

Comunicação da aceitação pelo cumprimento ou pela conduta: resolvendo o enigma

Flávio Henrique Silva FERREIRA*

RESUMO: O presente ensaio busca esclarecer os problemas relacionados à aceitação tácita pela conduta. É buscada uma resposta para as questões de se tal aceitação tem de ser comunicada ao proponente e, sendo essa comunicação necessária, se tal aceitação perde a natureza de uma aceitação tácita pela conduta, se transformando numa aceitação expressa, ou se ela continua a ser qualificada como tal. O ensaio também busca resposta para as questões de se há um prazo para a realização da comunicação da aceitação tácita pela conduta; quais são as consequências da não comunicação da aceitação dentro do prazo; qual é a data da formação do contrato (nos casos de aceitações tácitas que precisam ser comunicadas ao proponente), se a data do início ou término da conduta ou, alternativamente, se a data da expedição ou chegada da comunicação da aceitação na esfera de controle do proponente. Existem normas enigmáticas sobre o assunto no *Restatement (Second) of Contracts* americano e nos códigos dos países de tradição romanista. Especial enfoque é dado para a jurisprudência, história do direito e direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Aceitação tácita pela conduta; comunicação da aceitação; data da formação do contrato.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Tipos de aceitação; – 3. A aceitação expressa requer um ato de comunicação do aceitante ao proponente? – 4. Meio termo entre aceitações expressas e aceitações tácitas pela conduta; – 5. A teoria falha da “*faktisches Vertragsverhältnis*”: principalmente casos de aceitação pela conduta, às vezes pretensões de enriquecimento injustificado, mas certamente não responsabilidade decorrente de um “comportamento social típico”; – 6. Diferenciando aceitações tácitas pela conduta de aceitações tácitas pelo silêncio; – 7. Em que circunstâncias a aceitação pelo cumprimento ou pela conduta deve ser comunicada pelo destinatário da proposta ao proponente? – 7.1. Apresentando a opaca regra alemã; – 7.2. A maneira peculiar como o dispositivo legal é interpretado por juristas e jurisprudência alemães; – 7.3. Uma tipologia dos atos voluntários produtores de efeitos jurídicos queridos pela pessoa que atua; – 7.4. Separando as regras sobre a “coisa a ser comunicada” das regras que regulam os atos de comunicação; – 7.5. A interpretação adequada do dispositivo legal alemão; – 7.6. Aprofundando o enigma; – 7.7. Resolvendo o enigma: circunstâncias em que a aceitação pela conduta (ou cumprimento) deve ser comunicada pelo destinatário da proposta ao proponente; – 8. Ainda estamos falando sobre aceitação pelo cumprimento ou conduta, cuja ocorrência é posteriormente comunicada pelo aceitante ao proponente, ou devemos considerar a comunicação em si mesma como a real aceitação? – 9. Existe um prazo para realizar tal comunicação? – 10. Quais são as consequências da ausência de comunicação da aceitação em tempo hábil? – 11. Caso o proponente venha a ser informado da ocorrência da aceitação (pelo cumprimento ou pela conduta) de forma tempestiva, quando o contrato será considerado formado entre as partes? – 12. Testando a solidez de nossas distinções em um caso real: *Keller v. Bones*, 260 Neb. 202, 615 NW2d 883 (2000); – Referências.

TITLE: *Communication of Acceptance by Performance or Conduct: Solving the Riddle*

* Professor Associado, Doutor e Mestre em Direito Privado pela UFMG. Professor lotado no Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, atuando especialmente com os temas dos fundamentos econômicos do direito privado (contratos, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, propriedade), história do direito privado e direito privado comparado.

ABSTRACT: *This essay endeavors to illuminate the intricacies surrounding an implied acceptance by conduct. It seeks to address whether such an acceptance must be communicated to the offeror and, if so, whether this communication transforms it into an express acceptance or whether it retains its original classification. The essay further explores the necessity of a time limit for communicating the occurrence of implied acceptances by conduct, the repercussions of failing to communicate within this period, and the precise date of contract formation in those cases where communication is needed. Regarding the latter issue, the essay specifically examines whether this date is when the acceptor initiates or completes his conduct or, instead, when the communication of the acceptance's previous occurrence (is dispatched or) reaches the offeror's sphere of control. The American Restatement of Contracts and various civil codes provide some puzzling rules on this matter. The essay places particular emphasis on how these issues are addressed through case law, legal history, and comparative law.*

KEYWORDS: *Implied acceptance by conduct; communication of the acceptance; moment of contract formation.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Types of acceptance; – 3. Does express acceptance require an act of communication by the offeree to the offeror? – 4. Middle ground between express acceptances and implied acceptances by conduct; – 5. The faulty theory of “faktisches Vertragsverhältnis”: mostly cases of acceptance by conduct, sometimes unjustified enrichment claims, but certainly not liability arising out of a “typical social behavior”; – 6. Differentiating implied acceptances by conduct from implied acceptances by silence; – 7. Under what circumstances must acceptance by performance or conduct be communicated by the offeree to the offeror? – 7.1. Presenting the opaque German rule; – 7.2. The peculiar way the provision is interpreted by German legal writers and case law; – 7.3. A typology of voluntary actions capable of producing legal effects that are willed by the acting person; – 7.4. Disentangling the rules on the “thing to be communicated” from the rules regulating the acts of communication; – 7.5. The proper interpretation of the German legal provision; – 7.6. Deepening the puzzle; – 7.7. Resolving the puzzle: circumstances in which acceptance by performance or conduct must be communicated by the offeree to the offeror; 8. Are we still talking about acceptance by performance or conduct, whose occurrence is subsequently communicated by the offeree to the offeror, or is the communication itself regarded as proper acceptance? – 9. Is there a time limit for providing such communication? – 10. What are the consequences of failing to communicate acceptance in a timely manner? – 11. If the offeree informs the offeror of the acceptance (by performance or conduct) in a timely fashion, when is the contract deemed to be formed between the parties? – 12. Testing the soundness of our distinctions on an actual case: *Keller v. Bones*, 260 Neb. 202, 615 N.W.2d 883 (2000); – References.*

1. Introdução

O *Restatement (Second) of Contracts* americano, juntamente com vários códigos europeus e latino-americanos, contém algumas regras enigmáticas sobre a formação dos contratos por meio de proposta e aceitação. Neste ensaio, abordarei as seguintes questões:

Primeira: em que circunstâncias a aceitação pelo cumprimento ou pela conduta deve ser comunicada pelo destinatário da proposta ao proponente?

Segunda: nessas circunstâncias, ainda estamos falando sobre aceitação pelo cumprimento ou conduta, cuja ocorrência é posteriormente comunicada pelo aceitante ao proponente, ou devemos considerar a comunicação em si mesma como a real aceitação?

Terceira: existe um prazo para realizar tal comunicação?

Quarta: quais são as consequências da ausência de comunicação da aceitação em tempo hábil?

Quinta: caso o proponente venha a ser informado da ocorrência da aceitação (pelo cumprimento ou pela conduta) de forma tempestiva, quando o contrato será considerado formado entre as partes?

Os códigos, a doutrina e a jurisprudência não fornecem respostas claras para tais questões. Antes de abordar as questões colocadas, explorarei alguns tópicos preliminares com o objetivo de contextualizar o assunto. Começarei oferecendo uma visão geral dos tipos mais significativos de aceitação, destacando as principais distinções. Em seguida, discutirei os requisitos necessários para a existência de uma aceitação expressa, apresentarei casos em que há incerteza sobre se a aceitação deve ser categorizada como expressa ou tácita pela conduta, introduzirei a teoria falha da *“faktisches Vertragsverhältnis”* e, finalmente, irei fornecer critérios para diferenciar as aceitações tácitas pela conduta das aceitações tácitas pelo silêncio. Esses tópicos constituem a primeira parte do ensaio. Em seguida, na segunda e última parte, abordarei o tema central do ensaio ao fornecer respostas para as cinco questões acima colocadas. Farei uma abordagem analítica, com enfoque na jurisprudência, na história do direito e no direito comparado.

2. Tipos de aceitação

Em relação aos principais tipos de aceitação existentes, é possível realizar o seguinte esquema classificatório:

- Aceitações promissórias, que se dividem em:
 - Promissórias expressas
 - Promissórias tácitas, que se subdividem em:
 - Tácitas pela conduta
 - Tácitas pelo silêncio

- Aceitações pelo cumprimento do contrato (tipo especial de aceitação tácita pela conduta, de caráter não exclusivamente promissório, em que a conduta indicativa da intenção de aceitar corresponde ao cumprimento parcial ou integral da prestação que seria devida no futuro contrato)

Conforme ilustrado no esquema acima, devemos fazer inicialmente uma distinção entre “aceitação promissória” e “aceitação pela execução ou cumprimento do contrato”.¹ Em ambos os cenários, o destinatário da proposta consente com os termos dela. Contudo, no segundo cenário — para efetivar uma aceitação válida — o destinatário da proposta também deve cumprir, total ou parcialmente, as suas obrigações primárias sob o contrato futuro. A aceitação por execução do contrato é predominante no mundo online, onde a compra de bens de consumo só é confirmada após o pagamento do cliente ser verificado pelo vendedor, que de outra forma se recusa a entregar os bens ou reconhecer a própria existência do contrato.

Esta discussão não diz respeito à *exceptio non adimpleti contractus*, que permite ao vendedor reter a mercadoria alienada até que o comprador pague o preço. Em vez disso, o foco está na formação do contrato: não existe contrato de compra e venda entre as partes até que o pagamento seja recebido.

Dentro da categoria mais ampla da “aceitação promissória”, podemos distinguir entre aceitações “expressas” e “tácitas”. Aceitações expressas geralmente envolvem um ato aberto de comunicação, normalmente escrito ou oral, transmitido ao destinatário da proposta. Em contraste, aceitações tácitas geralmente envolvem alguma forma de conduta ativa (ou inação) da qual podemos inferir a intenção do destinatário da proposta de aceitar. Conseqüentemente, aceitações tácitas, seja por conduta ou silêncio, colocam um fardo inferencial maior em seus destinatários – ou em juízes e árbitros, em casos litigados – em comparação com aceitações expressas, que geralmente são mais claras.

A aceitação pelo cumprimento pode, às vezes, ser confundida com a aceitação tácita (promissória) pela conduta quando a conduta em questão, que aponta para a intenção de realizar aceitação do destinatário, coincide com suas principais obrigações contratuais.

A aceitação tácita pelo silêncio, por outro lado, é muito diferente da aceitação tácita pela conduta (e, também, da aceitação pelo cumprimento do contrato). Enquanto a aceitação

¹ Essa distinção é sugerida no Restatement (Second) of Contracts, § 50.

pela conduta (ou pelo cumprimento) geralmente, embora possivelmente nem sempre, envolve um ato ativo feito pelo destinatário da proposta (às vezes facilmente observado pelo proponente, às vezes não), a aceitação pelo silêncio envolve mera inação: o destinatário da proposta não faz nada. A ausência de uma rejeição explícita da proposta, depois de decorrido algum tempo, é entendida como consentimento tácito aos seus termos.

3. A aceitação expressa requer um ato de comunicação do aceitante ao proponente?

Sim, ela requer. Essa comunicação é normalmente feita por meio da transmissão de palavras orais ou escritas que expressam consentimento aos termos da proposta, como “sim”, “ok”, “concordo”, etc. Essas palavras podem ser transmitidas por vários meios e tecnologias, incluindo pessoalmente, por telefonemas, mensagens de texto, cartas escritas, e-mails e muito mais.

O destinatário da proposta pode expressar concordância com os termos dela não apenas por meio de palavras orais ou escritas, mas também por meio da sua assinatura, que não precisa assumir nenhuma forma específica. Por exemplo, o tribunal em *Haywood Securities v. Ehrlich*, 149 P.3d 738 (Ariz. 2007) declarou que “a assinatura pode ser escrita à mão, ou impressa, ou carimbada, ou datilografada, ou gravada, ou fotografada, ou cortada de um instrumento e anexada a outro. Uma assinatura litografada em um instrumento por uma parte é suficiente para o propósito de assiná-lo, e foi considerado que é irrelevante com que tipo de instrumento uma assinatura é feita”. Da mesma forma, o tribunal em *Salt Lake City v. Hanson*, 425 P.2d 773 (Utah 1967) observou que “em relação a uma assinatura, é a intenção, e não a forma do ato, que é importante. Embora a assinatura de alguém seja geralmente feita por meio da escrita do seu nome, o mesmo propósito pode ser alcançado por meio da aposição de qualquer escrita, indício ou símbolo que o signatário escolher adotar e usar como sua assinatura (e.g., por impressões digitais ou de polegar, por uma cruz ou outra marca, ou por qualquer tipo de fac-símile mecanicamente reproduzido ou carimbado de sua assinatura) e que possa provar a existência dela tão efetivamente quanto pelo uso da sua própria caligrafia”.

Além disso, ele pode expressar consentimento aos termos da proposta não apenas por meio de palavras de concordância faladas ou escritas (transmitidas por qualquer meio ou tecnologia), ou por meio da aposição de sua própria assinatura em um documento físico ou eletrônico, mas também por meio do uso de outros símbolos. Por exemplo,

podemos considerar o uso da linguagem de sinais (por indivíduos com dificuldade de ouvir ou falar) como um mecanismo legítimo para a expressão de concordância com os termos da proposta, ou o uso de algum outro código ao qual tenha sido convencionalmente atribuído o significado de concordância. Em *South West Terminal Ltd. v Achter Land*, 2023 SKKB 116 (CanLII), o tribunal considerou o uso de um 👍 (emoji de “polegar para cima”) enviado por mensagem de texto como uma aceitação válida. Naturalmente, quanto mais alguém se afasta de palavras e símbolos claros, menos provável é que a aceitação seja categorizada como expressa. Em vez disso, pode cair no reino das aceitações tácitas pela conduta.

Proponho que as aceitações expressas devem atender a dois pré-requisitos: devem ser *razoavelmente claras* e devem ser *comunicadas* à outra parte. No entanto, independentemente de quão claro alguém seja ao expressar seu consentimento aos termos da proposta, tal declaração não será considerada uma aceitação expressa se não for transmitida (ou se o agente não tiver a *intenção* de transmiti-la) à outra parte. Uma aceitação expressa envolve inerentemente um ato de comunicação. Em *Chariot Group v. American Acquisition Partners*, 751 F. Supp. 1144 (SDNY 1990), o tribunal decidiu que nenhum contrato havia sido formado quando uma parte assinou as páginas de assinatura meramente por conveniência, as páginas permanecendo sob a custódia do advogado dessa parte sem nunca terem sido entregues à outra parte. Um tratadista importante declarou que:

Para que uma aceitação seja “comunicada”, ela normalmente deve ser levada ao conhecimento do proponente. Assim, se uma aceitação oral for “ocultada pelo barulho de uma aeronave sobrevoando” – ou for falada em um telefonema após a linha ter caído, ou for tão indistinta que o proponente não a ouça – não há contrato. O requisito da “comunicação” pode, no entanto, ocasionalmente ser satisfeito mesmo que a aceitação não tenha realmente chegado ao conhecimento do proponente: e.g., quando uma notificação por escrito da aceitação é deixada em seu endereço.² [citações internas omitidas]

Em resumo, uma aceitação expressa válida é aquela em que a sinalização, razoavelmente clara, de concordância do aceitante é transmitida com sucesso³ ao proponente, desde que o aceitante tivesse tido a intenção de transmiti-la, ainda que excepcionalmente o proponente não venha a tomar conhecimento dela de maneira tempestiva.

² PEEL, Edwin. *Treitel on the Law of Contract*. 15. ed. London: Thomson Reuters, 2020, p. 25.

³ Embora o que deva ser considerado como uma transmissão bem sucedida da sinalização de concordância (aceitação expressa) possa variar de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

4. Meio termo entre aceitações expressas e aceitações tácitas pela conduta

Quando o consentimento dado pelo destinatário da proposta é um tanto ambíguo, torna-se desafiador categorizar a aceitação como expressa. No caso canadense mencionado anteriormente (*South West Terminal Ltd. v Achter Land*), o símbolo 👍 (emoji de “polegar para cima”) enviado pelo destinatário da proposta ao proponente via smartphone fica no meio do caminho entre uma aceitação expressa e uma aceitação tácita pela conduta. Embora o envio do símbolo seja um ato de comunicação, uma característica das aceitações expressas, o sentido comunicado pelo símbolo permanece um tanto ambíguo.

Para contratos formados pela internet, onde a aceitação é realizada clicando em um ícone ou usando uma senha, maior clareza pode ser alcançada através da introdução de várias etapas que precisam ser tomadas pelo consumidor antes de concluir o contrato. Por exemplo, o Código Civil francês, no Artigo 1127-2, adota o sistema de “duplo clique”. De acordo com esse sistema, o proponente (geralmente uma grande empresa) deve fornecer ao destinatário (geralmente um consumidor) uma oportunidade de revisar os detalhes do seu pedido e corrigir quaisquer erros antes da confirmação final da aceitação. Além disso, o proponente deve informar prontamente ao aceitante que a aceitação foi recebida. Quando o destinatário da proposta tem que passar por uma sequência de cliques para aceitar, é menos provável que a sua aceitação tenha sido feita de forma não intencional.

Em todos esses casos, observamos aceitações ocorrendo por meio de uma mistura de atos discursivos e comportamentos em graus variados, atravessando o meio termo entre aceitações expressas e aceitações tácitas por conduta. No entanto, dentro da escala que vai gradualmente das aceitações tácitas pela conduta até as aceitações expressas, eu colocaria essas aceitações mais perto da ponta expressa da escala, pois todas elas envolvem alguma forma de comunicação com o proponente.

5. A teoria falha da “*faktisches Vertragsverhältnis*”: principalmente casos de aceitação pela conduta, às vezes pretensões de enriquecimento injustificado, mas certamente não responsabilidade decorrente de um “comportamento social típico”

Do homem hipotético que anda de trólebus sem a intenção de pagar a tarifa (discutido pela doutrina jurídica) ao homem real em Hamburgo que queria estacionar o seu carro

em terreno público sem pagar a taxa cobrada pela empresa autorizada a operá-lo como estacionamento (BGH, 14.07.1956 - V ZR 223/54), a doutrina jurídica e os tribunais alemães tentaram desenvolver uma nova fonte obrigacional no direito privado distinta daquelas relacionadas à realização de promessas (contrato), da causação de danos (ato ilícito) e da obtenção de benefícios (enriquecimento injustificado).

O renomado jurista alemão Karl Larenz argumentou que a obrigação do passageiro de pagar a tarifa, ou a obrigação do motorista de pagar a taxa, se originava de uma nova fonte obrigacional decorrente do “comportamento social típico”, que fazia surgir uma “relação contratual de fato” entre o usuário do serviço e o seu fornecedor. Larenz distinguiu dois tipos de relações contratuais: as baseadas no consentimento das partes, que é um requisito para a formação dos contratos conforme o direito, e aquelas baseadas unicamente em seu comportamento, independentemente da existência de um prévio consentimento de ambas as partes aos termos do contrato. Segundo Larenz, as consequências jurídicas do comportamento dos usuários de serviços públicos não resultavam da sua intenção de se tornarem juridicamente vinculados com o uso e gozo desses serviços (fosse essa intenção real ou atribuída aos usuários pelo direito). Em vez disso, essas consequências lhes eram impostas com base no fato de que, independentemente da vontade dos usuários, o direito tomava o seu comportamento, de acordo com os usos gerais, como a fonte de novas obrigações.⁴

Este não é o lugar para uma crítica completa da teoria de Larenz, que ecoa a discussão do século XIX entre juristas alemães sobre como explicar a vontade de pessoas comuns de restarem juridicamente vinculadas, dada sua falta geral de conhecimento jurídico.⁵ Na minha opinião, não é artificial atribuir intenções de produzir efeitos jurídicos a pessoas que não os compreendem completamente. Muitos juristas ficariam surpresos ao saber que a ciência cognitiva contemporânea revelou que as pessoas possuem noções

⁴ LARENZ, Karl. Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 51-52, p. 1897-1900, 1956.

⁵ COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, tomo II, p. 347: “Na segunda metade do século XIX foi atacado, todavia, um outro ponto da doutrina da declaração de vontade: a saber, a concepção de que a vontade negocial esteja dirigida ao êxito jurídico, aos efeitos jurídicos originados pela declaração de vontade. Na verdade, as partes pensavam no êxito econômico que perseguiam com o negócio jurídico. O ordenamento jurídico disponibilizaria então – como consequência da proteção da autonomia das partes – uma regulamentação que fosse assegurar juridicamente tal êxito econômico; adaptando-se, em princípio, ao objetivo econômico das partes. (...) Entretanto, este ponto de vista não foi inteiramente consagrado. Certamente foi reconhecido que, no tráfico jurídico, as partes, ao realizarem suas declarações, não poderiam pensar em todas as consequências jurídicas do negócio; não obstante, foi mantido que as partes, com suas declarações, não apenas perseguiam um êxito econômico, mas também jurídico, especialmente, eficácia e vinculação jurídicas”. Esta é minha tradução livre da versão em espanhol do texto original em alemão. Eu me esforcei para explicar em outro lugar como o problema identificado pelos juristas alemães do século XIX – que levou a debates acalorados entre eles e possivelmente inspirou a criação da teoria falha de Larenz – poderia ser resolvido.

sofisticadas, matizadas e flexíveis de direitos e deveres, mesmo que não tenham consciência delas e nem consigam articular explicitamente tais noções.⁶

Isso é parecido com a questão de como as pessoas, apesar de serem perfeitamente capazes de ver e identificar objetos no mundo, não conseguem espontaneamente decifrar e explicar a natureza dos algoritmos que seus cérebros usam para processar estímulos visuais e identificar esses objetos.⁷ Da mesma forma, as crianças conseguem entender a gramática⁸ e o significado das palavras⁹ em sua língua nativa com base em poucos exemplos fornecidos pelo ambiente (ao contrário dos modelos recentes de inteligência artificial [LLMs] que exigem uma quantidade excessiva de dados), mesmo que não consigam explicar as regras gramaticais que estão aplicando e nem a maneira como aprendem tais regras e significados. Esses juristas também ficariam surpresos com o fato de as pessoas terem intuições sobre os conceitos de propriedade e posse, surpreendentemente parecidas com as concepções jurídicas, mesmo que não consigam definir esses conceitos explicitamente ou explicá-los de forma coerente quando questionadas.¹⁰

O uso de uma “gramática normativa” tácita para complementar aquilo que não é explicitamente dito é algo feito por todos os seres humanos neurologicamente sadios e não somente pelas pessoas leigas. Quando os especialistas em direito criam as normas jurídicas, eles nem sempre dizem o óbvio, deixando muitas questões em aberto, porque se valem das suas próprias intuições sobre a natureza de direitos, deveres e normas. Eles também contam com as intuições dos outros para que tais normas jurídicas possam ser

⁶ JACKENDOFF, Ray. The natural logic of rights and obligations. In: JACKENDOFF, Ray; BLOOM, Paul and WYNN, Karen (org.). *Language, Logic, and Concepts: essays in memory of John Macnamara*. Cambridge/London: The MIT Press, 2002, p. 67-95. Ray Jackendoff abordou o assunto através das lentes da ciência cognitiva. Para uma perspectiva igualmente perspicaz e meticulosamente analítica sobre a natureza dos direitos e deveres sob o ponto de vista da ciência jurídica, cf. STOLJAR, Samuel. *An analysis of rights*. London and Basingstoke: MacMillan, 1984.

⁷ Para uma introdução lúcida e acessível à questão, cf. PINKER, Steven. *How the mind works*. London: Penguin Books, 1998 (capítulo 4).

⁸ JACKENDOFF, Ray. *Foundations of Language: brain, meaning, grammar, evolution*. New York: Oxford University Press, 2002. Cf. também PINKER, Steven. *Words and Rules: the ingredients of language*. New York: Basic Books, 1999.

⁹ BLOOM, Paul. *How Children Learn the Meanings of Words*. Cambridge/London: The MIT Press, 2002.

¹⁰ BOYER, Pascal. Ownership psychology as a cognitive adaptation: a minimalist model. *Behavioral and Brain Sciences*, 46, e323: 1-68, 2023. Cf. também DeSCIOLI, Peter; KARPOFF, Rachel. People's judgments about classic property law cases. *Human Nature*, 26, p. 184-209, 2015; e DeSCIOLI, Peter; KARPOFF, Rachel; DeSCIOLI, Peter; KARPOFF, Rachel; De FREITAS, Julian. Ownership dilemmas: the case of finders versus landowners. *Cognitive Science*, 41, p. 502-522, 2017.

compreendidas.¹¹ O mesmo não pode ser dito sobre muitas ciências modernas, tais como a física¹² e a economia,¹³ em que o público não possui um equipamento mental intuitivo que o permita compreendê-las de maneira fácil e natural.

A maioria dos casos tratados sob o guarda-chuva das “relações contratuais de fato”, como passageiros embarcando em um trólebus ou motoristas entrando em um estacionamento, devem ser considerados contratos comuns em que houve uma aceitação tácita pela conduta dos clientes desses serviços. Afinal, todos sabem que esses serviços não são oferecidos de graça e que os prestadores os fornecem sob a condição de que o cliente concorde em pagar por eles, de acordo com os termos de serviço estabelecidos pelo prestador, quaisquer que eles sejam.¹⁴ Como os clientes fornecem o seu consentimento parcialmente no escuro, sem saber o teor exato dos termos com os quais eles estão concordando, o ordenamento jurídico lhes disponibiliza diversos mecanismos de proteção contra eventuais cláusulas surpreendentes ou abusivas.¹⁵ Os poucos casos em que a vontade de celebrar um contrato é expressamente negada pelos clientes, ou em

¹¹ Quanto ao método de criação do direito dos juristas romanos, cf. GORDLEY, James. *The jurists: a critical history*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 8-10: “Embora os conceitos usados por um filósofo grego, um físico moderno ou um economista moderno tenham por objetivo explicar a experiência ordinária, eles não são encontrados na experiência ordinária. Apenas um filósofo, um economista, ou um físico compreende conceitos tais como substância e acidente, matéria e energia, ou oferta e demanda. Em larga medida, os conceitos usados pelos romanos eram conceitos familiares provenientes da experiência ordinária. (...) Ao contrário de um filósofo, físico ou economista, os juristas romanos moviam de um conceito para a sua aplicação em um caso particular de uma só vez, sem antes explicar a maneira pela qual eles chegaram em um a partir do outro. (...) Uma característica do método dos juristas romanos era o fato de que eles elaboravam o significado de conceitos familiares provenientes da experiência ordinária. De fato, é difícil imaginar uma sociedade na qual alguns destes conceitos – tais como posse, culpa e consentimento – não fossem conhecidos por todos. (...) A genialidade dos juristas romanos não se encontrava no fato de eles serem capazes de descobrir novos conceitos, mas sim no fato de eles serem capazes de perceber a relevância jurídica de conceitos com os quais todos estivessem familiarizados”.

Obviamente, a ciência jurídica pode refinar e alterar aquilo que provém das nossas intuições, criando novos conceitos que divergem da experiência das pessoas leigas. Eventualmente, os novos esquemas interpretativos podem se tornar incomensuráveis com os padrões anteriores. Sobre essa questão, cf. VOSNIADOU, Stella (org.). *International handbook of research on conceptual change*. New York/London: Routledge, 2008.

¹² SHTULMAN, Andrew. *Scienceblind: why our intuitive theories about the world are so often wrong*. New York: Basic Books, 2017.

¹³ LEISER, David e SHEMESH, Yhonatan. *How we misunderstand economics and why it matters: the psychology of bias, distortion and conspiracy*. London/New York: Routledge, 2018.

¹⁴ Uma parte confere um benefício para a outra, a um custo para si mesma, em troca do recebimento de um benefício conferido pela outra parte, a um custo para a outra parte. Essa estrutura comportamental é tão antiga na história evolutiva humana que deixou marcas em nossa cognição. Os seres humanos possuem mecanismos psicológicos especializados na detecção dos violadores dessas barganhas mutuamente vantajosas (aqueles que recebem o benefício da outra parte, sem lhe conferir um benefício em troca). Esses mecanismos diferem dos mecanismos de detecção dos violadores de quaisquer outras regras abstratas. Sobre o assunto, cf. o artigo pioneiro de COSMIDES, Leda. The logic of social exchange: has natural selection shaped how humans reason? *Studies with the Wason selection task*. *Cognition*, v. 31, n. 3, p. 187–276, 1989.

¹⁵ LLOYD, Robert. The “circle of assent” doctrine: an important innovation in contract law. *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, vol. 7, p. 237-271, 2006 (discutindo a noção de “consentimento genérico” e as diversas áreas do direito contratual, institutos jurídicos e normas que conferem proteção ao contratante). Cf., também, FRIEDMAN, Stephen. Improving the Rolling Contract. *American University Law Review*, 56, 1, p. 01-50, 2006 (discutindo mais especificamente a questão dos contratos de adesão em que alguns dos termos contratuais não são apresentados para a outra parte no momento da contratação, fazendo com que ela forneça um consentimento parcialmente no escuro, e propondo soluções jurídicas para lidar com os problemas advindos desse tipo de contrato).

que eles são considerados legalmente incapazes, devem ser abordados pelo direito do enriquecimento sem causa ou injustificado (que é, em si mesmo, bastante diverso, compreendendo muitos padrões fáticos e normas diferentes).¹⁶ Não há necessidade de criar uma nova fonte de vínculo obrigacional.

Por sua vez, a crítica direcionada às jurisdições de *common law* é um pouco diferente. Elas não devem ser acusadas de atribuir casos de aceitação pela conduta a alguma misteriosa obrigação originada do “contato social”, como aconteceu nos círculos jurídicos alemães. Elas devem ser acusadas de ver casos de aceitação pelo silêncio, onde, na realidade, há apenas casos lidando com responsabilidade não contratual decorrente do enriquecimento injustificado de uma das partes.¹⁷

6. Diferenciando aceitações tácitas pela conduta de aceitações tácitas pelo silêncio

Geralmente, aceitações tácitas pela conduta envolvem uma ação positiva realizada pelo destinatário da proposta, indicando a sua disposição em restar vinculado juridicamente. Em contraste, aceitações tácitas pelo silêncio sempre ocorrem quando o destinatário da proposta permanece passivo e inerte, sendo a ausência de uma rejeição explícita dessa proposta entendida, após o decurso de certo período de tempo, como uma manifestação tácita de assentimento aos termos dela. Embora a distinção entre fazer algo (ação) e abster-se de fazer algo (inação) sirva como um critério útil para determinar se estamos lidando com uma aceitação pela conduta ou pelo silêncio, ela pode falhar em casos excepcionais. A razão é que, embora a aceitação pelo silêncio sempre envolva inação, há casos, ainda que raros, em que a conduta do destinatário da proposta é a sua escolha deliberada de abster-se de agir.

Para entender por que isso é assim, precisamos considerar outro fator: a ação realizada pelo oblato era algo que ele normalmente não faria a menos que pretendesse aceitar, ou era algo que ele normalmente faria independentemente da sua intenção de aceitar, não fornecendo pistas sobre o seu estado mental? No primeiro cenário, a ação positiva indicaria a sua disposição de aceitar a proposta. Seria um caso *comum* de aceitação tácita pela conduta, a conduta em questão sendo uma *ação* tomada pelo oblato (agora tornado aceitante). No segundo cenário, a sua ação não revelaria as suas verdadeiras intenções.

¹⁶ DAGAN, Hanoch. *The law and ethics of restitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

¹⁷ FULLER, Lon; EISENBERG, Melvin; GERGEN, Mark. *Basic contract law*. 10. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2018, p. 513.

Entretanto, é possível que haja uma aceitação pelo silêncio no segundo cenário se os pré-requisitos para esse tipo de aceitação forem atendidos, mas certamente não haveria uma aceitação pela conduta, pois a *ação do oblato* não teria relevância jurídica como uma manifestação *ativa* de consentimento.

Este fator também é relevante para inferirmos o que pode ser deduzido da inação do oblato: a decisão de se abster de fazer algo foi uma escolha que ele normalmente não faria a menos que pretendesse aceitar, ou foi uma decisão que ele normalmente tomaria independentemente da sua intenção de aceitar, não fornecendo pistas sobre o seu estado mental? No primeiro cenário, a sua inação indicaria a sua disposição de aceitar a proposta. Seria um caso *incomum de aceitação tácita pela conduta, a conduta em questão sendo a inação* do oblato (agora tornado aceitante). No segundo cenário, a sua inação não revelaria as suas verdadeiras intenções. Entretanto, é possível que haja uma aceitação pelo silêncio no segundo cenário se os pré-requisitos para esse tipo de aceitação forem atendidos, mas certamente não haveria aceitação pela conduta, pois a *inação do oblato* não teria relevância jurídica como uma manifestação *ativa de consentimento*.

Existe uma situação que pode gerar dúvidas quanto ao seu enquadramento: os casos em que as partes tinham celebrado anteriormente um contrato entre si dispondo que o silêncio de uma delas, em determinadas circunstâncias, deveria ser entendido como manifestação de concordância com determinados termos contratuais.¹⁸ Em tais casos, mesmo que a inação fosse algo ordinariamente esperado do oblato, seria razoável interpretar a sua opção de permanecer inerte como uma manifestação de *concordância ativa*, por causa do contrato anterior que havia atribuído um significado jurídico à sua inação, desde que o oblato (agora tornado aceitante) estivesse consciente da relevância jurídica do seu silêncio. Por isso, teríamos aqui – em caráter excepcional – uma hipótese de aceitação tácita pela conduta, em vez de uma aceitação tácita pelo silêncio.

As aceitações tácitas pelo silêncio são sempre manifestações *passivas* de assentimento (ausência de rejeição explícita da proposta), enquanto as aceitações tácitas pela conduta são sempre manifestações *ativas* de assentimento, seja pela escolha do destinatário da proposta de *tomar alguma ação* (o caso mais comum) ou por sua escolha de *não fazer nada* (o caso menos frequente), sendo a hipótese de inação reveladora da existência de

¹⁸ Para uma excelente exposição sobre esses tipos de contratos, mostrando a variedade de contratos dessa natureza, a regulamentação existente em diferentes jurisdições, bem como propondo uma legislação modelo para solucionar os problemas decorrentes de tais contratos, cf. CARUSO, Kaitlin e COX, Prentiss. Silence as consumer consent: global regulation of negative option contracts. *American University Law Review*, v. 73, p. 1611-1715, 2024.

uma aceitação tácita pela conduta, em vez de uma aceitação tácita pelo silêncio, quando a realização de uma ação seria ordinariamente esperada nas circunstâncias do caso ou quando as partes haviam previamente celebrado um contrato atribuindo significado jurídico para a inação do oblato.

Em resumo, todos os casos de aceitação tácita pelo silêncio ocorrem quando o destinatário da proposta se abstém de tomar qualquer ação, enquanto a aceitação tácita pela conduta normalmente, embora nem sempre, envolve o destinatário da proposta tomando alguma ação aberta (que pode ou não ser facilmente observável).

7. Em que circunstâncias a aceitação pelo cumprimento ou pela conduta deve ser comunicada pelo destinatário da proposta ao proponente?

7.1. Apresentando a opaca regra alemã

O Código Civil alemão prevê a seguinte regra (BGB, § 151):

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.

O contrato se torna perfeito pela aceitação da proposta, sem que seja necessário declarar a aceitação ao proponente, caso tal declaração, de acordo com os usos e costumes, não deva ser esperada ou o proponente a tenha dispensado. O momento em que a proposta expira é estabelecido de acordo com a vontade do proponente, conforme pode ser inferida da proposta ou das circunstâncias.

O dispositivo legal carece de clareza. Embora faça referência à aceitação (*Annahme*) em geral, sem distinguir entre diferentes tipos de aceitação, seu escopo não pode ser tão amplo. Eu vou me aprofundar, na próxima subseção, na questão de como tal dispositivo é interpretado pela doutrina e tribunais alemães. No entanto, antes de fazê-lo, destacarei os problemas em sua redação e explicarei as diferentes maneiras pelas quais ele poderia ser interpretado, considerando-se a linguagem nele empregada. Como veremos, eu concordo com os alemães quanto aos resultados dos casos, mas discordo da terminologia por eles usada. A distinção entre aceitações expressas e aceitações tácitas pela conduta é

obscurificada pelo uso do termo “declaração” (*Erklärung*) para se referir tanto às declarações em sentido estrito, quanto às condutas tácitas não declarativas.

Proponho que o § 151, BGB, não deve abranger as aceitações expressas, que por sua própria natureza precisam ser transmitidas (“declaradas”) ao proponente, sob pena de serem desqualificadas como tal, bem como as aceitações tácitas pelo silêncio, que não exigem comunicação. Eu interpreto o dispositivo legal como se ele estivesse se referindo apenas às aceitações tácitas pela conduta que não tenham de ser comunicadas ao proponente. Por sua vez, não é muito clara a questão de se o dispositivo legal também quis abranger as aceitações tácitas pela conduta que precisem ser comunicadas ao proponente (sobre essa questão, vide a seção 7.6 deste ensaio).

O dispositivo legal seria bizarro caso ele estivesse se referindo às hipóteses de aceitação tácita pelo silêncio. Apesar de inúmeras afirmações em contrário na doutrina jurídica e nos pronunciamentos judiciais, eu ainda não fui capaz de identificar uma verdadeira instância de aceitação pelo silêncio em virtude de usos e costumes comerciais. Os casos identificados pela doutrina e jurisprudência envolvem tipicamente pretensões baseadas no regime do enriquecimento injustificado ou hipóteses de aceitações tácitas pela conduta. Práticas costumeiras de aceitação pelo silêncio seriam impossíveis em qualquer mercado mundano, pois os proponentes precisariam ser figuras oniscientes e benevolentes. Suas propostas teriam que ser tão perfeitamente adequadas que os oblatos nem se dariam ao trabalho de responder, pois seria natural que eles aceitassem.

Não há práticas costumeiras quando dois comerciantes, que têm um relacionamento de longa data, enviam,¹⁹ recebem e pagam pelas mercadorias sem nunca se comunicarem expressamente um com o outro. Este é um exemplo de aceitação pela conduta, onde a conduta em questão envolve os atos de recebimento e pagamento pelas mercadorias. Isso é bem diferente de uma aceitação pelo silêncio, em que o aceitante é completamente inerte. Acrescente-se o fato de que o costume não é uma prática entre dois indivíduos

¹⁹ O envio de uma mercadoria como uma proposta de venda seria denominado como uma proposta “não promissória” na linguagem do *Restatement (Second) of Contracts*, § 55, porque o cumprimento do contrato por parte do proponente já estava concluído quando a proposta foi feita, não restando mais nada a ser cumprido, daí a ausência – na proposta de venda – de uma “promessa” de futuro cumprimento. Eu ainda consideraria a proposta de venda como “promissória” no sentido de que o proponente, ainda que tacitamente, promete estar vinculado aos termos do contrato; promete que os bens que foram enviados não têm defeitos; que estão livres de ônus; etc. A abordagem do *Restatement* quanto às promessas criadoras de vínculo obrigacional se parece com a maneira como Hugo Grotius as tratou. Sobre esse ponto, cf. KOWALSKI, Klaus. *Das Vertragsverständnis des Hugo Grotius: Zwischen Gerechtigkeit, Treue und Rechtsübertragung*. Köln: Böhlau, 2022 (particularmente o capítulo oito). Sobre as promessas em geral e a sua relação com o direito contratual, cf. HOGG, Martin. *Promises and contract law: comparative perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2011.

específicos, mas uma prática disseminada na sociedade.²⁰ Por isso, no exemplo usualmente citado por doutrinadores e tribunais, não há nem silêncio e nem costume.²¹

Além disso, a mera dispensa pelos proponentes da necessidade de uma resposta dos oblatos, sem indícios objetivos de que tais oblatos valorizam a prestação que lhes é oferecida, não seria suficiente para caracterizar o seu silêncio (ausência de objeção) como concordância não declarada com os termos da proposta. Há casos genuínos de aceitação pelo silêncio, como nas situações em que o oblato permanece em silêncio após receber uma proposta que ele havia solicitado anteriormente;²² ou como nas situações em que a proposta é feita exclusivamente para o seu benefício, sem quaisquer tipos de ônus ou encargos que a acompanhem;²³ ou como nas situações em que o proponente, que não

²⁰ Há autores, como Guzmán Brito, que defendem o ponto de vista de que o costume é uma prática reiterada, independentemente do seu grau de generalidade, se apenas entre dois indivíduos ou disseminada na sociedade. Cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro. El fundamento de validez de la costumbre como fuente de derecho. *Revista Chilena de Derecho*, v. 22, n. 3, p. 623-628, 1995. O autor examina o fundamento da obrigatoriedade dos costumes sugerido por alguns juristas romanos (convenção tácita entre os cidadãos), medievais (permissão expressa ou tácita dada pela autoridade) e modernos (convicção comum sobre a existência de uma norma jurídica manifestada através do comportamento reiterado), oferecendo uma alternativa própria para tal obrigatoriedade que difere das fundamentações anteriores. No final do seu artigo, Guzmán Brito afirma que, independentemente de qual seja o fundamento da obrigatoriedade, nem todos os costumes irão receber eficácia jurídica (p. 628): “são costumes jurídicos aqueles que um juiz decidir aplicar, sendo que o juiz decidirá aplicá-los ou não, quando considerar que a regularidade em questão pertence ou não ao campo próprio do direito”. O artigo de Guzmán Brito apresenta muitos méritos, mesmo que eu discorde de alguns pontos, como a questão do grau de generalidade necessário para o surgimento de um costume e o fundamento da obrigatoriedade sugerido pelo autor. Entretanto, este não é o local adequado para fazer uma exposição completa sobre o assunto.

²¹ Em sentido contrário ao afirmado no texto e com o objetivo de ilustrar, em minha visão incorretamente, uma hipótese em que o silêncio do oblato deve ser considerado como aceitação em virtude dos usos e costumes mencionados no art. 432 do Código Civil brasileiro, cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 3: contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79: “se, por exemplo, um fornecedor costuma remeter os seus produtos a determinado comerciante, e este, sem confirmar os pedidos, efetua os pagamentos, instaura-se uma praxe comercial”. Esse é um claro exemplo de aceitação tácita pela conduta. Caso, posteriormente, o comerciante decidisse recusar o recebimento e o pagamento pelas novas remessas, ele teria de indenizar o fornecedor com base no regime jurídico da responsabilidade civil pré-contratual pelas falsas expectativas criadas em tal fornecedor quanto à celebração de futuros contratos de compra e venda com o comerciante; mas provavelmente não iríamos considerar que tais contratos teriam sido formados pelo mero fato de não ter chegado a tempo a rejeição da proposta de venda. Somente na hipótese de as remessas do fornecedor terem sido feitas a pedido do comerciante (supondo-se que tal pedido era um mero convite à negociação e não uma proposta de compra), e desde que a proposta tácita de venda do fornecedor estivesse em conformidade com o estipulado no pedido do comerciante, é que poderíamos considerar o silêncio (ausência de objeção tempestiva) desse comerciante como aceitação da proposta de venda, conforme esclarecido na nota de rodapé abaixo. De qualquer maneira, em nenhuma hipótese (aceitação tácita pela conduta ou pelo silêncio) existiria uma prática costumeira disseminada na sociedade de aceitação pelo silêncio no exemplo dado pelo autor citado.

²² NUSSBAUM, Artur. Comparative Aspects of the Anglo-American offer-and-acceptance doctrine. *Columbia Law Review*, 36, p. 920-929, 1936 (citando jurisprudência de vários ordenamentos, tais como Alemanha, Itália, Áustria, dentre outros). Em tais situações, é razoável proteger as legítimas expectativas dos proponentes, considerando-se que a formação do contrato não irá violar a autonomia privada dos oblatos em seu aspecto negativo (liberdade de não contratar contra a sua vontade), considerando-se que eles já teriam dado o seu prévio consentimento ao teor da proposta.

²³ Um exemplo é o disposto no art. 539 do Código Civil brasileiro, que diz que se o donatário não rejeitar expressamente uma proposta de doação feita pelo doador, dentro do prazo de aceitação que lhe fora dado, então entender-se-á que ele deu o seu assentimento. Em alguns países, como na França, essa regra é aplicada não apenas no contexto do contrato de doação, mas em relação a outros contratos gratuitos (Cass Req 29 mars DP 1938.1.5; Cass Civ 1 dec, 1969, D 1970.422). Em tais situações, a formação do contrato estaria em conformidade com a vontade presumível dos oblatos em geral, inexistindo uma violação da sua autonomia privada em seu aspecto negativo.

possui muitas alternativas e tem urgência em saber o posicionamento do oblato, pode sofrer prejuízos com a demora do oblato em dar-lhe uma resposta.²⁴ Essas instâncias de aceitação pelo silêncio não são derivadas de práticas costumeiras, mas são motivadas por políticas públicas específicas que o direito quer promover. Outra instância ocorre quando o proponente dispensa a necessidade de uma aceitação expressa ou tácita pela conduta e o oblato não responde expressamente e nem toma alguma ação (ou se abstém de fazer algo) que indique claramente a sua disposição de aceitar, de modo que não possa ser identificada uma aceitação tácita pela conduta, mas em que é razoável interpretar o seu silêncio como uma verdadeira hipótese de aceitação tácita pelo silêncio por razões de política pública, conforme esclarecido na nota de rodapé abaixo (nota 25).

O problema com o § 151, BGB, é que a sua redação poderia abranger ambos os cenários: (i) dispensa da necessidade de o destinatário da proposta informar ao proponente que ele já havia aceitado ao adotar alguma conduta, mas não dispensa da conduta em si, que revela a sua disposição de aceitar; (ii) dispensa da necessidade de o destinatário da proposta fazer uma aceitação expressa ou uma aceitação tácita pela conduta, *talvez* um caso genuíno de aceitação tácita pelo silêncio,²⁵ desde que houvesse indícios objetivos de que tal destinatário valorizava a prestação oferecida pelo proponente. Em relação ao primeiro cenário, que é o entendimento da doutrina alemã sobre o âmbito de aplicação do dispositivo legal (conforme veremos na seção 7.2), não há nenhuma objeção a ser feita à redação do dispositivo legal. Em relação ao segundo cenário, a redação do dispositivo

²⁴ Como no caso do agricultor que fez uma proposta de seguro para assegurar a sua plantação contra certos riscos meteorológicos e que não recebeu uma resposta tempestiva da seguradora, positiva ou negativa, antes da materialização daqueles riscos: *Kukuska v. Home Mut. Hail-Tornado Ins. Co.*, 204 Wis.166, 235 N.W. 403 (1931). Observe-se que o agricultor não tinha alternativa de negociar com outras seguradoras enquanto estivesse pendente a resposta da seguradora a quem ele dirigiu a sua proposta. Esta, por sua vez, talvez tivesse incentivos econômicos para atrasar a emissão da sua resposta. Outro exemplo em que o proponente também pode sofrer prejuízos com o atraso da resposta, positiva ou negativa, da outra parte é fornecido pelo art. 303 do Código Civil brasileiro, que envolve a proposta feita pelo adquirente de um imóvel hipotecado para assumir a dívida do devedor, antigo proprietário do imóvel, perante o seu credor. Em tais situações, ainda que a formação do contrato pudesse, de alguma maneira, enfraquecer o respeito à autonomia privada dos oblatos em seu aspecto negativo, existiriam fortes razões de política pública para considerar o seu silêncio como aceitação, tais como a necessidade de proteger os proponentes que se encontram em situação de vulnerabilidade contra a especulação econômica feita pelos seus oblatos.

²⁵ O uso do vocábulo “talvez” é por conta da ambiguidade quanto ao enquadramento deste tipo de aceitação, que pode ser eventualmente caracterizada como uma aceitação tácita pela conduta em que a conduta em questão é a inação do aceitante (ver a seção 6 deste ensaio). Tudo depende do grau de consciência do aceitante quanto à relevância do seu silêncio. Se o aceitante estiver plenamente consciente da cláusula estipulada pelo proponente em sua proposta ou num contrato anteriormente celebrado entre as partes, e ele quiser sinalizar a sua aceitação pelo seu silêncio, então a sua inação deverá ser categorizada como uma aceitação tácita pela conduta. Por outro lado, se – apesar da existência da cláusula – o aceitante não tiver plena consciência da relevância jurídica do seu silêncio, então, por razões de política pública, a sua inação deverá ser categorizada como uma aceitação tácita pelo silêncio, considerando-se que ele não tinha uma clara intenção de sinalizar a sua concordância com os termos da proposta por meio da sua inação. Em tal hipótese, a intenção de se vincular juridicamente será atribuída ao aceitante pelo ordenamento jurídico em razão dela estar em conformidade com a sua vontade presumida, considerando-se a existência dos indícios objetivos de que ele valorizava o recebimento da prestação oferecida pelo proponente, e em razão da necessidade de se proteger a confiança do proponente.

legal do código alemão seria defeituosa, pois faz referência apenas à dispensa feita pelo proponente, omitindo a questão dos indícios.

Em suma, o dispositivo, com algum grau de liberdade interpretativa, poderia até cobrir as hipóteses de aceitação pelo silêncio nos casos de dispensa feita pelo proponente, desde que corrigida a sua linguagem. Por outro lado, quando o dispositivo legal se refere a práticas costumeiras, ele não está abordando de forma alguma casos de aceitação pelo silêncio. Isso só pode se referir a aceitações pela conduta ou pelo cumprimento.²⁶

7.2. A maneira peculiar como o dispositivo legal é interpretado por juristas e jurisprudência alemães

Os juristas alemães partem da premissa de que um contrato é formado pelas declarações de vontade (proposta e aceitação) das partes. Essa forma de enxergar o assunto foi construída gradualmente ao longo do tempo. Os juristas romanos não desenvolveram nenhuma teoria geral das declarações de vontade, ou nenhuma teoria geral de declarações específicas de vontade, como propostas e aceitações. Eles lidaram com os problemas caso a caso. Os juristas medievais tentaram criar algumas regras gerais sobre propostas e aceitações a partir das fontes romanas,²⁷ mas apenas os escolásticos tardios as fundamentaram em alicerces mais sistemáticos baseados em princípios filosóficos.²⁸ Os jusnaturalistas começaram a perder de vista os fundamentos filosóficos estabelecidos pelos escolásticos tardios.²⁹ Esse desenvolvimento levou às teorias da vontade do século XIX, quando os juristas desenvolveram regras sobre proposta e aceitação (e, mais geralmente, sobre “declarações de vontade”) com base em fundamentos puramente

²⁶ Infelizmente, o legislador brasileiro, ao contrário do português, reinterpretou a regra alemã como se ela estivesse estabelecendo hipóteses de aceitação pelo silêncio, ao invés de pela conduta ou pelo cumprimento. O art. 432 do Código Civil brasileiro afirma que “se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”. O ponto problemático do dispositivo brasileiro se encontra na parte final da sua redação, que o transformaria, em tese, ainda que não na prática, em um dispositivo regulador das hipóteses de aceitação pelo silêncio. Nem mesmo o celebrado Pontes de Miranda, tão atento às lições da doutrina alemã, se deu conta da impropriedade da redação do dispositivo equivalente ao atual art. 432 no Código Civil brasileiro de 1916, conforme pode ser visto da sua confusa exposição sobre o assunto. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Tomo XXXVIII [Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 88-89.

²⁷ GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 45-49 (descrevendo a maneira como os juristas medievais derivaram regras gerais sobre a proposta e a aceitação a partir de casos romanos específicos).

²⁸ Id., p. 79-81 (descrevendo a discussão entre os escolásticos tardios). Sobre este ponto, com mais detalhes, cf. DECOCK, Wim. *Theologians and contract law: the moral transformation of the ius commune* (ca. 1500-1650). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2013, p. 178-192.

²⁹ GORDLEY, p. 81-82 (descrevendo a discussão entre os jusnaturalistas).

conceituais, em vez dos propósitos que as regras deveriam servir.³⁰ Essas declarações de vontade geralmente devem ser “recebidas” pela outra parte para serem efetivas. A recepção significa, normalmente, que a declaração chegou na esfera de controle do destinatário ou chegou ao seu conhecimento.

Uma aceitação, como qualquer outro tipo de declaração de vontade, deve ser “recebida” pela outra parte (BGB, § 130). No entanto, como explica um comentarista, citando outros estudiosos e jurisprudência, o § 151 prevê que “sob certas circunstâncias, a aceitação não requer recebimento. É importante ressaltar que a primeira frase não dispensa a exigência de que a aceitação deva ser declarada. Uma declaração de aceitação é necessária, apenas o seu recebimento não é”.³¹ Outros comentaristas concordam, afirmando que “para facilitar as transações jurídicas, é dispensado o acesso à declaração de aceitação, mas não à [realização da] declaração de aceitação como tal (...). Nesses casos, a lei trata a aceitação como uma declaração de vontade que não requer recebimento”.³²

Esta é uma construção peculiarmente estranha do termo “declaração” (*Erklärung*), que não se alinha com a linguagem explícita do dispositivo legal. Embora uma “declaração” possa ser tacitamente feita em alguns contextos, esse não é o sentido empregado no § 151 do código alemão. Em tal dispositivo, a palavra “declaração” assume um significado muito específico: deve ser interpretada como um ato de comunicação, não como a conduta indicativa da aceitação em si. Ao contrário do que os comentaristas afirmaram, sob certas circunstâncias, o § 151 realmente dispensa a exigência de que a aceitação seja declarada. Ele diz explicitamente isso: “sem que a aceitação tenha que ser declarada (*erklärt*) ao proponente”.³³ Em vez de dizer que o “recebimento” da “declaração” (não comunicada) é dispensado em determinadas circunstâncias, deveríamos dizer que, nessas circunstâncias, a aceitação tácita pela conduta não precisa ser comunicada, ou “declarada” ou “notificada” à outra parte.

³⁰ Idem, pág. 139-140 (descrevendo a recepção anglo-americana das regras sobre proposta e aceitação), p. 175-180 (descrevendo a discussão e as controvérsias em torno das regras da proposta e aceitação na França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos). Observe-se que, na Alemanha, tais negócios jurídicos unilaterais eram considerados tipos específicos de “*Willenserklärungen*”).

Sobre as origens históricas da noção de “*negotia iuridica*” ou “atos jurídicos”, bem como a sua relação com as “declarações de vontade”, cf. a excelente exposição de GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, (IV): Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 26, p. 187-245, 2004.

³¹ WAIS, Hannes. [Comentário sobre o § 151 do BGB.] In: DANNEMANN, Gerhard e SCHULZE, Reiner (org.). *German civil code (BGB): article-by-article commentary*. Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. München/Baden-Baden: C.H. Beck and Nomos, 2020, p. 201.

³² ARMBRÜSTER, Christian. [Comentário sobre o § 151 do BGB.] In: WESTERMANN, Harm Peter; GRUNEWALD, Barbara and MAIER-REIMER, Georg (org.). *Erman Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar mit Nebengesetzen*. 17. ed. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2023, p. 510.

³³ “*ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht*”.

Embora o Código Civil alemão tenha se esforçado para ser um monumento de precisão terminológica, isso não significa que o uso da terminologia jurídica tenha sido consistentemente aplicado em todo o texto. Em algumas ocasiões, o termo “declaração” (*Erklärung*) pode ter significados diferentes. Pode significar, como no § 151, um ato explícito de comunicação, que pode ser “recebido” pela outra parte, ou pode significar qualquer comportamento, comunicado ou não, do qual seja possível inferir a intenção de alguém de restar juridicamente vinculado.

Em alguns casos, tal comportamento, cujo significado é muito claro nas circunstâncias, pode ser facilmente observado (e foi feito com a intenção de ser observado) pela outra parte, tornando-o semelhante a uma aceitação expressa que foi genuinamente “declarada”, mesmo que não por palavras faladas ou escritas.³⁴ Em outros casos, tal comportamento não foi feito com a intenção de ser (ou não é fácil de ser) diretamente observado, ainda que isso possa teoricamente ocorrer em alguns casos, ou tal comportamento é um tanto ambíguo, tornando-o semelhante a uma aceitação tácita pela conduta, cuja comunicação posterior ao proponente pode ser exigida ou não pelo direito.

7.3. Uma tipologia dos atos voluntários produtores de efeitos jurídicos queridos pela pessoa que atua

A doutrina alemã faz uma distinção entre as “declarações receptícias de vontade” (*empfangsbedürftige Willenserklärungen*), que são endereçadas a alguém, mesmo que o destinatário não possa ser imediatamente identificado, tais como propostas contratuais, declarações de exercício de direitos contratuais, entre muitas outras, e

³⁴ O Código Civil português contém uma fórmula que faz um uso muito expansivo do termo “declaração” no art. 217.º (1) ao dizer que: “a declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. O que o dispositivo legal português chama de “declaração tácita” nem sempre é um negócio jurídico declarativo (veja a seção 7.3 abaixo). Tudo depende, conforme eu esclareci no corpo do texto, da intenção do agente de comunicar algo para a outra parte. Inexistindo tal intenção, não há nenhuma declaração e, conforme a linguagem do dispositivo legal português, a vontade (não declarada) do agente “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. Existindo tal intenção e sendo o sinal (emitido em palavras, escrito ou outro meio) diretamente observável e contendo um sentido razoavelmente claro, teremos uma “declaração expressa”. Por outro lado, existindo a intenção do agente de comunicar algo para a outra parte, mas com alguma deficiência no sinal emitido em termos de facilidade de observação direta e ou clareza de sentido, então teremos uma “declaração tácita”. Em tal hipótese, na linguagem do dispositivo legal português, a vontade (declarada) do agente “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. Em alguns casos, por motivos de segurança jurídica, talvez fosse razoável obrigar o declarante que fez uma declaração tácita muito deficiente a comunicar posteriormente para a outra parte a existência da sua intenção, assim como o agente (não declarante) é obrigado a comunicar posteriormente a ocorrência da aceitação tácita pela conduta em determinadas circunstâncias. Portanto, em certos casos, a declaração tácita muito deficiente poderia ser equiparada a uma não declaração, sendo que a vontade do agente talvez tivesse de ser posteriormente comunicada ou não para a outra, a depender dos fatores identificados mais adiante neste ensaio (vide a seção 7.7). Em sentido diverso, mais em conformidade com o uso linguístico alemão, cf. a extensa obra de PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

“declarações não receptícias de vontade” (*nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen*), que não precisam ser endereçadas a alguém para que produzam efeitos, tais como testamentos.

Existem dois pontos problemáticos, o uso do termo “declaração” para atuações jurídicas em que não há “declaração”, e o uso do termo “receptícia” para aquelas situações em que nada precisa ser recebido pela outra parte. Mesmo que ignorássemos o problema do uso indiscriminado do termo “declaração” naqueles casos em que nada é declarado, existe o problema da classificação da declaração como “receptícia” quando ela claramente não precisa ser recebida pela outra parte.

Por exemplo, em termos estritamente lógicos, a aceitação expressa deveria ser caracterizada como uma “declaração receptícia”, enquanto a aceitação tácita pela conduta (que não precisa ser comunicada para a outra parte) deveria ser caracterizada como uma “declaração não receptícia” de vontade.

Entretanto, muitos autores alemães ignoram a lógica e, apesar das contradições evidentes, dizem que: (i) a aceitação (tácita pela conduta) é considerada, essencialmente, como uma “declaração receptícia”;³⁵ (ii) que não precisa ser “declarada”;³⁶ (iii) mas cuja “declaração” todavia precisa ser feita, porque apenas o “recebimento” pela outra parte é dispensado;³⁷ (iv) que, por força de lei, se torna uma declaração não receptícia;³⁸ (v) apesar de (não nos esqueçamos do primeiro ponto!) permanecer, essencialmente, uma declaração receptícia.

A terminologia do Código Civil alemão é criticável e gera contradições linguísticas inescapáveis. Conforme esclarecido por Francesco Santoro-Passarelli:

A regra é que nos negócios jurídicos a vontade seja não apenas expressa, mas declarada. Isto é, manifestada a outras pessoas, de forma específica

³⁵ ARMBRÜSTER, Christian. [Comentário sobre o § 151 do BGB.] In: WESTERMANN, Harm Peter; GRUNEWALD, Barbara and MAIER-REIMER, Georg (org.). *Erman Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar mit Nebengesetzen*. 17. ed. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2023, p. 510: “Die Annahme ist, gleich ob sie ausdrückt oder konkludent erklärt wird, grundsätzlich eine empfangsbedürftige Willenserklärung” (A aceitação, independentemente de ser declarada expressa ou tacitamente, é essencialmente uma declaração receptícia de vontade).

³⁶ Id., p. 510: “Allerdings braucht die Annahme in den Fällen der §§ 151, 152 nicht gegenüber dem Antragenden erklärt zu werden” (Contudo, nos casos dos artigos 151º e 152º, a aceitação não necessita de ser declarada ao proponente).

³⁷ Id., p. 510: “Damit wird zur Erleichterung des Rechtsverkehrs auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet, nicht jedoch auf die Annahmeerklärung als solche” (A fim de facilitar as transações jurídicas, é dispensado o acesso à declaração de aceitação, mas não à [realização da] declaração de aceitação como tal).

³⁸ Id., p. 510: “Das Gesetz macht in diesen Fällen die Annahme zu einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung” (Nestes casos, a lei torna a aceitação uma declaração não receptícia de vontade).

ou genérica. (...) Ao lado dos negócios em que a vontade é declarada, há outros em que a vontade não é declarada, mas apenas expressa mediante implementação (*attuazione*). Para designar esta segunda (e controversa) categoria de negócios jurídicos, mesmo a terminologia não é unívoca: fala-se em manifestação, em negócio de vontade, de comportamento ou conduta. Nenhum destes termos parece satisfatório: não o termo manifestação, porque, como outros já salientaram, manifestação é sinônimo de declaração; não o termo negócio de vontade, porque tal fórmula, ao menos no nosso uso linguístico, não indica a diferença com o negócio declarativo; não, por fim, os termos comportamento ou conduta, porque – além de, como genéricos, também incluírem a declaração – eles indicam uma relação com outros quando o sujeito faz a sua atividade negocial, sendo que tal relação está ausente no caso dos negócios de que estamos tratando. Por isso, preferimos usar o termo implementação para nos referirmos ao elemento formal destes negócios. Com tal palavra, é posto em evidência a característica peculiar desses negócios de realizar imediatamente a vontade do sujeito, de satisfazer o seu intento, sem colocar o agente numa relação com outros sujeitos: negócios que implementam ao invés de negócios que declaram. (...) A ocupação e o abandono (art. 923), a denominada aceitação tácita da herança (art. 476), a destruição do testamento holográfico (art. 684), a retirada do testamento secreto (art. 685), a transformação da coisa legada (art. 686), o cumprimento do contrato pelo aceitante antes da resposta (art. 1327), o cumprimento do negócio anulável (art. 1444) são todas atividades que, se realizadas conscientemente, pressupõem, algumas necessariamente, outras por exigência normativa, uma vontade negocial e, portanto, a exprimem; mas não a declaram a outras pessoas, a quem não foram endereçadas, mas sim a implementam.³⁹

Em tese, a “vontade produtora de efeitos jurídicos” poderia ser classificada, dentre outros esquemas classificatórios concebíveis, em vontade que:

- Não precisa ser exteriorizada (raro, talvez as hipóteses de aceitação pelo silêncio)
- Precisa ser exteriorizada, mas *não necessariamente* comunicada (e.g., testamento; aceitação tácita pela conduta, etc.)

³⁹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9ª ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012, p. 136-137.

- Precisa ser exteriorizada e, *em princípio*, comunicada:
 - para destinatários incertos (e.g., proposta endereçada ao público)
 - para destinatários certos:
 - com endereço incerto
 - com endereço certo

Em vez de falar em “declaração”, talvez fosse mais prudente falar em “vontade produtora de efeitos jurídicos”, declarada ou não,⁴⁰ mas (quase) sempre “exteriorizada”, que, a depender das circunstâncias, precisa chegar ao conhecimento ou esfera de controle da outra parte e/ou⁴¹ lhe ser adequadamente⁴² comunicada como um pressuposto para a produção dos efeitos da vontade do agente, sendo dispensada a chegada da comunicação tempestiva ao conhecimento ou esfera de controle da outra parte na hipótese de ela ter de suportar o

⁴⁰ Isso depende da intenção do “produtor da vontade exteriorizada” de comunicá-la para a outra parte. Em alguns casos, essa intenção pode ser (ou não ser) um requisito adicional para a produção dos efeitos jurídicos visados. Cf., por exemplo, o caso *Dickinson v. Dodds* (1875) 2 Ch D 463 em que o senhor John Dodds fez uma proposta de venda de um imóvel para o senhor George Dickinson no dia 10 de junho de 1874 (quarta-feira). Essa proposta iria ficar aberta, podendo ser aceita, até às 9 horas da manhã do dia 12 de junho (sexta-feira). Na quinta de manhã, o destinatário da proposta (Dickinson) tomou a decisão de aceitar, mas não falou nada para a outra parte porque ele acreditava que ainda tinha até as 9 horas do dia seguinte para declarar a sua aceitação. Ainda durante a quinta-feira, o senhor John Dodds vendeu o imóvel para um terceiro. Por meio de alguém, essa informação chegou ao conhecimento do senhor Dickinson que notificou o senhor Dodds, no final da quinta-feira, comunicando-lhe o fato de que ele estava realizando a aceitação. De acordo com o direito inglês, a proposta era revogável e, portanto, poderia ser revogada a qualquer momento antes da expedição da aceitação pelo aceitante. Entretanto, embora revogável, o vendedor nunca chegou a revogar expressamente a proposta de venda por um ato de comunicação. No caso concreto, embora o senhor Dodds tenha tido a intenção de revogar a sua proposta de venda do imóvel, endereçada para Dickinson, a qual foi exteriorizada pelo seu comportamento de venda do imóvel para um terceiro, ele nunca chegou a comunicar formalmente a revogação (que é um negócio jurídico unilateral que retira os efeitos do negócio revogado). O tribunal que decidiu o caso entendeu que a tomada de ciência, por parte do destinatário da proposta, a respeito da intenção do proponente de não mais estar vinculado à proposta de venda, aliada ao fato de que tal destinatário não sofreu prejuízos por confiar indevidamente na continuidade da vigência da proposta, era suficiente para dispensar a necessidade de comunicação, pelo proponente vendedor, da sua vontade exteriorizada de revogar a proposta contratual. O caso inglês ilustra uma situação em que o “produtor da vontade exteriorizada” teve a intenção de produzir os efeitos jurídicos da revogação, mas nunca teve a intenção de “declarar” tal intenção para a outra parte. Portanto, seria incorreto denominar a sua vontade exteriorizada como “declaração” (mesmo que tácita), dada a ausência da intenção de realizar declaração, assim como seria incorreto chamar o produtor da vontade de “declarante”.

⁴¹ O uso da expressão “e/ou” serve para indicar: (i) aquelas situações em que a ciência do destinatário supre a falta de uma comunicação adequada (como no caso *Dickinson v. Dodds*), desde que a ausência de comunicação adequada não deva ser considerada algo insanável; (ii) aquelas situações em que – mesmo em face da ausência de ciência oportuna (ou em face da ausência de chegada de um “documento” emitido para que o destinatário viesse a tomar ciência) – o conteúdo comunicado deve produzir os seus efeitos normais porque foi emitida uma comunicação adequada ao destinatário; (iii) aquelas situações em que não basta o destinatário ter tomado ciência do conteúdo que a outra parte queria lhe comunicar, mas também é necessário que a comunicação tenha sido feita de maneira adequada.

⁴² “Adequadamente” significa aqui que o ato comunicativo seguiu os requisitos formais, se algum, exigidos pelo direito para a validade da comunicação de certas intenções (e.g., a Lei nº 6.766/79, em seu art. 32, § 1º, diz que o pedido formulado pelo vendedor para que o comprador cumpra o contrato, sob pena de sua resolução, tem de ser comunicado via intimação a ser entregue pelo Oficial do Registro de Imóveis) ou seguiu os requisitos formais que *as próprias partes*, no exercício da sua autonomia privada, estabeleceram para a validade do ato comunicativo.

risco quanto à não chegada.⁴³

7.4. Separando as regras sobre a “coisa a ser comunicada” das regras que regulam os atos de comunicação

Quando o Código Civil Alemão abordou a questão de quando uma declaração de vontade (*Willenserklärung*) produz efeitos, ele pressupôs a existência de uma “declaração”, no sentido de que a parte declarante pretendia transmitir informações diretamente ao destinatário, provavelmente na forma de palavras escritas. O código também pressupôs que tal declaração seria transmitida nas seguintes circunstâncias: (i) ela seria endereçada a uma parte ausente; (ii) ela seria enviada por um meio de comunicação que levaria algum tempo para chegar ao destinatário; (iii) ela estaria contida em um meio durável (como papel), permitindo que o destinatário a revisasse mais tarde sem depender da memória humana para armazenamento; (iv) ela não seria alterada durante a transmissão; (v) ela seria transmitida de uma maneira que o destinatário pudesse saber, e tivesse razão para saber, que uma declaração foi enviada a ele (por exemplo, ela não foi colocada secretamente em seu bolso); (vi) o destinatário, por meio de suas ações maliciosas, não teria como impedir a chegada da declaração à sua esfera de controle ou

⁴³ Em princípio, é o declarante quem corre o risco do atraso na chegada da comunicação. Entretanto, é razoável invertermos o risco nas hipóteses de culpa exclusiva da outra parte. Cf., e.g., o que dispõe o Código Civil holandês, em seu art. 3:37 (3): “*Een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt. Nochtans heeft ook een verklaring die hem tot wie zij was gericht, niet tijdig heeft bereikt, haar werking, indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt*” (Uma declaração endereçada a uma pessoa determinada somente produz efeitos quando chega a ela. Não obstante, ainda que a declaração não chegue ao seu destinatário ou chegue atrasada, ela produzirá efeitos caso tal situação tenha sido causada pelo próprio destinatário, por pessoas pelas quais ele é responsável, ou ainda por outras circunstâncias que lhe concernem e que justifiquem imputarmos-lhe o prejuízo).

Em caso de inversão do risco, o ordenamento deve usar uma ficção jurídica para determinar o dia da chegada da comunicação. Cf., e.g., o que dispõe o PECL, em seu Art. 1:303 (4): “*The notice shall have effect from the time at which it would have arrived in normal circumstances*” (A notificação surtirá efeito a partir do momento em que ela deveria ter chegado em circunstâncias normais).

Em relação ao momento em que a comunicação é eficaz, tanto em situações normais quanto nos casos de inversão do risco, as normas expostas anteriormente pressupõem como momento relevante o da *chegada real* ou *fictícia* da comunicação. O Código Civil italiano, em seus artigos 1334 e 1335, coloca como regra geral o momento da chegada da comunicação, prevendo o momento em que o destinatário da comunicação toma efetiva *ciência* dela como o momento relevante nos casos em que ele “conseguir provar que, sem sua culpa, lhe era impossível tomar conhecimento da referida declaração [na data de sua chegada]”.

Uma crítica que pode ser feita a certos dispositivos legais, como o art. 1334 do Código Civil italiano, que fala do momento da “eficácia dos atos unilaterais”, é o fato de que tais dispositivos sugerem que “os atos unilaterais produzem efeito” a partir dos momentos anteriormente apontados. Embora isso possa ocorrer, na verdade, o que se torna eficaz em tais momentos (chegada real, chegada fictícia, ciência do destinatário) não são necessariamente os efeitos visados no negócio ou intenção comunicados, mas sim o ato de comunicação em si mesmo (vide a seção 7.4 deste ensaio). Uma crítica semelhante pode ser feita ao Código Civil alemão que, ordinariamente, parece adotar o conceito de “declaração de vontade” no sentido de negócio ou intenção comunicados e não, como seria mais apropriado, no sentido de ato comunicativo.

não teria como impedir que ele viesse a tomar ciência do teor da declaração.⁴⁴

De acordo com o § 130 do código, tal declaração de vontade se torna eficaz quando ela “chega” ao destinatário ausente, o que significa que ela se encontra dentro da sua esfera de controle. Além da aplicação de princípios gerais e regras de interpretação, o código não fornece orientação detalhada sobre o que fazer quando as suas pressuposições (detalhadas nos itens I a VI acima mencionados) não correspondem à realidade.⁴⁵ As lacunas do código tiveram que ser preenchidas pela jurisprudência. Além disso, o código combinava questões que deveriam ser abordadas separadamente, a saber, as regras relativas às condições de validade da “coisa a ser comunicada” e as regras relativas à validade do “ato de comunicação” em si mesmo. Essas questões não devem ser confundidas.⁴⁶

Devemos distinguir entre: (i) as regras que determinam se fatos juridicamente relevantes, incluindo demonstrações da vontade de produzir efeitos jurídicos, devem ser

⁴⁴ Sobre como a jurisprudência alemã tem resolvido alguns problemas deixados em aberto pelo código, distinguindo entre as esferas de risco do declarante e do destinatário, cf. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A declaração de vontade na perspectiva do direito civil alemão. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 12, n. 1, p. 193–226, 2024.

⁴⁵ O § 130 do BGB pressupõe que a parte que pretende declarar algo o fará através de um meio de comunicação apropriado. Isso pode ser feito por meio de uma “notificação”, normalmente por escrito ou outro registro, excepcionalmente de forma oral, que — dependendo das circunstâncias específicas — pode variar em grau de formalidade, de uma notificação emitida por um juiz ou um tabelião, por um lado, a uma notificação entregue via redes sociais ou aplicativos de mensagens, por outro lado. Embora o dispositivo legal alemão não use explicitamente o termo “notificação”, ele pressupõe que a declaração de vontade será veiculada através de um mecanismo semelhante a uma notificação. Comentando sobre o PECL, Artigo 1:303, Jan Peter Schmidt (veja a nota de rodapé abaixo) sugeriu que uma notificação se torna eficaz quando ela *chega* ao destinatário ou, alternativamente, quando ela *chama a atenção* do destinatário. Uma notificação é considerada como tendo *chegado* ao destinatário: (a) quando ela é pessoalmente entregue a ele, (b) quando ela é entregue em seu local de trabalho ou, se não houver local de trabalho ou o conteúdo da notificação não se referir a um assunto de trabalho, quando ela é entregue em sua residência habitual, ou (c) no caso de uma notificação transmitida eletronicamente, quando ela pode ser acessada pelo destinatário. Uma notificação não irá se tornar eficaz se a sua retratação chegar ao destinatário antes ou ao mesmo tempo da chegada da notificação retratada.

Os critérios sugeridos no PECL podem preencher algumas (mas não todas) as lacunas deixadas pelo BGB, § 130. Entre outros, o código também deve abordar problemas relacionados a: (i) comunicações orais; (ii) transmissões ilegíveis; e (iii) registros entregues a destinatários desavisados que não têm razão para suspeitar da sua existência. Embora a jurisprudência na Alemanha e em outras jurisdições tenha abordado a questão até certo ponto, seria prudente que os legisladores estabelecessem regras explícitas sobre o assunto. No entanto, antes de criticar o código alemão, é essencial considerar que muitas outras jurisdições não têm regras gerais que regulem esse assunto, entre elas a brasileira.

Essas normas gerais sobre os atos de comunicação, que deveriam ser idealmente previstas no Código Civil, poderiam ser modificadas por procedimentos de comunicação específicos estabelecidos em determinados contextos (como, por exemplo, o uso da “interpelação judicial”, prevista no CPC brasileiro, art. 726-729, para a comunicação de certos negócios jurídicos específicos, como a resolução do contrato, conforme previsto no art. 474 do Código Civil brasileiro; ou o uso da “intimação”, prevista na Lei nº 6.766/79, em seu art. 32, § 1º, a ser feita pelo Oficial do Registro de Imóveis, para a comunicação do pedido formulado pelo vendedor para que o comprador cumpra o contrato, sob pena de sua resolução; etc.).

⁴⁶ SCHMIDT, Jan Peter. [Comentário sobre o art. 1:303 do PECL.] In: JANSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *Commentaries on European contract laws*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 179-199.

comunicados à outra parte; e (ii) as regras que regulamentam os meios adequados de comunicação e os critérios para a existência de uma comunicação bem-sucedida.

Em alguns casos, a comunicação do fato legalmente relevante (e.g., uma aceitação) é uma pré-condição para a sua validade. No entanto, não devemos confundir essa pré-condição específica com todo o conjunto de pré-condições necessárias para a validade de tal fato (e.g., conformidade com as formalidades exigidas pelo proponente ou pela lei), nem devemos confundi-la com as regras que regem a validade do ato de comunicação em si mesmo (e.g., uso do método prescrito de comunicação tal como correio registrado, e-mail, interpelação judicial, entre outros; chegada da comunicação à esfera de controle do destinatário ou ao seu conhecimento).

Embora a lei possa estipular que o ato comunicado (e.g., uma aceitação expressa, aceitação pela conduta, declaração de anulação ou resolução do contrato, declaração de compensação) produza seus efeitos (como a formação do contrato, a extinção da relação contratual, a extinção dos créditos recíprocos) ao mesmo tempo em que o ato de comunicação é considerado como tendo sido realizado com sucesso (ou seja, quando chega na esfera de controle do destinatário), ela também pode fornecer regras diferentes. Por exemplo, a lei pode especificar que o contrato é formado na data em que a aceitação expressa é enviada ou, no caso de uma aceitação tácita pela conduta, na data em que a conduta que indica a aceitação é realizada. Ela poderia dizer que a relação contratual, nos casos de anulação ou resolução, é considerada extinta desde o seu início ou a partir de outra data. Ela também poderia estipular, no caso de uma declaração de compensação, que os créditos recíprocos são considerados extintos a partir do momento em que se confrontaram pela primeira vez.

Embora a validade do ato comunicado (e.g., aceitação, resolução, compensação) possa depender da validade do ato de comunicação, não devemos confundir as suas respectivas condições de validade. Por exemplo, uma aceitação pode ser inválida em seus próprios termos, mesmo que sua comunicação tenha sido feita com sucesso, ou ela pode ser inválida devido à comunicação defeituosa, apesar de atender a seus outros requisitos.

7.5. A interpretação adequada do dispositivo legal alemão

O § 151, BGB, cobre (se interpretado corretamente) apenas aceitações tácitas pela conduta e aceitações pelo cumprimento do contrato. Nesses casos, não há problema se o proponente dispensar a necessidade de comunicação da aceitação. Ao contrário dos

casos de aceitação pelo silêncio, nos casos de aceitação pela conduta ou pelo cumprimento também é possível o surgimento de costumes determinando as circunstâncias em que tal comunicação seria desnecessária, especialmente em situações em que seria relativamente fácil para o proponente verificar a existência da aceitação sem ser informado pelo destinatário. O Código Civil português reformulou a regra alemã de forma mais clara, fazendo referência explícita ao seu escopo limitado (art. 234^o sobre a “dispensa da declaração de aceitação”):

Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a *conduta* da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta.

Quando o Código Civil português menciona o termo “conduta”, ele inclui tanto a aceitação tácita pela conduta quanto a aceitação pelo cumprimento do contrato, que nada mais é do que um tipo específico de conduta. Infelizmente, apesar de ser mais claro, o dispositivo legal do Código Civil português ainda compartilha os defeitos do seu equivalente alemão. Ele não especifica o prazo dentro do qual o aceitante deve comunicar ao proponente a ocorrência da aceitação tácita, após ter feito tal aceitação por meio da sua conduta, na hipótese de dessa comunicação ser necessária nas circunstâncias do caso concreto. Embora o dispositivo indique quando a comunicação é desnecessária (quando as circunstâncias, os usos ou o proponente tenham dispensado a necessidade de tal comunicação), ele não aborda o que acontece quando a comunicação é necessária, mas não chega a ser feita em tempo hábil.

7.6. Aprofundando o enigma

Há quatro soluções possíveis para as lacunas deixadas pelos códigos alemão e português quanto aos casos em que a comunicação oportuna da aceitação pela conduta é necessária, mas não chega a ser fornecida de maneira tempestiva. Eles podem ter adotado qualquer uma das quatro soluções enunciadas abaixo, embora, com base na interpretação do dispositivo alemão dada por doutrinadores e jurisprudência, os códigos provavelmente adotaram a *quarta* solução:

Primeira: a aceitação pela conduta permanece natimorta, nunca adquirindo eficácia jurídica (retroativamente), porque a condição para a sua eficácia (comunicação tempestiva) nunca se concretizou, como se tal comunicação funcionasse como uma condição *suspensiva*.

Segunda: a aceitação pela conduta torna-se imediatamente eficaz, formando o contrato quando realizada, mas (retroativamente) perde eficácia jurídica porque a condição para a sua eficácia continuada (comunicação tempestiva) nunca se materializou, como se a *falta* de tal comunicação operasse como uma condição *resolutiva*, capaz de desfazer retroativamente a aceitação e, conseqüentemente, a eficácia do contrato e das obrigações contratuais do proponente e do aceitante. Há indícios dessa solução no *Restatement (Second) of Contracts*, § 54, (2), que afirma que “o dever contratual do proponente é *extinguido* a menos que”.⁴⁷

Terceira: a aceitação pela conduta torna-se imediatamente eficaz, formando o contrato quando realizada, mas a ausência de comunicação oportuna ao proponente obriga o aceitante a indenizar o proponente se tal proponente sofrer danos devido ao desconhecimento da aceitação. Essa *falta* de comunicação é entendida como um *inadimplemento do dever de comunicação* imposto ao aceitante. Essa solução parece ter sido adotada no art. 1327 (2) do Código Civil italiano, embora os juristas e a jurisprudência não sejam muito claros sobre esse ponto,⁴⁸ que afirma que “o aceitante deve notificar imediatamente a outra parte sobre o início da execução [aceitação] e, na ausência de notificação, *é obrigado a reparar o dano*”.⁴⁹

Quarta: a suposta aceitação pela conduta não é considerada uma aceitação, pois a necessidade de comunicá-la significa que o legislador só admite aceitações expressas em algumas circunstâncias. Existiriam apenas duas alternativas ao aceitante: (i) fazer uma aceitação pela conduta não comunicada; ou (ii) fazer uma aceitação expressa (mas não uma aceitação pela conduta que precise ser comunicada).

Os Princípios do Direito Contratual Europeu elucidaram o que os códigos alemão e português não disseram explicitamente. O Artigo 2:205 (2) prevê que “em caso de

⁴⁷ Em inglês: “the contractual duty of the offeror is *discharged* unless”.

⁴⁸ Parece haver uma interpretação no sentido de que são admitidas apenas aceitações tácitas pela conduta que não precisem ser comunicadas, de acordo com a *quarta* solução aqui discriminada, aproximando o ordenamento italiano dos ordenamentos alemão e português. Entretanto, essa interpretação cria dificuldades na aplicação do § 2º do art. 1327, que diz que o aceitante deve notificar o proponente informando-o sobre a ocorrência da aceitação. Não faz sentido criar tal dever de informação para um tipo de aceitação que não precisa ser comunicada (vide a seção 7.7), pois o proponente não precisaria ser protegido contra o risco de sofrer prejuízos por não saber da existência do contrato já celebrado entre as partes. Por isso, de maneira artificial, a jurisprudência italiana ignora o que diz o § 2º do art. 1327, interpretando tal dispositivo como se ele estivesse regulando a aceitação expressa. Cf. *Cassazione civile, sez. unite, sentenza n. 5139, 09.06.1997*: “quando, não se tratando de uma dessas hipóteses [de aceitação tácita pela conduta que não precisa ser comunicada], o contrato for executado independentemente da resposta e posteriormente for dada notificação da execução, ainda que se entenda que esta declaração constitui a notificação a que se refere o parágrafo segundo do art. 1.327, tal notificação poderá assumir, na presença de elementos inequívocos, o valor de aceitação [expressa] da proposta, atendendo ao princípio fundamental da conservação do contrato”.

⁴⁹ Em italiano: “l’accedente deve dare prontamente avviso all’altra parte della iniziata esecuzione e, in mancanza, *è tenuto al risarcimento del danno*”.

aceitação pela conduta [que precisa ser comunicada ao proponente], o contrato é concluído quando a notificação da conduta chega ao proponente”. Em relação a este dispositivo, Gregor Christandl ofereceu o seguinte comentário:

Somente quando a notificação da conduta chega ao proponente, o contrato é formado e o proponente fica vinculado. Até esse momento, o destinatário corre o risco de que o proponente faça uso do seu direito de revogar a proposta (PECL 2:202 (1)). Um olhar mais atento a essas disposições revela, no entanto, que *o que é descrito aqui não é um caso de aceitação pela conduta*, pois a formação do contrato é provocada apenas pela notificação da aceitação. Portanto, o *PECL 2:205 (2) constitui apenas uma forma especial de formação do contrato alcançada por meio de declaração*, onde a aceitação é antecipada pela conduta que implica assentimento.⁵⁰ [ênfase adicionada]

Além da ambiguidade dos códigos alemão e português (bem como da doutrina e jurisprudência italianas) quanto à questão de se a aceitação tácita pela conduta, que precisa ser comunicada, é automaticamente requalificada como uma aceitação expressa quando comunicada ou, alternativamente, se ela permanece como uma aceitação tácita pela conduta; há também a questão, compartilhada por todos os códigos dos países de tradição romanista, da falta de identificação adequada das circunstâncias em que a comunicação (da aceitação expressa ou da aceitação tácita pela conduta) deve ser feita.

7.7. Resolvendo o enigma: circunstâncias em que a aceitação pela conduta (ou cumprimento) deve ser comunicada pelo destinatário da proposta ao proponente

Os principais casos identificados por esses códigos, por meio de uma leitura *a contrario sensu* dos dispositivos legais, ocorrem quando: (i) não há práticas costumeiras que permitam uma aceitação não comunicada pela conduta; ou (ii) o proponente não dispensou a necessidade de comunicação. Quanto a isso, o *Restatement (Second) of Contracts* americano fornece uma solução melhor. A seguir está a minha reconstrução das regras sugeridas no § 54 do *Restatement* com o objetivo de esclarecer a sua estrutura lógica para o leitor. As palavras entre aspas são do *Restatement*, reorganizadas na seguinte ordem: (2) (b); (2) (c); (1); (2). As palavras entre colchetes são minhas. Eis aqui as regras reconstruídas:

⁵⁰ CHRISTANDL, Gregor. [Comentário sobre o art. 2:205 do PECL.] In: JANSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *Commentaries on European contract laws*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 326.

A menos que o “proponente tome conhecimento da execução”, ou de alguma outra ação ou omissão indicativa da aceitação do destinatário da proposta “dentro de um prazo razoável” ou a “proposta indique que a notificação da aceitação é desnecessária”, o aceitante deve notificar o proponente, comunicando a ocorrência da aceitação, quando:

- (i) mesmo sendo fácil para o proponente descobrir por si mesmo a existência de alguma execução, ação ou omissão do destinatário da proposta que seja indicativa da sua concordância com os termos da proposta, a “proposta solicita tal notificação”; ou
- (ii) o “oblato que aceita ao realizar uma prestação [ou praticar alguma outra ação ou omissão] tem razões para saber que o proponente não tem meios adequados para tomar conhecimento da prestação [ou ação ou omissão] com razoável prontidão e certeza”.

As regras do *Restatement*, além de serem mais completas do que aquelas encontradas nos códigos, são também mais claras. Em vez de depender de práticas costumeiras para distinguir quando as aceitações tácitas pela conduta ou pelo cumprimento devem ser comunicadas, as regras abordam diretamente a questão relevante: o quão difícil é para o proponente descobrir que o destinatário da proposta já aceitou ao fazer (ou deixar de fazer) algo indicativo do seu consentimento aos termos da proposta. Em princípio, nenhuma notificação deve ser necessária se essa descoberta puder ser feita facilmente, a menos que o proponente especifique o contrário na proposta. No entanto, a notificação deve ser necessária se o proponente não puder facilmente verificar a aceitação.

Hein Kötz fornece exemplos⁵¹ de aceitações tácitas de propostas de venda de mercadorias ou serviços como quando: (i) um cliente começa a usar as mercadorias enviadas juntamente com a proposta ou quando tal cliente, de outra forma, começa a lidar com tais mercadorias como se ele fosse dono; ou (ii) um cliente faz o pagamento do preço ou credita a conta bancária do vendedor, demonstrando a sua intenção de aceitar.

Ele também fornece exemplos de aceitações tácitas de propostas de compra de mercadorias ou serviços como quando: (i) um comerciante despacha mercadorias ao seu cliente; ou (ii) (não as possuindo em estoque) celebra um contrato para comprá-las de um terceiro; ou (iii) um hoteleiro reserva um quarto para uma pessoa que lhe escreveu solicitando a reserva de um quarto.

Em alguns dos exemplos de Kötz, a conduta do destinatário da proposta pode ser facilmente observada pelo proponente, como pagar o preço ou creditar a conta bancária do vendedor, ou despachar mercadorias. Nesses casos, o destinatário da proposta não precisaria notificar

⁵¹ KÖTZ, Hein. *European contract law*. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 2017, p. 26.

o proponente. Em outros exemplos, a conduta pode ser difícil para o proponente observar, como contratar para comprar mercadorias de um terceiro ou fazer uma reserva de hotel. Nesses casos, o destinatário da proposta teria o dever de notificar o proponente.

Há casos em que as aceitações tácitas pela conduta, não importa se comunicadas ou não, são proibidas pelo proponente ou pela lei, sendo permitidas tão somente as aceitações expressas. Em tais casos, qualquer notificação de uma alegada aceitação anterior seria automaticamente requalificada como uma aceitação expressa.⁵² Contudo, inúmeros problemas precisam ser resolvidos se tais aceitações pela conduta, especialmente aquelas que precisam ser posteriormente comunicadas ao proponente, forem permitidas. Essas questões serão abordadas nas seções seguintes deste ensaio.

8. Ainda estamos falando sobre aceitação pelo cumprimento ou conduta, cuja ocorrência é posteriormente comunicada pelo aceitante ao proponente, ou devemos considerar a comunicação em si mesma como a real aceitação?

Apesar de não haver diferenças relevantes (em termos práticos) entre as duas concepções alternativas na maioria dos casos, em algumas situações elas podem gerar resultados completamente antagônicos, particularmente devido à diferença na data da formação do contrato. Vou ilustrar: suponha que a regra da expedição⁵³ não se aplique e que a aceitação expressa precise chegar ao proponente antes que o prazo de validade da proposta expire (como é a solução do atual art. 434, inciso III, do Código Civil brasileiro). Imagine que a proposta esteja válida até 12 de junho. Considere que a conduta indicativa da aceitação ocorreu em 10 de junho, com a notificação correspondente sendo enviada em 11 de junho e recebida pelo proponente em 13 de junho. Nesse caso, se considerarmos a *conduta* como a aceitação válida, o contrato seria formado em 10 de junho, antes do vencimento da proposta. Por outro lado, se considerarmos a *notificação* como a aceitação válida, não haveria contrato, uma vez que a proposta teria expirado.

Dessa forma, caso a validade da aceitação (mesmo que retroativamente eficaz a partir da expedição em 11 de junho) dependesse da validade do ato de sua comunicação, que iria se tornar eficaz tão somente em 13 de junho com a chegada da notificação ao proponente, então não seria possível ocorrer a formação do contrato, pois a proposta já teria expirado

⁵² Em atendimento “ao princípio fundamental da conservação do contrato”, conforme bem colocado pela decisão judicial italiana anteriormente citada (*Cassazione civile, sez. unite, sentenza n. 5139, 09.06.1997*).

⁵³ Que diz que o contrato é formado na data da expedição da aceitação.

em 12 de junho, dia anterior ao da chegada da notificação (considerada uma aceitação expressa) comunicando a aceitação.

Como a data de formação do contrato é relevante por vários motivos, como determinar a ordem de prioridade entre aceitantes concorrentes, o tempo⁵⁴ e local⁵⁵ do cumprimento, a lei aplicável,⁵⁶ entre outros; é importante estabelecer a natureza da *comunicação* da aceitação pela conduta. Sugiro que tal comunicação não deva ser considerada a aceitação *per se*, a menos que isso seja necessário nas circunstâncias para dar-lhe eficácia (por exemplo, quando as aceitações pela conduta são proibidas).

9. Existe um prazo para realizar tal comunicação?

O Código Civil italiano (art. 1327) sugere que a ocorrência da aceitação pelo cumprimento (e pela conduta em geral, eu acrescentaria) deve ser imediatamente comunicada ao proponente. Isso deve ser interpretado no sentido de que a notificação comunicando a prévia ocorrência da aceitação pelo cumprimento (ou conduta em geral) deve ser *enviada* ao proponente o mais breve possível, usando um método razoável de comunicação. Portanto, a comunicação imediata mencionada no dispositivo legal não quer dizer que a notificação deva *chegar* imediatamente. Alguns dias entre a data da conduta e a chegada da notificação talvez possam ser admitidos.

É importante notar que o proponente pode regular a forma de comunicação e definir um prazo para a sua chegada após a ocorrência da aceitação. O direito abordará o assunto se o proponente não o especificar. Além disso, a menos que especificado de outra forma pelo proponente, a comunicação da aceitação não precisa chegar antes que a proposta expire. Apenas a aceitação em si, indicada pela conduta ou cumprimento do destinatário da proposta, deve ocorrer dentro do período em que a proposta permanecer vigente.

⁵⁴ Código civil brasileiro, art. 331: “salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigí-lo imediatamente [*após a formação do contrato*]”. Eu complementei a lacuna do dispositivo legal com a expressão entre colchetes com o intuito de destacar a relevância da data da celebração do contrato para a sua correta aplicação.

⁵⁵ Código civil brasileiro, art. 327: “efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor [*existente na data da formação do contrato*], salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”. Caso as partes tenham atribuído ao vendedor (devedor) a obrigação de fazer a entrega da mercadoria vendida no endereço do comprador (credor) – existente na data da celebração do contrato – e se houver mudança de endereço de tal comprador – após a celebração do contrato – de modo a causar, conseqüentemente, um aumento do custo do frete; então o referido comprador terá de arcar com as despesas acrescidas, conforme disposto no Código Civil brasileiro, art. 325: “presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida”.

⁵⁶ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o *ato jurídico perfeito* e a coisa julgada”; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o *ato jurídico perfeito*, o direito adquirido e a coisa julgada”. Um contrato formado é considerado um ato jurídico perfeito. Em tese, a lei nova não poderia afetá-lo, daí a necessidade de comparar a data da formação do contrato com a data da entrada em vigor da lei nova.

10. Quais são as consequências da ausência de comunicação da aceitação em tempo hábil?

Embora o Código Civil italiano sugira que o destinatário da proposta (agora transformado em aceitante) deva pagar indenização pelos danos causados ao proponente, que não tinha conhecimento da aceitação, acredito que essa solução seja impraticável. Isso levaria a várias complicações.

Se o proponente celebrasse um contrato com um terceiro, ele teria que escolher entre descumprir o contrato com o terceiro ou descumprir o contrato com o aceitante. Se ele escolhesse descumprir o contrato com o terceiro e sofresse danos como resultado, ele poderia cobrar do aceitante a indenização desses danos. No entanto, se o proponente escolhesse descumprir o contrato com o aceitante, seria difícil calcular o dano sofrido por não ter sabido da ocorrência da aceitação e, conseqüentemente, seria difícil fazer a compensação do seu crédito indenizatório contra o aceitante, por um lado, com o crédito indenizatório que tal aceitante teria contra ele em virtude do descumprimento do contrato, por outro lado.

Por essas razões, a melhor solução seria considerar a exigência de comunicação tempestiva da aceitação pela conduta não como um dever, cuja violação tornaria o aceitante responsável pelos danos causados ao proponente, mas sim como uma condição. O não cumprimento dessa condição teria consequências negativas para a validade do contrato, seja desfazendo o contrato se a falta de comunicação tempestiva for interpretada como uma condição resolutiva, ou garantindo que o contrato nunca se torne eficaz se a comunicação tempestiva for interpretada como uma condição suspensiva. Eu prefiro a última abordagem.

11. Caso o proponente venha a ser informado da ocorrência da aceitação (pelo cumprimento ou pela conduta) de forma tempestiva, quando o contrato será considerado formado entre as partes?

Considerando-se que a aceitação é a conduta ou o cumprimento em si, e não a sua comunicação, o contrato seria normalmente considerado como formado no momento em que houvesse a *finalização*, pelo aceitante, de tal conduta ou cumprimento. Em alguns casos excepcionais, o momento em que a conduta ou cumprimento fossem *iniciados* seria considerado como o momento da formação do contrato. Em nenhuma hipótese, adotando-se a premissa de que a aceitação pela conduta ou pelo cumprimento seja

permitida nas circunstâncias do caso e supondo-se que ela tenha sido validamente realizada, consideraríamos o momento em que a comunicação foi *enviada* ou o momento em que ela *chegou* ao proponente como o momento da formação do contrato.

12. Testando a solidez de nossas distinções em um caso real: *Keller v. Bones*, 260 Neb. 202, 615 NW2d 883 (2000)

Em 17 de julho de 1997, Dean Keller apresentou uma proposta para comprar um rancho no Condado de Lincoln, Nebraska, por \$ 490.000. Ele fez um depósito de \$ 49.000 a ser pago ao agente imobiliário dos vendedores. A proposta estipulou que ela deveria ser aceita até o dia 21 de julho às 17h e que ela se tornaria um contrato vinculante quando os vendedores fizessem a aposição das suas assinaturas. Às 16h53 do dia 21 de julho, os vendedores enviaram por fax uma cópia assinada da proposta ao seu agente, que então telefonou para o comprador às 17h12 para informá-lo da aceitação dos vendedores, deixando uma mensagem de voz na secretária eletrônica do comprador. Em 22 de julho de 1997, depois de terem mudado de opinião, os vendedores, por meio do seu agente, perguntaram ao comprador se ele os liberaria do acordo e “desistiria” do negócio. O comprador não concordou e insistiu em prosseguir com a venda.

Quando o comprador processou os vendedores exigindo o cumprimento específico do contrato, os vendedores se defenderam com base no argumento de que nenhum contrato havia sido concluído entre as partes, já que a sua aceitação não chegou ao comprador antes do prazo final das 17h estipulado na proposta de compra feita pelo comprador.

O juiz de primeira instância ficou do lado dos vendedores, rejeitando a pretensão do comprador. O comprador então apelou para o Tribunal de Apelações de Nebraska (segunda instância), argumentando que o juiz de primeira instância errou em (1) concluir que a aceitação dos vendedores tinha que ser comunicada ao comprador antes que a proposta expirasse, contrariamente à linguagem da proposta, e (2) concluir que o comprador não ratificou a comunicação tardia da aceitação, conferindo-lhe validade.

O Tribunal de Apelações confirmou a decisão da corte de primeira instância, observando que nem o ato dos vendedores de assinar a proposta e nem o ato de enviar uma cópia assinada por fax ao seu agente constituíram a “comunicação” da aceitação ao comprador, sendo essa comunicação um requisito necessário para a formação de um contrato vinculante entre as partes. O tribunal sustentou que a mensagem de voz deixada pelo agente dos vendedores na secretária eletrônica do comprador não constituiu a

comunicação necessária porque: (i) ela não foi efetuada por escrito, conforme exigido pela proposta; (ii) ela chegou após o prazo das 17h; e (iii) ela não foi entregue pessoalmente ou por correio registrado,⁵⁷ conforme exigido pela proposta. Em suma, a aceitação dos vendedores seria inválida devido ao fato de ela ter sido tardia e em desconformidade com os requisitos estipulados na proposta de compra.

As decisões das cortes de primeira e segunda instâncias são desconcertantes, considerando-se que o comprador tinha a opção de ratificar a aceitação supostamente tardia e desconforme, validando-a. Essa ratificação ocorreu prontamente, ainda que tacitamente e não por escrito, durante a conversa que ele teve com o agente dos vendedores no dia seguinte (22 de julho).

A Suprema Corte de Nebraska reverteu as decisões das cortes inferiores, ficando do lado do comprador. Contudo, a decisão da corte superior não foi baseada no argumento de que o comprador ratificou (mesmo que tacitamente) a aceitação supostamente tardia e não conforme feita pelos vendedores, mas sim baseada no argumento de que tais vendedores fizeram uma aceitação tempestiva e em conformidade com os requisitos estipulados na proposta de compra. A Suprema Corte argumentou que os termos da proposta do comprador exigiam apenas que a proposta fosse assinada até o prazo limite das 17h, não que fosse comunicada antes desse horário, conforme determinado pelas cortes inferiores. Os vendedores assinaram a proposta do comprador às 16h53 do dia 21 de julho de 1997, antes do prazo estabelecido na proposta. Consequentemente, a aceitação dos vendedores foi tempestiva, deixando apenas a questão de se ela foi comunicada ao comprador de forma eficaz e tempestiva.

A Suprema Corte observou ainda que não havia linguagem na proposta do comprador especificando o prazo ou o modo de comunicação da aceitação. Na ausência de tais especificações, a corte disse que a norma aplicável é no sentido de que a comunicação deve ser feita dentro de um período de tempo razoável. No caso litigado, o agente dos vendedores deixou uma mensagem na secretária eletrônica do comprador indicando a aceitação da proposta do comprador pelos vendedores apenas 19 minutos após os vendedores assinarem a proposta e 12 minutos após o término do prazo de assinatura das 17h. Não se pode dizer que a comunicação da aceitação dos vendedores não foi feita dentro de um tempo razoável.

⁵⁷ O tribunal de terceira instância entendeu que essa formalidade (entrega pessoal ou por correio registrado) se aplicava tão somente às comunicações que as partes deveriam fazer entre elas após a formação do contrato, não regulando o processo de formação do contrato em si mesmo.

Eu acredito que as decisões das cortes americanas podem ser explicadas usando os termos do meu ensaio. As cortes de primeira e segunda instância consideraram a assinatura dos vendedores às 16h53 como uma *tentativa de aceitação expressa*, que não se materializou porque não foi comunicada à outra parte. Elas também enxergaram o telefonema das 17h12 como a *aceitação expressa real*, que foi considerada inválida por causa do seu atraso e da sua não conformidade.

A Suprema Corte, no entanto, considerou a assinatura dos vendedores às 16h53 como uma *aceitação tácita pela conduta*, sem rotulá-la explicitamente como tal, e o telefonema das 17h12 como a *comunicação* dessa aceitação pelo proponente. Considerando-se que o proponente não teria conhecimento da aceitação pela conduta (assinatura dos vendedores) se ela não fosse comunicada, então tal proponente deveria ser notificado da sua ocorrência nas circunstâncias do caso litigado.

As diferentes concepções das cortes americanas sobre a natureza da aceitação dos vendedores nos conduzem a diferentes resultados quanto ao momento da formação do contrato. Se desconsiderarmos a regra da expedição, que afirma que o contrato é formado quando a aceitação expressa é enviada, e em vez disso presumirmos que ele é formado na chegada da aceitação expressa, teríamos as seguintes consequências:

Consequência nº 01: segundo a concepção das cortes inferiores, o contrato seria formado às 17h12, desde que o proponente posteriormente ratificasse a aceitação tardia e desconforme, tendo tal ratificação efeito retroativo.

Consequência nº 02: de acordo com a concepção da Suprema Corte, o contrato seria formado às 16h53. Ele poderia ser completamente obrigatório desde o início, na hipótese de a comunicação da aceitação ser julgada desnecessária, ou ele poderia ser retroativamente tornado vinculante, na hipótese de essa comunicação ser julgada necessária (como ocorreu no caso litigado). Consideraríamos a comunicação da aceitação como a implementação de uma condição *suspensiva* (na linguagem dos ordenamentos de origem romanista). Em qualquer caso, não haveria necessidade de obter consentimento adicional do proponente, a menos que – nas situações em que fosse necessária a comunicação da aceitação tácita pela conduta – tal comunicação não chegasse ao proponente dentro de um período de tempo razoável.

Os juristas e os tribunais desenvolveriam um raciocínio melhor, com uma argumentação mais sólida, se eles prestassem mais atenção às distinções sugeridas neste ensaio. Os

redatores de contratos também poderiam se beneficiar desses insights. Como é evidente, os tribunais em Nebraska aplicaram as regras que expus, as quais, até onde sei, não foram explicadas de forma tão clara em outro lugar.

Referências

- ARMBRÜSTER, Christian. [Comentário sobre o § 151 do BGB.] In: WESTERMANN, Harm Peter; GRUNEWALD, Barbara and MAIER-REIMER, Georg (org.). *Erman Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar mit Nebengesetzen*. 17. ed. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2023, p. 510-513.
- BLOOM, Paul. *How Children Learn the Meanings of Words*. Cambridge/London: The MIT Press, 2002.
- BOYER, Pascal. Ownership psychology as a cognitive adaptation: a minimalist model. *Behavioral and Brain Sciences*, 46, e323: 1–68, 2023.
- CARUSO, Kaitlin e COX, Prentiss. Silence as consumer consent: global regulation of negative option contracts. *American University Law Review*, v. 73, p. 1611-1715, 2024.
- CHRISTANDL, Gregor. [Comentário sobre o art. 2:205 do PECL.] In: JANSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *Commentaries on European contract laws*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 323-327.
- COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, tomo II.
- COSMIDES, Leda. The logic of social exchange: has natural selection shaped how humans reason? Studies with the Wason selection task. *Cognition*, v. 31, n. 3, p. 187–276, 1989.
- DAGAN, Hanoch. *The law and ethics of restitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- DECOCK, Wim. *Theologians and contract law: the moral transformation of the ius commune (ca. 1500-1650)*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2013.
- DeSCIOLI, Peter; KARPOFF, Rachel. People's judgments about classic property law cases. *Human Nature*, 26, p. 184-209, 2015.
- DeSCIOLI, Peter; KARPOFF, Rachel; De FREITAS, Julian. Ownership dilemmas: the case of finders versus landowners. *Cognitive Science*, 41, p. 502-522, 2017.
- FRIEDMAN, Stephen. Improving the Rolling Contract. *American University Law Review*, 56, 1, p. 01-50, 2006.
- FULLER, Lon; EISENBERG, Melvin; GERGEN, Mark. *Basic contract law*. 10. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 3: contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GORDLEY, James. *The jurists: a critical history*. New York: Oxford University Press, 2013.
- GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. El fundamento de validez de la costumbre como fuente de derecho. *Revista Chilena de Derecho*, v. 22, n. 3, p. 623-628, 1995.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, (IV): Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 26, p. 187-245, 2004.
- HOGG, Martin. *Promises and contract law: comparative perspectives*. New York: Cambridge University Press, 2011.

- JACKENDOFF, Ray. *Foundations of Language: brain, meaning, grammar, evolution*. New York: Oxford University Press, 2002.
- JACKENDOFF, Ray. The natural logic of rights and obligations. In: JACKENDOFF, Ray; BLOOM, Paul and WYNN, Karen (org.). *Language, Logic, and Concepts: essays in memory of John Macnamara*. Cambridge/London: The MIT Press, 2002, p. 67-95.
- KÖTZ, Hein. *European contract law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2017.
- KOWALSKI, Klaus. *Das Vertragsverständnis des Hugo Grotius: Zwischen Gerechtigkeit, Treue und Rechtsübertragung*. Köln: Böhlau, 2022.
- LARENZ, Karl. Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 51-52, p. 1897-1900, 1956.
- LEISER, David e SHEMESH, Yhonatan. *How we misunderstand economics and why it matters: the psychology of bias, distortion and conspiracy*. London/New York: Routledge, 2018.
- LLOYD, Robert. The “circle of assent” doctrine: an important innovation in contract law. *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, vol. 7, p. 237-271, 2006.
- NUSSBAUM, Artur. Comparative Aspects of the Anglo-American offer-and-acceptance doctrine. *Columbia Law Review*, 36, p. 920-929, 1936.
- PEEL, Edwin. *Treitel on the Law of Contract*. 15. ed. London: Thomson Reuters, 2020.
- PINKER, Steven. *How the mind works*. London: Penguin Books, 1998.
- PINKER, Steven. *Words and Rules: the ingredients of language*. New York: Basic Books, 1999.
- PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo XXXVIII [Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2012.
- SCHMIDT, Jan Peter. [Comentário sobre o art. 1:303 do PECL.] In: JANSEN, Nils e ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *Commentaries on European contract laws*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 179-199.
- SHTULMAN, Andrew. *Scienceblind: why our intuitive theories about the world are so often wrong*. New York: Basic Books, 2017.
- STOLJAR, Samuel. *An analysis of rights*. London and Basingstoke: MacMillan, 1984.
- VOSNIADOU, Stella (org.). *International handbook of research on conceptual change*. New York/London: Routledge, 2008.
- WAIS, Hannes. [Comentário sobre o § 151 do BGB.] In: DANNEMANN, Gerhard e SCHULZE, Reiner (org.). *German civil code (BGB): article-by-article commentary*. Vol. I. Books 1-3: §§ 1-1296. München/Baden-Baden: C.H. Beck and Nomos, 2020, p. 200-202.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A declaração de vontade na perspectiva do direito civil alemão. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 12, n. 1, p. 193-226, 2024.

Como citar:

FERREIRA, Flávio Henrique Silva. Comunicação da aceitação pelo cumprimento ou pela conduta: resolvendo o enigma. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 2, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

1.3.2025

Aprovado em:

12.9.2025