

Os contratos podem ser formados sem oferta e aceitação?

Os dois códigos civis brasileiros trataram do fenômeno da formação dos contratos pressupondo a identificação de uma oferta e de uma aceitação. Nos cursos de graduação do país, é comum que os estudantes examinem apenas esse modelo formativo, preocupando-se exclusivamente com as suas nuances, como a possibilidade de retratação da aceitação. Entretanto, na prática jurídica, são perceptíveis várias situações que desafiam essa lógica, nas quais é difícil ou impossível discernir as duas etapas. Por isso, atendendo ao honroso convite formulado pelos coordenadores da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo, esta coluna é dedicada ao exame da possibilidade de formação dos contratos fora do modelo tradicional.

Inicialmente, convém estabelecer que o modelo da oferta e da aceitação não tem origem no Direito Romano. Naquele período, não havia sequer a noção ampla de contrato como um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, reconhecido e amparado pelo Direito, destinando a criar direitos e obrigações. Para os romanos, nem todo acordo de vontades era um contrato. A noção restringia-se aos pactos dotados de exigibilidade. A questão pode ser sintetizada na afirmação de que, enquanto o Direito atual nos dá um conceito de contrato, o Direito Romano clássico nos oferece uma lista de contratos^[1]. Apenas figuras taxativas, que em regra estavam cercadas de solenidades na sua formação, eram entendidas como contratos. Para Moreira Alves, os juristas romanos compreendiam o contrato “como uma unidade orgânica e não, como os modernos, como um todo composto de duas metades: a oferta e a aceitação. No Direito Romano, não havia sequer designação técnica para esses dois institutos”^[2].

A noção ampla de contrato obrigatório surgiu alguns séculos depois. Conforme explica Roppo, as influências germânicas e canônicas na época pós-clássica levaram ao afastamento dos rigores do formalismo contratual romano, em nome do respeito à palavra dada. O pensamento jusnaturalista foi responsável pela posterior sedimentação dessa ideia, com a exaltação do poder jurígeno da vontade^[3]. O surgimento da teoria geral do contrato liga-se à evolução dos sistemas para a admissão geral de contratos obrigatórios, o que ocorre entre os séculos XVII e XVIII. O modelo de oferta e aceitação foi desenvolvido nesse período, em razão do momento de expansão significativa do comércio e do incremento do número de viagens. É perceptível que a concepção seria desnecessária para a análise da conclusão dos contratos entre presentes, mas a sua afirmação histórica ocorreu em razão de terem se tornado mais comuns os contratos entre pessoas que estavam distantes, havendo lapso temporal entre a oferta e aceitação^[4].

O modelo da oferta e aceitação passou a ser desafiado diante das necessidades surgidas na vida moderna. Fatores como a crescente urbanização e as novas tecnologias, sobretudo nos transportes e nas comunicações, modificaram substancialmente o cenário no qual o modelo tradicional foi pensado, expondo os seus limites. Tal percepção é comum aos juristas das duas grandes tradições jurídicas ocidentais^[5]. Na Alemanha, por exemplo, surgiu a teoria das relações contratuais fáticas (faktische Vertragsverhältnisse) fundamentada por Günter Haupt e aprofundada por diversos autores. Alessandro Hirata, em profundo estudo sobre o tema, evidencia que a tradicional estrutura rígida da formação do contrato pelo encontro de duas declarações de vontade “já há algum tempo não corresponde às situações cotidianas vivenciadas”, e, por consequência “diversos autores buscaram afastar esse conceito estanque, incorporando o elemento fático como possibilidade de gerar efeitos jurídicos contratuais”^[6]. Nesse

contexto, Karl Larenz formulou a teoria do estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Analisando a situação de um sujeito que adentra em um bonde, ele afirma não existir um acordo de vontade naquela situação, pois não houve consenso prévio. O comportamento do sujeito não seria encarado como declaração de vontade, perfazendo uma aceitação. O efeito obrigatório seria gerado independentemente da vontade do agente. O comportamento é entendido “de acordo com os usos do tráfego, como justificador de uma obrigação. É a ‘resposta’ ou ‘reação’ social típica à oferta e tem, por isso, no significado socialmente típico de uma fonte de obrigação”^[7]. O mesmo raciocínio é hoje aplicável ao VLT do Rio de Janeiro, que, apesar de não ter catracas, conta com o reconhecimento social de que quem adentra o veículo deve pagar o preço estabelecido.

Uma concepção interessante, muito explorada pela doutrina italiana, que também desafia o modelo da oferta e aceitação, é a formação progressiva dos contratos. A ideia desafia o modelo estático na medida em que abarca situações nas quais a fase negocial e a formação do contrato muitas vezes não apresentam fronteiras claras. Roppo explica que o conceito se contrapõe à formação instantânea dos contratos, que é o mais comum. A formação progressiva é caracterizada pela interação contínua das partes. O conceito abarca variadas situações, mais ou menos longas, nas quais a formação do contrato ocorre por meio de uma série de atos distintos destinados à conclusão do contrato^[8]. Um exemplo ilustrativo da formação progressiva dos contratos ocorre nas aquisições e fusões de empresas, que podem ser discutidas e executadas ao longo de meses e até anos. A concepção de formação progressiva não nega a possibilidade de que os contratos de formação instantânea sejam precedidos de conversas e negociações. O conceito é genérico, abrangendo variadas situações nas quais acontecem distintos atos no *iter* da formação.

Outro desafio contemporâneo ao modelo de oferta e aceitação está relacionado às informações disponibilizadas antes da conclusão do contrato acerca de seus aspectos relevantes. Tradicionalmente, tais informações não integram o contrato. Entretanto, o cenário tem mudado, sobretudo nas relações de consumo. No Brasil, a inovação veio em 1990, com o artigo 30 do CDC dispondo que, no âmbito das relações de consumo, toda “informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados” integra o contrato que vier a ser celebrado. No âmbito europeu, em 2011, a Diretiva nº 2011/83/EU, por meio do seu artigo 6º, V criou a obrigatoriedade aos países membros de que algumas informações pré-contratuais fossem consideradas como partes do contrato nas relações de consumo. Tal diretiva trouxe modificações históricas para as legislações nacionais, a exemplo do direito alemão, que transpôs a diretiva para o direito interno na segunda parte da § 312d (1) do BGB, disciplinando que a informação prevista pelo fornecedor no âmbito das relações de consumo integra o contrato, caso não exista disposição em contrário. A codificação argentina de 2014, em clara inspiração na norma brasileira, trouxe a mesma regra no artigo 1.103.

Os limites do modelo de oferta e aceitação são flagrantes em diversas outras situações cotidianas, a exemplo da utilização de acordos parciais, cartas de intenção e também quando ocorrem manifestações de vontade simultâneas. O último caso é comum nas hipóteses de assinatura presencial de cópias idênticas do mesmo instrumento contratual ou de uma escritura pública. No Brasil, o contrato de trabalho também não se amolda perfeitamente ao modelo clássico de formação. Mesmo que haja prova de declaração expressa em sentido contrário, verificados os requisitos do artigo 3º da CLT, que são a (I) personalidade; (II) onerosidade; (III) não eventualidade e (IV) subordinação, o sujeito é considerado empregado^[9]. Apesar de existirem diversos outros exemplos de desafios ao modelo tradicional, o rol

exaustivo de hipóteses foge aos limites da presente coluna.

A compreensão da oferta e aceitação como modelo único para a formação dos contratos não passa de uma ficção que, para Carlos Ferreira de Almeida, tem “a vantagem da simplicidade e a desvantagem da imprecisão”^[10]. O processo de formação dos contratos é irreduzível a uma *fattispecie* genérica. O juízo sobre a efetiva conclusão dos contratos subordina-se apenas à verificação de seus elementos de existência. Não está restrito a eventuais procedimentos que a lei preveja. O contrato é instrumento da autonomia privada, que dota a vontade de poder jurígeno. Sendo assim, é falsa a ideia de que o rol legal de procedimentos de formação do contrato seja taxativo. Em verdade, o rol é aberto^[11]. A redução simplificadora da formação dos contratos ao modelo de oferta e aceitação é causa de equívocos na interpretação de variadas situações.

Não parecem corretas as posições no sentido de que a oferta e aceitação seria um modelo desnecessário ao direito contemporâneo, como afirma Shawn Bayern^[12]. O modelo da oferta e aceitação permanece útil para muitas situações. Mesmo no âmbito legislativo, pode conviver com outros modelos formativos, a exemplo do que ocorreu na codificação argentina de 2014, que em seu artigo 971 trouxe expressamente a formação por conduta ao lado da oferta e aceitação, dispondo que “Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”. Conclui-se sustentando a compreensão da formação do contrato como processo, sendo admissíveis vários procedimentos. Constata-se a pluralidade e a atipicidade dos procedimentos de formação do contrato, sendo o modelo de oferta e aceitação apenas um deles. Mesmo que a formação dos contratos seja um tema clássico do Direito Civil, uma visão contemporânea faz-se necessária, pois, como adverte Natalino Irti, “ao jurista não é consentido o consolo da nostalgia, nem a serena tristeza de quem contempla o crepúsculo: ele tem o iniludível dever de compreender, de recompor, entre as ruínas do passado e os indecisos ou incertos sinais do futuro, a lógica do próprio tempo”^[13].

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT e UFBA).*

**Texto alterado às 20h14 do dia 15 de janeiro de 2018 para acréscimos.*

^[1] URZAIZ, Maria Victoria. La formación del contrato em el derecho romano. In: LUCÁN, Maria Ángeles Parra Lucán (org.). Negociación y perfección de los contratos. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014. P. 109.

^[2] ALVES, José Carlos Moreira. A formação do contrato obrigatório – suas raízes romanas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V. 93, São Paulo, 1998. P. 14.

[3] ROPPO, Vincenzo. Il contratto. 2 ed. Milão: Giuffrè, 2011. P. 206.

[4] SMITS, Jan M. Contract law: a comparative introduction. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. P. 42.

[5] MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. The German Law of Contract: A Comparative Treatise. 2 ed. Oxford: Hart Publishing, 2006. P. 57.

[6] HIRATA, Alessandro. Relações Contratuais Fáticas (faktische Vertragsverhältnisse). No prelo. P. 10.

[7] LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Tradução de Alessandro Hirata. Revista Direito GV, São Paulo, Vol. 2, N. 1, Jan-jun 200. P. 55-56 e 60-61. Hirata noticia que Larenz reconsiderou e abandonou a sua própria teoria a partir da 7ª edição da parte geral de seu tratado de Direito Civil, em 1989.

[8] ROPPO, Vincenzo. Il contratto. 2 ed. Milão: Giuffrè, 2011. P. 133.

[9] BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011. P. 207-209.

[10] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos I – Conceitos, fontes e formação. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2015. P. 97.

[11] D'ANGELO, Andrea. Proposta e accettazione. In: ROPPO, Vincenzo. (org). Trattato del contratto. Tomo I – Formarzione. Milão: Giuffrè, 2006. P. 8-11.

[12] BAYERN, Shawn. Offer and Acceptance in Modern Contract Law: A Needless Concept. California Law Review, Berkley, Vol. 103, Issue 1, 2015. P. 101.

[13] IRTI, Natalino. L'età dela decodificazione. 4 ed. Milão: Giuffré, 1999. P. 45.

Date Created

15/01/2018