

No caso da oferta pública, por exemplo, mesmo que não houvesse a norma do artigo 429, *caput*, a segurança jurídica dos agentes do mercado somente poderia ser alcançada pela adoção da solução ali presente, qual seja, a da existência de uma proposta efetiva, que somente pode ser revogada quando a retratação vier a ser feita pela mesma via adotada na proposta e desde que nesta houvesse sido prevista ressalva expressa em tal sentido.

A modalidade de oferta pública na grande maioria dos casos implicará a caracterização de uma relação de consumo, sendo regida, portanto, pelo CDC, especialmente os artigos 30 a 35. Na medida em que alguém tenha dela tomado conhecimento da oferta pública e feche o contrato correspondente sem revestir-se da condição de consumidor (CDC, artigos 2º, *caput* e *parágrafo único*), neste caso será aplicável a regra do NCC sob exame. Ou seja, o CDC tem aplicação especializada por exclusão da regra geral.

De acordo com Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, o pensamento clássico (século XIX) a respeito do tema em foco se expressava segundo diversos princípios<sup>30</sup>:

- a) a aceitação da promessa poderia caracterizar-se mesmo que não tivesse havido sua recepção;
- b) em sentido contrário, a promessa e a sua confirmação, destinadas a operar em virtude da ligação estabelecida por aquelas, teria lugar tão-somente a partir da cognição;
- c) quando a promessa ou sua confirmação viesse a ser considerada auto vinculante como efeito da simples expressão, isto corresponderia ao princípio segundo o qual a vontade humana apresentaria eficácia em tal sentido;
- d) a irrevogabilidade da proposta e a conclusão do contrato poderiam dar-se em momentos distintos;
- e) não se via a necessidade de se considerar cogentes todas as normas sobre a conclusão do contrato, tendo em conta que qual-

30 SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., pp. 151 e 152.

quer das partes poderia, em princípio, subordinar a eficácia da própria declaração a requisitos peculiares, de forma a reforçar a sua própria tutela; e

f) o defeito de um requisito da recepção ou do conhecimento, colocado em favor do interesse de uma determinada parte, poderia operar de pleno direito, tendo em conta a exigência de certeza das relações jurídicas; mas nada impediria ao legislador estabelecer, em tais casos, que a declaração não fosse inexistente, exceto quando de sua nulidade relativa, anulabilidade ou nulidade.

#### 5.9. OS SISTEMAS DE FORMAÇÃO DO CONTRATO E AS DECLARAÇÕES DE VONTADE CORRESPONDENTES. CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE A PROPOSTA E A ACEITAÇÃO. SUA NATUREZA JURÍDICA. A CRISE DO SISTEMA CLÁSSICO E OS MODELOS ALTERNATIVOS DE FORMAÇÃO CONTRATUAL

Segundo Vincenzo Roppo, existem diversos esquemas normativos definidores da conclusão do contrato, em função dos elementos relevantes adotados pelo legislador. No direito italiano o sistema geral está resguardado nos artigos 1.326 e 1.335 do CCIt, entre outros, baseado na existência de uma proposta e da aceitação correspondente, bem como nas hipóteses de presunção do conhecimento de uma e outra<sup>31</sup>. O direito brasileiro adota o mesmo critério nos artigos 427 e seguintes.

Do ponto de vista da natureza jurídica, a doutrina se divide quanto à proposta e à aceitação (atos negociais de um lado e pré negociais de outro). Para Vincenzo Roppo no mesmo trecho citado, trata-se de atos negociais, enquanto inerentes a declarações de vontade destinadas a criar um contrato. A proposta e a aceitação individualmente caracterizam-se como atos unilaterais, que

31 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., pp. 97-100.

produzirão efeitos de vinculação das partes na conclusão do contrato segundo as hipóteses determinadas pela lei.

A partir do momento em que alguém deseja obrigar-se contratualmente e para tanto faz uma proposta, seguem-se alguns momentos relativos à receptividade da vontade das pessoas envolvidas, que chegarão ou não a serem partes de um contrato: (i) manifestação ou expedição da proposta; (ii) chegada ao endereço do destinatário; (iii) conhecimento por parte do destinatário; (iv) aceitação; (v) envio da aceitação; (vi) recebimento da aceitação; e (vi) conhecimento da aceitação.

No processo em pauta, a doutrina anota a existência de alguns sistemas que o legislador adota para o fim de entender estar concluído um contrato, do qual decorrem os direitos e obrigações correspondentes, abaixo relacionados<sup>32</sup>. Observe-se que não há unicidade de sistemas, ora fazendo o legislador recurso a um deles, ora a outro, conforme a melhor solução jurídica para determinada declaração contratual.

Deve-se ter em vista, para o estudo de tais sistemas, que os contratos podem ser celebrados entre pessoas presentes e pessoas ausentes, verbalmente ou por escrito.

Por *peças presentes*, além do caso em que uma se encontra diretamente diante da outra, o NCC inclui aquelas que contratam por telefone ou por meio de comunicação semelhante (artigo 428, II). Os modernos meios de comunicação levam a considerar como presentes as pessoas que se comunicam por meio da Internet nas modalidades "on line", ou seja, em tempo real, com ou sem imagem uma da outra.

De outro lado, como *escrito*, além da forma tradicional em papel, também pode ser considerada a transmissão de uma mensagem em tela de computador, não impressa, à qual se dá resposta

32 Vide, a propósito, Orlando Gomes (*Contratos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. pp. 70 e 71).

pela mesma maneira, tal como ocorre na utilização de correspondência eletrônica ("e-mails").

De maneira bastante simples verificamos que o ponto principal em questão neste momento consiste em saber, afinal de contas, de que maneira as declarações contratuais obrigam.

Como se disse acima, ao legislador apresentam-se em tese, algumas soluções para a questão aqui mencionada, adotando, segundo sua visão uma das teorias desenvolvidas na história do direito contratual: emissão, expedição, recepção ou conhecimento. A orientação a ser adotada depende de qual interesse o legislador entende ser juridicamente preferível privilegiar na tutela a ser estabelecida.

De acordo com Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, as opções do legislador são condicionadas pela função da aceitação na formação do contrato<sup>33</sup> a qual, acrescentaríamos nós, teria um papel *natural*.

Vejamos as possibilidades em causa e suas implicações.

- a. Se o legislador desejasse proteger o proponente, adotaria a regra da *cognição*. Assim o proponente estaria plenamente informado de ter havido a conclusão do contrato quando do conhecimento da aceitação da proposta. Enquanto isto, em relação ao aceitante, este tendo expressado sua declaração, não teria modo de saber com certeza se esta teria chegado à sua contraparte e que dela tivesse tomado conhecimento.
- b. Caso o legislador desejasse equiparar a simples recepção ao conhecimento da proposta, a proteção do proponente passaria a ser um pouco atenuada porque este teria conhecimento da conclusão do contrato apenas quando do conhecimento, por sua vez, de todas as declarações a ele endereçadas.

Na verdade, conforme bem observam Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, a conclusão do contrato se dá no plano da

33 SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., pp. 142-145.

consciência do aceitante e não simplesmente pela chegada da declaração correspondente ao endereço do destinatário. A opção do legislador pela *teoria da recepção* se dá pela facilidade de se fazer a prova correspondente, o que se tornaria extremamente problemático em relação ao momento em que o aceitante tivesse conscientemente resolvido celebrar o contrato<sup>34</sup>.

- c. Se a situação fosse a da proteção do oblato, estabeleceria o legislador que o contrato estaria aperfeiçoado com a simples manifestação ou com a expedição da declaração e assim o conhecimento certo quanto a ter havido a conclusão do contrato estaria nas mãos do aceitante.
- d. De outro lado, caso o legislador tivesse acolhido a noção de que a força obrigatória do contrato dependesse da vontade interior dos contratantes e que suas declarações serviriam apenas como prova da mencionada vontade, poderia ser considerado suficiente para a existência do contrato a simples expressão das partes; ou poderia exigir, ainda, como prova da seriedade da intenção, que houvesse a remessa da declaração à contraparte, ou, alternativamente, o início da execução.
- e. Poderia o legislador, ainda, exigir que além da existência da prova de uma vontade séria, fosse a declaração recebida pelo destinatário. Isto significa que ele teria atribuído à declaração uma função ulterior de confiança fixando uma estrutura intersubjetiva e afastando os sistemas da manifestação e da expedição. Deste ponto de vista, uma declaração não recebida representaria uma tentativa de proposta ou de aceitação ineficaz.
- f. Por último, em uma variação do esquema anterior, juntamente com a prova do recebimento da declara-

ção pelo destinatário, o legislador poderia exigir a prova do seu conhecimento. Do lado do proponente, a exigência no sentido de saber que o destinatário recebeu a proposta e dela tomou conhecimento seria prova impossível às vezes. Enquanto isto, para o oblato que tivesse aceitado a proposta sem alteração e remetido ao proponente a manifestação correspondente, também se tornaria problemático que pudesse provar conjuntamente o seu recebimento e conhecimento pelo destinatário (o proponente).

Passemos de uma forma mais organizada e esquemática ao estudo dos sistemas de formação do contrato, aplicando as noções anteriores.

#### a) Sistema da Cognição ou da Informação

Sua aplicação dá-se nos contratos entre ausentes, tratando-se da utilização de correspondência epistolar, telegráfica ou equivalente, formando-se o contrato no momento em que o proponente tem efetivo conhecimento da aceitação de sua proposta.

Neste caso trata-se de uma proposta expedida pelo proponente, recebida pelo oblato que a aceita, havendo este remetido o documento de aceitação ao proponente, o qual, ao fazer sua leitura, torna o contrato concluído.

Este sistema é adotado pelo NCC no artigo 428, IV, em relação ao conhecimento pelo aceitante da retratação de proposta que lhe tenha sido feita desde, que tal retratação tenha chegado ao conhecimento daquele, antes de sua aceitação, ou simultaneamente a ela.

O aspecto positivo de tal sistema está no fato de que o contrato somente se aperfeiçoa quando proponente toma conhecimento da aceitação, feita sem adições, restrições modificações da proposta (o que, a teor do artigo 431, implica em nova proposta).

b) Sistema da agnação ou declaração. A teoria preceptiva e a das relações contratuais de fato

34 SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., t. 1, p. 144.

Segundo esta teoria, na formação do contrato é importante não apenas a *efetiva vontade individual* (tal como se forma na esfera psíquica do sujeito), mas também a sua *projeção social externa*, especialmente a maneira pela qual a vontade manifestada contratualmente por alguém é percebida pela contraparte, tomada em seu aspecto objetivo<sup>35</sup>.

A teoria da declaração está fundada no valor da *confiança* ("affidamento"). O destinatário de uma declaração contratual a percebe segundo o seu *significado socialmente típico*, o qual gera a confiança. Neste sentido, o oblato organiza sua própria posição, iniciativa e expectativa em função de uma proposta estável, fornecida por aquele mesmo significado. Sob este aspecto não se pode dizer que o contrato possa ser considerado inválido se o significado objetivo da declaração vier a ser contraposto aos aspectos psíquicos do declarante. Portanto, não se pode invalidar o contrato a partir de uma declaração contratual cujo autor não aparenta ser incapaz, nem ter sido levado a erro. Se esta solução pode ser considerada severa, ela não se caracteriza como injusta, pois está fundada no princípio da responsabilidade, segundo o qual o declarante assume o risco da relação de confiança ("affidamento") criada por sua declaração<sup>36</sup>.

Mesmo considerando a moderna disciplina do contrato, da qual se exige a tutela do "afidamento", não é eliminado o valor da vontade como fundamento daquele instituto. Este fato se verifica quando se considera que a teoria da declaração sempre deixa um amplo espaço à possibilidade de nulidade ou anulação de contratos firmados na presença de problemas ocorridos na esfera volitiva de uma das partes.

Na linha das concepções objetivas do contrato denota-se, ainda, a chamada *teoria preceptiva* (relativa a *preceito* ou *norma*),

35 Cf. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., pp. 38 e 39.

36 Cf. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., pp. 38 e 39.

segundo a qual a essência do contrato não se encontra no fenômeno psicológico da vontade concordante das partes, mas, isto sim, no *fenômeno social* (antes mesmo de ser jurídico) da *auto-regulamentação dos interesses pelas partes*. A crítica que se faz a esta concepção está na observação de que se não houver o acordo de vontades, o contrato não subsiste<sup>37</sup>.

Finalmente, a teoria objetiva agasalha ainda uma idéia extremada e inverídica, no sentido de que relações contratuais poderiam ser estabelecidas entre duas partes mesmo na ausência da manifestação válida de uma vontade contratual como resultado de um *contrato social* entre elas estabelecido. Tal contrato se originaria de duas fontes: (i) os *negócios de atuação*; e o (ii) *contrato nulo executado*.

O primeiro caso corresponde aos contratos nos quais o sujeito interessado se apropria diretamente da prestação devida pela outra parte. Este tipo de contrato estaria presente nos negócios da compra de bens em massa, tal como acontece quando o comprador pega um produto da prateleira do supermercado e o apresenta no caixa para pagar o seu valor. Mas não se pode olvidar que a vontade esteja presente em tais circunstâncias: o ofertante manifesta a sua vontade de vender ao disponibilizar os produtos nas prateleiras; de seu lado, o oblato manifesta a vontade de comprar ao pegá-los e dirigir-se ao caixa.

No tocante ao contrato nulo que vem a ser executado (no qual não estaria presente, portanto, uma vontade válida e eficaz), o legislador não lhe impõe caráter definitivo, considerando que a parte que o adimpliu, julgando-se prejudicada, pleiteie a nulidade do contrato e requeira a repetição do indébito ou a indenização equivalente (NCC, artigo 182).

Sob outro aspecto, o sistema da declaração ou da agnição se subdivide em três teorias, conforme se segue:

37 Cf. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 40.

### b.1) Declaração propriamente dita ou simples aceitação

Neste caso, o contrato é considerado como concluído no momento em que o oblato declara a vontade de aceitar a proposta. Desta forma, surgem os direitos e obrigações inerentes ao acordo independentemente da expedição do documento de aceitação e/ou de sua chegada às mãos do proponente e, muito menos de que este tomasse conhecimento daquele ato.

No entanto, diversos problemas ficam claramente demonstrados na adoção da teoria da declaração: (i) somente o aceitante teria pleno controle sobre o momento em que o contrato estaria formado, mesmo que dele resultassem naturalmente as obrigações e os direitos correspondentes em relação ao proponente; (ii) o aceitante poderia retratar-se de forma unilateral e arbitrária a qualquer momento antes que o proponente tomasse conhecimento da aceitação; (iii) o aceitante poderia inopinadamente exigir a prestação do proponente alegando a conclusão do contrato, não dando a este tempo de preparar-se para cumpri-la; etc.

Esta teoria foi parcialmente adotada e com inversão do sinal pelo NCC no artigo 432, onde se estabeleceu que, sendo o negócio daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, caso não chegue a tempo a recusa.

Conforme se verifica, a regra em causa passou a operar contra o aceitante, devendo verificar-se no caso concreto se o negócio é daqueles nos quais não exista um costume no sentido da aceitação expressa ou o proponente a tiver dispensado. Neste último caso, para o efeito de não se dar a conclusão do contrato, criou o legislador o ônus para o aceitante de recusar expressamente a proposta.

### b.2) Expedição

Segundo esta doutrina, o contrato é tido como formado no momento em que a aceitação é enviada. Pontos positivos e negativos se apresentam.

O aspecto favorável está no fato de que o aceitante perde o controle sobre seu ato, não podendo desfazê-lo a seu bel prazer, como se dá no caso da aceitação pura e simples. Para o fim de conseguir eficácia em sua retratação, deve o aceitante conseguir fazer com que o documento por meio do qual exterioriza seu arrependimento chegue ao conhecimento do proponente antes ou ao mesmo tempo da aceitação (NCC, artigo 433). Na verdade, neste dispositivo o legislador determina que a aceitação deva ser considerada *inexistente*.

Do ponto de vista negativo verificam-se problemas com o extravio ou atraso da chegada da aceitação às mãos do proponente. Na primeira hipótese, embora concluído o contrato, jamais deste fato o proponente terá conhecimento, a não ser que o aceitante envie uma segunda via da aceitação. Neste caso pergunta-se, qual o momento da conclusão do contrato, o da remessa da aceitação original, ou da sua confirmação? A nosso ver melhor solução estaria no reconhecimento da eficácia da segunda remessa da aceitação, uma vez frustrada a primeira.

A expedição (ou *endereçamento*) mostra-se como a fase preparatória da recepção. A necessidade do endereçamento na qualidade de elemento necessário ao aperfeiçoamento das declarações contratuais está fundada em uma razão jurídica, qual seja, a de que uma declaração solitária (um solilóquio, portanto, sem a existência de outra parte) ou feita a um *estranho* não valeria como declaração contratual mesmo que a contraparte dela tenha tomado conhecimento de forma casual. Evidentemente na mesma situação de *não-proposta* encontra-se a deliberação interior de contratar por parte de alguém, que não venha a exteriorizá-la de forma eficaz.

Por *estranho* entenda-se alguém que não integra o *contexto* contratual específico pretendido pelo proponente, exceto quando se trate de oferta pública, situação na qual a proposta é dirigida a toda e qualquer pessoa que dela tome conhecimento. Deste ponto de vista, nos casos em que alguém coloca em um dos vidros da janela do seu automóvel uma proposta de venda (presentes

todos os elementos essenciais de tal contrato (basicamente o preço e o próprio veículo posto à venda) ela se coloca no plano das ofertas públicas porque feita a pessoas indeterminadas. De outro lado, quando duas sociedades empresárias encontram-se em fase de negociação avançada, já superadas diversas tratativas anteriores, não se pode considerar que houve a expedição de uma proposta se o documento correspondente vier a chegar ao conhecimento de terceira sociedade, a qual eventualmente possa ter interesse em fechar um negócio daquela natureza.

Qualquer que seja o meio material eficaz para que uma proposta seja *expedida*, juridicamente o que importa é o fato de que ela sai do controle do emitente para o do destinatário ou de pessoa por este devidamente autorizada para a finalidade específica de contratar.

De acordo com a teoria da expedição, há um elemento inafastável de voluntariedade objetivando a celebração de um contrato na proposta correspondente, exteriorizada precisamente pela sua remessa ao destinatário. Neste sentido, a remessa involuntária pelo correio de uma proposta em relação à qual o emitente dela havia se arrependido (e da qual sua secretária não tomou conhecimento por algum motivo fortuito) não geraria a obrigação de contratar.

Evidentemente nota-se que a aplicação pura e simples da teoria qualificada da expedição (qualificada porque não se trata tão-somente da materialidade do envio da proposta, mas de uma proposta voluntariamente encaminhada) deixa o destinatário em uma situação de insegurança jurídica porque a qualquer momento poderá o emitente levantar contra aquele a alegação de que não houve intenção de contratar e que a expedição da proposta em causa se deu de forma involuntária.

O destinatário estaria protegido tão-somente quando aplicado o princípio da transparência, estabelecendo a obrigação de contratar por parte do emitente da proposta desde que o primeiro demonstre ter agido sem culpa e o declarante culpado. A culpa do declarante estaria colocada nos planos da negligência, da imprudência ou da imperícia, qualquer uma destas situações propícia a gerar a expedi-

ção involuntária de uma proposta, sendo que, em razão da mesma culpa, se tornaria obrigatória. Caso o cumprimento do contrato venha a revelar-se impossível, a solução estará em converter o prejuízo do destinatário em perdas e danos, na medida de sua apuração.

Nos casos dos contratos solenes a questão da proposta involuntária mostra-se insubsistente, uma vez que a *expedição*, ou seja, os atos formais destinados à celebração de contratos de tal natureza fazem presumir a existência de efetiva vontade de contratar pelo declarante.

É evidente que o conhecimento de uma proposta depende de que ela seja objetivamente manifestada ao oblato, tanto presente quanto ausente.

Quanto à demora na chegada da aceitação, o NCC adota uma solução imperfeita no inciso II do artigo 428, ao dizer que a proposta deixa de ser obrigatória se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido *tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente*. Ora, a constatação de que transcorreu ou não o mencionado *tempo suficiente* somente poderá dar-se "*a posteriori*" e mediante um exame da situação particular. Pode-se entender que o contrato havia sido concluído com a remessa da aceitação, nos termos de uma condição resolutiva legalmente explícita, pois se a aceitação não chegar no devido tempo às mãos do proponente, o acordo se desfaz.

Como se verifica, esta norma constitui proteção para o proponente, pois o vencimento do *tempo suficiente* para a resposta do oblato segundo diversas circunstâncias possíveis, entre as quais são contados os mecanismos disponíveis às partes para comunicação recíproca, levará à não vinculação do proponente se este não mais desejar concluir o contrato.

A teoria da expedição foi acatada como a regra geral da conclusão dos contratos no NCC, com algumas exceções, conforme disposto no artigo 434 e seus incisos, quais sejam: (i) no caso de haver chegado a retratação do aceitante antes ou ao mesmo tempo da aceitação; (ii) caso o proponente tenha expressamente se comprometido a aguardar a resposta; e (iii) se tiver sido estabelecido um prazo para a chegada da aceitação ao proponente e tal prazo não tiver sido atendido.

### b.3) Recepção

Pela teoria da recepção o contrato somente é considerado concluído quando o proponente recebe a aceitação do oblato, mesmo que do seu conteúdo não tenha ainda tomado conhecimento. Para este efeito, é suficiente que o proponente tenha conhecimento da chegada da aceitação ao seu domicílio.

No entanto, alguns problemas são de ocorrência possível quanto à aplicação de tal teoria. Sem abrir o envelope, mesmo que o destinatário seja identificado por referência externa, não saberá o proponente de que trata a correspondência. Muito menos se o remetente não for identificado por algum elemento da literalidade do envelope. Além disto, pode ocorrer que o proponente tenha viajado ou haja ficado por algum motivo impossibilitado de ler o documento por haver o seu teor ficado ilegível por qualquer motivo (exposição à chuva, v.g.).

Nesta fase torna-se relevante demonstrar-se para efeito da eficácia da proposta se ela chegou ao endereço do destinatário e se este dela tomou conhecimento ou ocorreu um fato equiparado ao conhecimento. As respostas a tais questões dependerão da forma adotada no envio da proposta, considerando-se que se cuida aqui daquela feita entre ausentes.

A fim de afastar discussões a respeito do efetivo conhecimento de qualquer declaração contratual, o CCI adotou no artigo 1.335 uma direção objetiva baseada na presunção segundo a qual a proposta, a aceitação, a sua revogação, bem como qualquer outra declaração contratual dirigida a uma determinada pessoa são reputadas como conhecidas no momento em que chegam ao endereço do destinatário, desde que este não prove a impossibilidade, sem culpa, de haver tido notícia de tal fato<sup>38</sup>. A "ratio" da

38 "Art. 1335 Presunzione di conoscenza La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia."

regra em questão, de acordo com Vincenzo Ropo baseia-se na necessidade do estabelecimento da certeza da constituição da relação jurídica contratual e na facilidade assim outorgada ao juiz que, quando chamado a dirimir uma pendência nesta área. Isto porque, como fatos mentais inerentes ao sujeito que faz uma declaração, o conhecimento de sua existência (e o correspondente conteúdo) ou inexistência é de prova difícil ou impossível<sup>39</sup>.

Quanto a este ponto basta tão-somente ao interessado fazer a prova da chegada do documento correspondente ao endereço do destinatário, realizada, por exemplo, mediante aviso de recebimento devolvido pelo Correio ao remetente.

No entanto, no campo da ação não culposa do destinatário percebe-se a possibilidade do surgimento de situações impeditivas do conhecimento da declaração contratual chegada ao endereço daquele, como sejam a entrega a terceira pessoa e a ausência do destinatário no local.

Definiu o NCC que a chegada tardia da aceitação ao proponente, decorrente de circunstância imprevista, gera para este a obrigação de comunicar o fato imediatamente ao aceitante, sob pena de vir a responder o primeiro por perdas e danos (artigo 430).

A caracterização de uma *circunstância imprevista* dependerá de prova em cada caso concreto. Uma aceitação enviada por *e-mail*, normalmente chega ao destinatário sem problemas. Mas suponha-se que o servidor deste tenha entrado em manutenção e, por algum motivo, não alcance o remetente um aviso da falta de entrega da mensagem ao proponente. Como, por exemplo, o desvio pelo servidor do destinatário de correspondência classificada como *spam*, sem aviso ao remetente. Neste caso, o aceitante (remetente da aceitação) pode entender que o contrato está concluído e tomar providências relacionadas com a sua atividade, cuja execução dependa do recebimento dos produtos encomendados. A fim de eliminar ou diminuir

39 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., pp. 99 e 100.

os eventuais prejuízos que o aceitante frustrado vier a sofrer em função da chegada tardia da sua aceitação, neste caso o legislador determina que o proponente deva *imediatamente* avisar o primeiro.

Por sua vez, o termo *imediatamente* implica em uma atitude tomada sem quaisquer delongas, com a máxima prontidão possível por parte do proponente e pelo meio mais eficaz de que ele disponha.

Finalmente nesta parte, tenha-se em vista que é necessária uma conexão entre a proposta e a aceitação para que um contrato possa considerar-se validamente concluído. Neste sentido Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova mencionam a "*congruência objetiva e formal entre a aceitação e a proposta*"<sup>40</sup>.

A proposta e a aceitação devem ter o mesmo objeto, sem distinção entre um e outro. Do lado do oblato, o ato de aceitar corresponderia a uma *adesão* à declaração que lhe foi feita pelo proponente, sabendo-se que uma aceitação feita com modificações importa em uma contra proposta, reiniciando-se o ciclo (NCC, artigo 431).

No entanto, no direito comparado se encontram disposições no sentido de que modificações feitas em relação à proposta pelo aceitante não implicam em uma contra proposta, *desde que não afetem substancialmente os termos daquela*, mas correspondem a uma aceitação que leva o contrato a ser considerado como celebrado, conforme dispõe o artigo 19 da Convenção de Viena sobre a venda internacional<sup>41</sup>.

Evidentemente abre-se no caso acima uma porta para discussões sobre o grau e a natureza da aceitação modificativa a fim de se saber se houve ou não a conclusão efetiva do acordo devendo-se ter em conta como bússola para a solução da pendência a

40 SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Ob. cit., p. 234.

41 A mesma solução é adotada nos princípios sobre o comércio internacional elaborados pela UNIDROIT (artigo 2.11) e pelos princípios da Comissão Lando (artigo 2.208).

identificação dos elementos essenciais de cada contrato ao lado das condições específicas da proposta, bem como o cumprimento das exigências formais cabíveis, em cada caso concreto.

Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova lembram a hipótese de proposta e aceitação versadas em línguas diferentes. Quando se trata de contratos celebrados no mercado internacional, infere-se que as empresas dele participantes devem ter conhecimento do inglês, considerado o idioma de domínio comum entre elas. Assim, se uma proposta é feita em italiano e a aceitação em inglês, poder-se-ia entender haver sido concluído o contrato presumindo-se o conhecimento dos idiomas em questão pelas duas partes. O mesmo não se daria em relação a uma proposta feita em inglês e a aceitação em mandarim. Dúvidas a respeito deverão ser resolvidas pela análise da contratação em concreto quanto ao domínio das línguas utilizadas pelas partes.

A situação da nacionalidade diversa das partes e a diferença da língua natural de cada uma delas costumam ser resolvidas pela elaboração dos contratos na forma bilíngüe (ou mesmo trilingüe), escolhendo-se uma delas como a *oficial*, servindo a outra ou as outras para fins de auxílio na interpretação. Outra saída está na utilização de tradutores públicos oficiais.

#### 5.10. A CRISE DO SISTEMA CLÁSSICO E OS MODELOS ALTERNATIVOS DE FORMAÇÃO CONTRATUAL

Já foi mencionada acima a existência não tão recente de uma crise a respeito da formação dos contratos aproximada à da sua falência, ao menos em alguns setores da atividade empresarial nos quais a presença do fator *vontade* quanto a uma das partes não tem se manifestado como anteriormente se havia estabelecido<sup>42</sup>.

42 Veja-se, a este respeito, Engrácia Antunes, ob. cit., pp. 88 a 90, *passim*.

O sistema geral de conclusão de contratos, como se verificou até agora, implica, basicamente, na emissão de uma proposta aceita em sua plena identidade pelo oblato, segundo o princípio da imagem no espelho (*"mirror image rule"*), atendidas certas particularidades. No entanto em alguns casos a serem em seguida examinados, as circunstâncias diante das quais um contrato é considerado concluído são de natureza particular.

De um lado, a forma da proposta e da aceitação se dilui por sua expressão mediante *comportamentos conclusivos*. De outro, os momentos em que se dão ficam altamente indeterminados, prolongando-se as propostas no tempo e dando-se a aceitação em algum momento dentro do *prazo de validade* da primeira. Finalmente, o exercício da vontade de uma e de outra das partes deixou de ser inteiramente livre em muitas situações de contratação, como são os casos dos contratos obrigatórios, dos contratos-tipo e da adesão contratual restrita.

Passaremos a tratar, então, de alguns modelos alternativos de contratação apresentando a crítica cabível, quando for o caso<sup>43</sup>.

### 5.11. A CONTRATAÇÃO CONJUNTA

Engrácia Antunes reporta-se a uma definição desta modalidade de contratação, efetivada por meio de declarações negociais de conteúdo idêntico, inseridas em um documento unitário subscrito pelas partes. Esta circunstância decorre de imposição legal (tal como acontece nos contratos de sociedade) ou ligada à conveniência das partes.

Não se cuida de forma tão recente de contratação na história do contrato. Talvez tenha sido a primeira a romper com o modelo clássico consistente na existência de uma proposta e de uma correspondente aceitação formuladas em documentos separados.

43 Cf. ANTUNES, Engrácia. Ob. cit., pp. 90-109.

Neste caso a identificação da existência do acordo se dá precisamente pela assinatura conjunta do documento que não necessariamente precisa ser feita no mesmo momento. Qualquer das partes pode fazê-lo separadamente e enviar as vias do instrumento para que a outra também assine.

### 5.12. A CONTRATAÇÃO CRUZADA OU "A GUERRA DOS FORMULÁRIOS" (*"BATTLE OF THE FORMS"*)<sup>44</sup>

A modalidade diz respeito a um processo especial de contratação segundo o qual as contrapartes trocam entre si as condições contratuais gerais, cada uma delas manifestando a sua intenção de que as suas próprias condições sejam incorporadas no contrato, mediante a conseqüente exclusão das condições *estipuladas* pela outra.

Esta forma de contratação acontece quando cada uma das contrapartes pretende impor à outra os seus próprios clausulados gerais, iniciando uma batalha em tal sentido. Esta técnica poderia ser considerada como uma forma de tratativas seqüenciais, objetivadas a cada momento nos termos dos instrumentos clausulados pelos sujeitos que delas participam, formando-se o contrato no momento em que o se encerra o *jogo preliminar* pela aceitação por uma das partes da contra proposta remetida por último.

O problema da verificação do conteúdo e do alcance do acordo se dá pela regra da *última palavra* ou do *último tiro* (*"Theorie des Letzten Wortes"* ou do *"last shot rule"*). Isto significa dizer que o contrato se conclui nos termos do clausulado geral enviado em último lugar e não contestado pela contraparte. Esta regra é extremamente importante quando as partes dão início à execução do contrato sem que, formalmente, tenham chegado a um determinado acordo.

44 O autor enfocado menciona outras designações no direito comparado, entre as quais, *"guerra de clausulados contratuais gerais"*, *"AGB-Kollisionen"* e *"Bedingungen Ping-Pong"*.

### 5.13. O CONTRATO DE FATO ("FACTUAL BARGAIN")

Segundo Engrácia Antunes, corresponde esta modalidade à formação de contratos fundada exclusivamente no comportamento das partes contraentes. Mas não se afigura verdadeira a assertiva no seu sentido estrito. De fato, verifica-se que o elemento vontade não ficou afastado, mas tão-somente que ele é aferido de forma indireta, por meio de um determinado comportamento das partes que vem a ser tomado como indicativo de estarem concordes quanto a darem nascimento a um contrato.

É com o sentido acima que o tema se encontra regulado pelo artigo 2.1 dos *Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, elaborados pelo UNIDROIT: "[u]m contrato pode ser concluído, seja através de uma proposta e uma aceitação, seja através de conduta das partes que seja suficiente para mostrar o acordo".

A mesma gênese contratual se verifica no sistema jurídico norte-americano, no qual a seção 2-204 do "Uniform Commercial Code" estabelece que "um contrato de compra e venda de mercadorias pode ser celebrado por qualquer modo que seja suficiente para a demonstração do acordo, incluindo a proposta, a aceitação e a conduta de ambas as partes que reconheça a existência de um tal contrato, a interação de dois operadores eletrônicos, ou de um operador eletrônico e um indivíduo".

### 5.14. A CONTRATAÇÃO FLEXÍVEL

Nos termos da mesma fonte à qual nos termos reportado nesta parte do texto, cuida-se de um "processo de contratação caracterizado por uma flexibilização do regime jurídico da formação contratual".

O casamento perfeito de uma proposta com a aceitação correspondente, típico no modelo clássico de formação contratual, como visto, tem dado lugar a formas alternativas, ainda que não afastado o acordo.

No comércio internacional, principalmente, são encontrados casos da espécie, noticiando-se a formação de contratos mediante uma *aceitação modificada* ("modified acceptance"), ou das chamadas *cartas de confirmação* ("writings in confirmation").

No primeiro dos exemplos acima se dá o nascimento do contrato, mesmo que a aceitação não preencha integralmente os termos da proposta, mas corresponda aos seus elementos essenciais, conforme cada espécie em concreto e desde que o proponente não manifeste uma objeção sem atraso injustificado (cf. o artigo 2.11 dos *Princípios* do UNIDROIT). Trata-se, por exemplo, do caso em que um empresário ao dar sua aceitação quanto à celebração de um contrato de compra e venda de uma máquina em todos os termos apresentados pelo proponente, estipula que deseja comparecer ao estabelecimento daquele para o fim de verificar se a *performance* prometida revela-se efetivamente verdadeira.

No direito brasileiro, como se sabe, uma aceitação que implique em modificação da proposta é dada como nova proposta dirigida ao anterior proponente que passa a fazer o papel de oblato, recomeçando o jogo, que pode transcorrer em diversos *tempos* sucessivos (NCC, artigo 431).

No tocante às cartas de confirmação, elas correspondem a uma variação da aceitação modificada, caso em que, havendo decorrido um prazo razoável após a conclusão de um contrato, uma das partes envie comunicação escrita à outra na qual, confirmando a conclusão, apresente acréscimos ou modificações não essenciais, os quais passam a integrar o conteúdo do negócio, exceto se o destinatário manifeste a sua objeção sem atraso injustificado (Artigo 2.12 dos *Princípios* do UNIDROIT). Vamos a um exemplo. O empresário A faz por meio de mensagem eletrônica a encomenda de determinada quantidade de bens a um fornecedor B, da qual constam os elementos essenciais deste tipo de contrato. Do seu lado, o empresário B aceita a proposta de compra e dá a sua aceitação pela mesma via. No entanto, logo imediatamente, o A envia outra mensagem confirmando a contratação, mas estabelecendo uma cláusula com-

promissória de solução de eventuais conflitos por meio de arbitragem, conforme seja costume daquele mercado. De acordo com o modelo do UNIDROIT, tal cláusula passa a integrar o contrato já anteriormente celebrado, a não ser que o destinatário da mensagem venha a manifestar sua objeção em tempo hábil.

Conforme se verifica, estes modelos alternativos de contratação atuam de forma a não eliminar completamente o acordo de vontades como elemento essencial integrante da celebração de contratos, mas estabelecem variações importantes na forma de manifestação e vinculação da mesma vontade, diferentemente do direito interno. Evidentemente tais formas alternativas de contratação não encontram aplicação nos contratos celebrados entre partes localizadas no País, pois o NCC não lhes dá abertura. Elas são aceitas tão-somente em relação aos contratos internacionais, na medida da escolha de um modelo correspondente, sob o fundamento da liberdade das convenções que, no plano externo, como se sabe, tem sido fonte da chamada "*Lex mercatoria*".

### 5.15. A CONTRATAÇÃO À DISTÂNCIA. OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O modelo de contratação à distância não é absolutamente novo, pois de longa data se conhece a celebração de contratos por meio de cartas trocadas entre as partes. Ocorre tão-somente uma sofisticação técnica quanto aos mecanismos utilizados nesta forma, tendo em vista especialmente o advento da internet. Mesmo que o objetivo presente não seja o do aprofundamento nesta área, diante disto a pergunta que se faz é a seguinte, o que mudou com a nova tecnologia?

Substancialmente não mudou muito coisa ou terá, mesmo, mudado nada. Do ponto de vista jurídico é perfeitamente possível assemelhar uma mensagem antigamente transmitida pelo uso de pombos-correio com o moderno tráfego de dados pela internet. No entanto o legislador em alguns ordenamentos jurídicos entendeu

necessário precisar direitos e obrigações das partes para sua melhor segurança na contratação. Tal foi o que ocorreu em relação aos países participantes da União Européia, na forma da Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio. Esta diretiva, por sua vez, inspirou a promulgação em Portugal do Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril.

Dentro desta categoria contam-se os *contratos eletrônicos* em relação aos quais se apresentam alguns novos problemas jurídicos no campo de sua formação, entre os quais aqueles relativos à caracterização do acordo, do momento da conclusão contratual, do conteúdo e da prova das obrigações contratuais. Trata-se de verificar se as categorias tradicionais são capazes (e em que medida) de agasalhar essas recentes formas de contratação e, em caso contrário, como se daria a construção jurídica desses novos institutos (se é que de alguma novidade ontológica efetivamente tenham se revestido). Este objetivo não se encontra presente na pesquisa ora desenvolvida.

A este respeito foram editadas as Diretivas 1.999/93/CE, de 13 de dezembro, e 2000/31/CE, de 8 de junho, ambas da União Européia. Na península ibérica o tema foi objeto dos Decretos-Lei 290=D/99, de 2 de agosto e 7/2004, de 7 de janeiro.

Ao NCC pareceu bastar neste campo, infelizmente, no artigo 428, cuidar da questão dos casos em que a proposta deixa de ser obrigatória, referindo-se à contratação por telefone ou por meio de comunicação *semelhante*, mostrando-se, mais uma vez, defasado no tempo quanto às realidades presentes. Mesmo que no fundo viesse a continuar sendo aplicado o tratamento da contratação entre ausentes, pelo uso da internet, por exemplo, para maior segurança dos interessados este tema deveria ter sido objeto de normatização própria.

### 5.16. A CONTRATAÇÃO AUTOMÁTICA E O AUTO-SERVIÇO

Trata-se de uma forma de conclusão de contratos cada vez mais difundida na época atual, que recorre a máquinas automáticas (eletrônicas ou não) destinadas ao fornecimento de bens ou de serviços.

Estes são da mais variada natureza e valor e o preço é pago pelo aceitante em dinheiro ou pelo recurso a cartões de crédito ou débito.

Tal modalidade de contratação tanto pode se dar como oferta ao público ou oferta privada, conforme seja aberta indistintamente a qualquer eventual interessado ou a um grupo que já tenha com o ofertante uma relação contratual prévia. No primeiro caso contam-se as máquinas de venda de alimentos encontradas em estações ferroviárias e rodoviárias, em aeroportos, etc. O segundo caso diz respeito a bancos no tocante a seus clientes, portadores de cartões eletrônicos. Estes, que já são correntistas da instituição financeira, podem acessar uma máquina automática (ATM) integrante da rede daquela e contratar uma operação de empréstimo, por exemplo.

A compra por meio de auto-serviço já é bastante antiga, própria de postos de gasolina, conforme se conhece em outros países nos quais adquirente opera as bombas de combustível. No Brasil ainda não se disseminou esta operação devido a fatores relacionados com sua estrutura trabalhista.

Nesta forma de conclusão de contratos os compradores manifestam a concordância em adquirir um determinado bem quando realizam as operações técnicas correspondentes.

#### 5.17. OUTRAS SITUAÇÕES ESPECIAIS DE CONCLUSÃO DE CONTRATOS. A PRELAÇÃO, PREEMPÇÃO OU PREFERÊNCIA. A PRÉ-NOTAÇÃO

Observa Vincenzo Roppo que as condições peculiares de conclusão de contratos no direito italiano advêm da lei geral, de leis especiais e, até mesmo, correspondem ao resultado da operatividade jurisprudencial (no sentido de uma contribuição ativa das cortes, o que não é própria do direito brasileiro)<sup>45</sup>.

45 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 119.

No sentido acima, na prelação a parte que dá (concedente), obriga-se perante a parte que recebe (*prelacionário*) a preferir a manifestação deste, desde que em igualdade de condições com outros interessados, nos casos em que o concedente decida concluir o contrato. O instituto é particular a certos contratos (como acontece com a compra e venda, NCC, arts. 513 a 528) e, nas palavras de Vincenzo Roppo, trata-se de outro mecanismo que se insere no procedimento de formação dos contratos, condicionando-o<sup>46</sup>.

Veja-se, ainda, o caso da *pré-notação*, termo indicado por Vincenzo Roppo como genérico e não técnico e correspondente a várias figuras de compromissos relativos à conclusão de um futuro contrato diversamente graduados segundo a sua amplitude e intensidade<sup>47</sup>.

Trata-se de contratos nos quais a oferta é limitada e decorrente dos interesses do ofertante, do destinatário ou de ambos, destacando-se que o bem ou serviços objeto de tais contratos não se encontram em disponibilidade no primeiro no momento de sua celebração, mas podendo ocorrer situação positiva no momento aprazado. Do lado do oblato, interessa-lhe contar com a possibilidade em questão.

Aceitar a pré-notação não corresponde ainda à celebração do contrato, observando-se, no entanto, que o proponente se empenhará em reunir as condições necessárias. Trata-se, por exemplo, da reserva efetuada em companhias de aviação ou hotéis, em resultado das quais o cliente é colocado por meio do instituto em causa em uma *lista de espera*. O contrato se aperfeiçoará na medida em que ocorram desistências e chegue a vez do interessado, segundo a sua colocação em tal *lista*.

Dependendo da maneira pela qual as partes estabeleceram a pré-notação, sua natureza jurídica será a de proposta ou aceitação irrevogável condicionada, opção, contrato preliminar unilateral ou bilateral, com ou sem direito de recesso.

46 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 165.

47 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., pp. 169-171.