, Araken, ANDRADE, Ronaldo Alves de, Alves e Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Direito das Obrigações. vol. V (Coord.) ALVIM, Arruda, e ALVIM, Tereza, Rio de janeiro: Forense, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 3a. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, v. IV, 6ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943.

BREHM, Wolfgang. *Allgemeiner Teil des BGB.* 6. Aufl. Stuttgart, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil*. *Dos contratos em geral*. vol.5. [Coor.] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*, 2ª parte, v. 5, atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

NEUMAYER, Karl Heinz. *Vertragsschluss durch Kreuzofferten?* Müller, 1964.

PACIELLO, Gaetano. *A Conclusão do Contrato*. *Revista dos Tribunais*. v. 67, n. 509, p. 35–40, mar., 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Privado*. *Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.* Volume I, 25ª ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*, v. III, 18ª ed., rev. e atual. por Caitlin Mulholland, Rio de Janeiro: Forense, 2014

PERRONI, Otávio Augusto Buzar. *O Contrato Eletrônico no Código Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

PIGNATTA, Francisco A. *Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 6 in* www.cisg-brasil.net, março/2012.Acesso em 9.5.2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. *Parte Geral. Pessoas Físicas e Jurídicas*, atual. Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesa Ferreira da Silva, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____.*Tratado de Direito Privado*. *Parte Geral. Bens e Fatos Jurídicos*. Tomo II, atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____.*Tratado de Direito Privado*. *Parte Geral. Negócios Jurídicos.* Tomo III, atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. *Parte Especial. Direito das Obrigações. Negócios Jurídicos Unilaterais*, Tomo XXXI, atual. por Gustavo Tepedino: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

RINKER, Mike. *Vertragsschluss im börslichen elektronischen Handelssystem.* ES. Berlin, 2003.

SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, Ingeborg Schwenzer (ed.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd ed., Oxford 2010

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, v. 3, 9ª ed., rev. atual. e amp., São Paulo: Método, 2014, p. 161.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esbôço do Código Civil*, v. III, Brasília, Serviço de Documentação

do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA Heloísa Helena, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Volume I, II e III, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 11, n. 44, p. 19–30, out./dez., 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, Iacyr de Aguilar. *A formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias: Principais Aspectos*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 37, p. 47-64, 2013.

VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancias (Convención de Viena de 1980) in* http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio. Acesso em 9.5.2014.