

OFERTA AO PÚBLICO¹ (UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA)

ALEXANDRE ESPÍNOLA CATRAMBY²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar uma das mais utilizadas modalidades contratuais da contemporaneidade, qual seja, a oferta ao público. Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, dá-se ênfase ao referido instituto sob a égide da ordem jurídica portuguesa e brasileira sem prejuízo de outras que se demonstram correlatas. O trabalho visa estabelecer diferenças entre a proposta ao público e o convite a contratar e, de certa forma, superar a descrença na efetividade das ofertas ao público.

PALAVRAS-CHAVE: Oferta ao público, Contratos, Convite a contratar, Modalidades de Oferta, Consumidor.

ABSTRACT: The present article is intended to analyze one of the most usefull contemporary contract modalities, which is the offer to the public. Without any ambition of exhausting the topic, it is given emphasis on the referred institute under the auspice of the Portuguese and Brazilian Legal order, with no prejudice for the correlated ones. This study aims to establish differences between the proposal to the public and the invitation to purchase and, in some way, to overcome disagreements on the offer to public effectiveness.

KEY WORDS: Offer to the public, Contracts, Invitation to purchase, Offer modalities, Consumer.

Sumário: INTRODUÇÃO; 1 – ANTECEDENTES E ENQUADRAMENTO DA MATÉRIA NAS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E BRASILEIRA; 2– REQUISITOS DA OFERTA AO PÚBLICO; 3 – CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DA OFERTA AO PÚBLICO; 3.1 - NÃO TER POR OBJETO UM CONTRATO *INTUITU PERSONAE*; 3.2 -UTILIZAÇÃO DE UM ANÚNCIO PÚBLICO COMO MEIO DE DIVULGAÇÃO DA OFERTA; 3.3 –LIMITAÇÃO DOS ESTOQUES; 4– TEMPO E LUGAR DE EFICÁCIA DA OFERTA AO PÚBLICO; 5 - EXTINÇÃO DA OFERTA AO PÚBLICO; 5.1 – CADUCIDADE; 5.2 – REVOGAÇÃO; 5.3 – ACEITAÇÃO; 6 – DISTINÇÃO ENTRE A OFERTA AO PÚBLICO E OUTRAS FIGURAS QUE SE LHE ASSEMELHAM; 6.1 - CONVITE A CONTRATAR; 6.2 - PROPOSTA FEITA A PESSOA DESCONHECIDA OU DE PARADEIRO IGNORADO; 6.3 - PROMESSA PÚBLICA; 7 - NATUREZA JURÍDICA DA OFERTA AO PÚBLICO; 8 - MODALIDADES MAIS FREQUENTES DE OFERTA AO PÚBLICO; 8.1 –LEILÃO; 8.2 - CONTRATAÇÃO ATRAVÉS DE AUTÔMATOS; 8.3 - EXPOSIÇÃO DE MERCADORIAS EM VITRINE; 8.4 - INICIATIVAS PUBLICITÁRIAS; 8.5 - CONTRATAÇÃO EM *SELF SERVICE*(AUTO-SERVIÇO); 8.6 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MASSA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

¹Este estudo tem por base relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, apresentado, em 2006, na cadeira de Direito Civil II, sob a regência dos Professores António Menezes Cordeiro e Pedro de Albuquerque.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

INTRODUÇÃO

São incontáveis as relações contratuais da vida cotidiana que se constituem sobre a base de ofertas ao público: desde a aquisição de um simples café até a compra de uma valiosa obra de arte em leilão pode assentar-se em ofertas ao público.

Mas a oferta ou proposta ao público, cuja análise já é, de há muito, desenvolvida no âmbito do estudo da formação dos contratos, assume, cada vez mais, importância diante do fenômeno da massificação das relações econômicas, que, como é cediço, exige uma comercialização em massa para fazer frente a uma produção em grande escala.

Nesse cenário, as ofertas *ad incertam personam* desempenham papel de suma relevância; permitem ao fornecedor oferecer bens e serviços a uma generalidade de pessoas, multiplicando o número de potenciais contraentes. Alcançam-se, assim, resultados que, naturalmente, jamais seriam atingidos pela formulação de propostas determinadas, individualmente dirigidas. Em suma, a oferta ao público surge como meio idôneo de proporcionar muitos contratos com um mínimo de esforço e de custos.

Assim, o interesse natural que o tema, por si só, já desperta, somado à nova roupagem que lhe deu o moderno tráfico negocial de massa, justifica, a nosso ver, o seu estudo, que é feito a seguir, sem a pretensão de esgotá-lo, até porque tal tarefa seria difícil de ser alcançada, dadas as diversas figuras que lhe são associadas, muitas delas de elevada complexidade.

Nesse mister, daremos ênfase ao exame das ordens jurídicas portuguesa e brasileira, sem, contudo, descurar daquilo que, em outros sistemas, pareça merecer referência.

1 – ANTECEDENTES E ENQUADRAMENTO DA MATÉRIA NAS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E BRASILEIRA

As declarações negociais são consideradas recipiendas (ou receptícias), quando têm um destinatário³ específico (oblato), e não recipiendas (ou não receptícias), quando dirigidas a um círculo indeterminado de pessoas. A oferta ao público insere-se nesta segunda categoria, posto tratar-se de “uma modalidade particular de proposta contratual, caracterizada por ser dirigida a uma generalidade de pessoas”⁴.

O instituto da oferta ao público é, nos dias atuais, admitido na maior parte dos sistemas jurídicos, sendo poucos os autores que ainda sustentam a impossibilidade de a declaração negocial ter como destinatário pessoas indeterminadas. Portanto, no direito contemporâneo, de uma maneira geral, verifica-se que as discussões gravitam, não mais em torno da admissibilidade ou não, em abstrato, da figura jurídica da proposta ao público, mas, sim, dos seus requisitos e do seu âmbito de incidência, isto é, da análise concreta de iniciativas negociais, com vistas a qualificá-las ou não como propostas *ad incertam personam*.

Essa relativa estabilidade foi, no entanto, precedida de acesos debates doutrinários, iniciados, sobretudo, a partir do final do século XIX. Biermann foi quem, efetivamente, contestou a idéia, até então propugnada, de que deveria haver uma equivalência entre o número de propostas e de contratos a que as mesmas visavam, tendo admitido, então, a existência de ofertas “aquem as queira aceitar” (“Offerten an das Publikum”), em que o número de aceitantes – e, conseqüentemente, de contratos que poderiam originar – não era conhecido⁵.

Havia, no entanto, que se lidar com o problema da limitação dos estoques, notadamente, com a possibilidade de o autor da proposta não ser capaz de satisfazer todas as aceitações. Diante dessa questão, Biermann sustentou a revogabilidade da proposta, admitindo, inclusive, que o proponente pudesse, havendo justa causa, recusar aceitações,

³ Na prática, os termos destinatário e declaratório são utilizados sem muito apego técnico. A sua utilização adequada é sugerida por Ferreira de Almeida, *Contratos*, 95, nota 142, nos seguintes moldes: “parece...conveniente distinguir entre declaratório, enquanto pessoa ou conjunto de pessoas, incluindo um conjunto indeterminado de pessoas (público), que são receptoras efectivas ou potenciais da declaração, e destinatário, que é a pessoa ou o conjunto restrito de pessoas como tal indicadas na própria declaração”.

⁴ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo I, 357.

⁵ Cf. Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, II, 805, e Vincenzo Giuffré, *Offerta al pubblico/storia*, 754-761.

posição que lhe rendeu severas críticas, principalmente porque, já àquela época, vigia, na Alemanha, a regra da irrevogabilidade das propostas a pessoas determinadas⁶.

Como resultado dessa discussão, ficou aquele que é, ainda hoje, o fundamento a que alguns autores se apegam para impor reticências à figura da oferta ao público, sobretudo na Alemanha⁷, onde, inclusive, ainda há quem, como Werner Flume⁸, sustente, de maneira mais extremada, que haverá convite a contratar, e não proposta ao público, quando a declaração se dirigir a uma pluralidade de pessoas e for evidente a limitação das mercadorias ou dos serviços oferecidos.

Portanto, para os que perfilham dessa opinião, o anunciante, por meio da sua mensagem, manifesta, tão-somente, a sua disposição em iniciar negociações para a celebração de um eventual contrato. Assim, ao invés de propor um contrato, e de se vincular à sua celebração, ele apenas convida eventuais interessados a lhe submeter propostas, mantendo, nessa medida, a liberdade de contratar ou não.

Com isso, ter-se-ia por solucionado, para essa corrente, o problema da limitação dos estoques, posto que o fornecedor de bens ou serviços, ao contrário do que ocorre com a oferta ao público, não se colocaria, com a sua iniciativa, numa posição de sujeição perante o declaratório. Enfim, guardaria sempre a liberdade de aceitar ou não as propostas que, porventura, lhe fossem dirigidas.

Em Portugal, já não se coloca em causa a figura da oferta ao público⁹. Isso se deve, sobretudo, ao fato de a matéria encontrar-se positivada, ainda que somente no tocante à sua revogabilidade. Com efeito, estabelece o artigo 230 do Código Civil (CC) que a “revogação da proposta, quando dirigida ao público, é eficaz, desde que seja feita na forma da oferta ou em forma equivalente”.

⁶ Cf. Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 806.

⁷ Onde, “na falta de texto legislativo, as opiniões estão mais divididas, mas não é forçado resumi-las em algo que se não diferencia muito do preceito correspondente da Convenção de Viena, art. 14º, nº 2 (‘Uma proposta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada apenas como convite a contratar, a menos que a pessoa que fez a proposta tenha indicado claramente o contrário’); cf. Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit. II, 806, nota 145.

⁸ *El Negocio Jurídico/Parte general del Derecho Civil* (trad. esp.), 746. Na mesma linha, ver também Karl Larenz, *Derecho Civil/Parte General*(trad. esp.), 709.

⁸ *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, III, 804.

⁹ Há, no entanto, autores que, embora não neguem reconhecimento à figura da oferta ao público, restringem, sobremaneira, o seu campo de materialização. Cite-se, como exemplo, Mota Pinto, *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª ed., 651, e Heinrich Ewald Hörster, *A parte geral do Código Civil Português*, 457.

No direito brasileiro, apesar da falta de menção expressa no Código Civil de 1916, a admissibilidade da oferta ao público era amplamente reconhecida pela doutrina, que se limitava a discutir o seu âmbito efetivo.

A positivação da matéria adveio, primeiramente, no contexto das relações de consumo, com a Lei 8.078/1990¹⁰(CDC)e, posteriormente, com a entrada em vigor do novo Código Civil, o qual, claramente inspirado no artigo 1.336 do Código Civil Italiano, estabeleceu, no artigo 429, que “a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”,podendo ela ser revogada (parágrafo único) “pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada”.

Como se percebe, poucas foram as particularidades do regime da oferta ao público reguladas expressamente nos códigos civis português e brasileiro. Dessa forma, naquilo em que não houver norma específica, aplica-se o regime geral da proposta, com as devidas adaptações, por certo necessárias, dadas as especificidades dessa figura jurídica.

2– REQUISITOS DA OFERTA AO PÚBLICO

Os requisitos da oferta ao público são os mesmos exigidos para a proposta em geral. Deve, portanto, ser completa, revelar uma intenção inequívoca de contratar e revestir a forma requerida para o negócio em jogo¹¹.

A doutrina, praticamente, não diverge quanto a tais requisitos, sendo, portanto, desnecessário aprofundar no tema. É de bom alvitre ressaltar, apenas, que, se alguma discussão existe, ela normalmente gira em torno da dose de completude exigida para que se possa verificar a existência de uma proposta, havendo os que sustentam a necessidade de que contenha todos os elementos do contrato, e aqueles que admitem maior elasticidade a

¹⁰ A matéria é regulada no Capítulo V, Seções I e II, do CDC (arts. 30 e ss.).

¹¹ Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo I, 552, e Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 305, este último observando, no tocante ao requisito da suficiência formal, que “a proposta deve revestir uma forma que satisfaça a exigência formal do contrato proposto. Se o contrato for informal, a proposta poderá revestir qualquer forma. Se o contrato proposto estiver, por lei ou convenção, sujeito a uma exigência de forma – por exemplo, a forma escrita – a proposta terá de ser formulada numa forma que seja, pelo menos, suficiente para satisfazer a forma exigida. Se assim não fosse, a aceitação da proposta teria como consequência a conclusão de um contrato nulo por falta de forma.”

esse respeito, notadamente quanto à possibilidade de existirem pontos em branco susceptíveis de serem preenchidos por critérios legais ou convencionais, seja pela outra parte, seja por terceiro.

Para nós, a proposta deve conter os elementos essenciais do contrato (*essentialia negotii*)¹², de modo que, se as circunstâncias demonstrarem não ter sido a intenção das partes “moldar segundo a sua autonomia”¹³ determinado aspecto, inexistente óbice à integração da proposta, através de normas supletivas.

É possível, portanto, que, numa oferta de venda de determinada mercadoria, o requisito da completude possa ser preenchido, ainda que haja omissão quanto ao seu preço, aplicando-se, por exemplo, aquele normalmente praticado pelo vendedor à época da venda (cf. arts. 883 do CC português e 488 do CC brasileiro)¹⁴.

Também haverá completude nos casos em que o declaratório possa optar por uma dentre as diversas opções dadas pelo proponente¹⁵, hipótese em que a declaração de aceitação deverá ser complementada pela indicação, por parte do declaratório, do ponto deixado em aberto pelo proponente.

Em suma, a proposta deve conter todos os elementos necessários para que, mediante uma simples declaração de concordância, eventualmente complementada pelo ponto deixado a cargo do declaratório, se faça concluir o contrato.

3 – CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DA OFERTA AO PÚBLICO

3.1 - NÃO TER POR OBJETO UM CONTRATO *INTUITU PERSONAE*

¹² Cf., por exemplo, Vaz Serra, *Perfeição da declaração de vontade/Eficácia da emissão de declaração/Requisitos especiais da conclusão do contrato*, 48, Werner Flume, *El Negócio Jurídico* cit, II, 744; Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, III, 79, e Orlando Gomes, *Contratos*, p. 73.

¹³ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 552. Em sentido semelhante, vide, também, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 305, Ferreira de Almeida, *Contratos*, I, 85, e Vaz Serra, *Perfeição da declaração de vontade* cit., 48.

¹⁴ Sobre o tema, vide Ferreira de Almeida, *Contratos*, I, 86, e Karl Larenz, *Derecho Civil/Parte General*, trad. esp., 709.

¹⁵ Cf. Vaz Serra, *Perfeição da declaração de vontade* cit., 48, Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 458, Werner Flume, *Negocio Jurídico* cit. (trad. esp.), 744, Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, III, 79, e Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 819, este último mencionando que “sempre que o leque de opções e de combinações seja bastante variável (por exemplo, no menu de um restaurante), haverá ainda proposta ao público, se o cliente puder concluir o contrato através de uma seleção dentro das alternativas previstas”.

Como assevera Pessoa Jorge¹⁶, a oferta ao público não se presta à celebração de contratos *intuitu personae*, pois, “caso contrário, o ofertante ficaria sujeito a contratar com pessoas que podiam não reunir as necessárias qualidades”. Seriam os casos, por exemplo, de contratos de arrendamento e de trabalho.

Essa característica, acrescenta o autor, deve “alargar-se a todos os contratos em que o ofertante fique credor da outra parte¹⁷, pois que a honestidade e a solvabilidade deste são também elementos essenciais na motivação da vontade de contratar”¹⁸.

Cumprе ressaltar, antes de nos posicionarmos, que não estão em debate, aqui, os casos em que houver, na proposta, a indicação do preço, sem qualquer menção ao seu pagamento a prazo, e o declaratário pretender aceitá-la, pagando-o de maneira parcelada ou diferida. Nesse caso, como é natural, haverá, não uma aceitação, mas, possivelmente, uma contraproposta¹⁹.

Já nas hipóteses em que, efetivamente, constar, na mensagem veiculada, a possibilidade de pagamento a prazo, ou seja, em que o ofertante ficar “credor da outra parte”, pensamos não ser de se afastar, à partida, a sua qualificação como proposta ao público, desde que, é claro, verificados os requisitos que lhe são pertinentes.

Assim, julgamos que, como regra geral, incumbe ao autor da mensagem, acaso queira guardar a última palavra sobre a celebração ou não do contrato, o ônus de ressaltar²⁰ que se reserva no direito de analisar, previamente, a confiança que lhe merece o potencial contraente, aliás, como é vulgar no tráfico negocial, em que tais enunciados são comumente acompanhados de expressões do tipo “sujeito a aprovação prévia”, “sujeito a análise de crédito” etc.. Tais ressalvas, a rigor, reforçam, a nosso ver, a idéia de que há, nessas

¹⁶ *Direito das Obrigações* cit., I, 191. Na mesma linha, Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, XV, 66.

¹⁷ Ainda que nos distanciemos dessa corrente, julgamos necessário, mesmo no seu âmbito, ressaltar as ofertas de venda de bens a prazo, vulgaríssimas nas relações de massa, que se realizam por intermédio de cartões de crédito emitidos pelos próprios vendedores (normalmente, as grandes redes de lojas). Com efeito, tendo sido aprovada a concessão do cartão de crédito e, conseqüentemente, realizada, previamente, a análise da “honestidade” e da “solvabilidade” do declaratário, tais elementos já não poderão mais servir de obstáculo à qualificação da iniciativa do fornecedor como oferta ao público, podendo, assim, o titular do cartão, se estiver autorizado a utilizá-lo, segundo os critérios estabelecidos naquele contrato, fazer nascer o negócio proposto com a sua simples aceitação.

¹⁸ Ob. cit., 191. Em termos equivalentes, ver também Ferreira de Almeida, *Contratos*, cit. 1, 90.

¹⁹ Cf. art. 233 do CC português e art. 431 do CC brasileiro

²⁰ Essa idéia se ajusta com a posição que sustentamos *infra* (nº. 7.2) acerca da teoria do negócio jurídico.

situações, uma oferta ao público, na medida em que têm por finalidade, justamente, afastar o sentido que, de outra forma, se deduziria da declaração do anunciante, qual seja, o de que se estaria diante de uma oferta ao público e que o contrato poderia ser celebrado mediante a simples concordância por parte de eventuais interessados.

Cumprе mencionar, no entanto, que a concretização casuística poderá, excepcionalmente, demonstrar o contrário, isto é, que determinado enunciado, ainda que omissivo, traga implícita a ressalva de que a concessão do crédito estaria condicionada à análise preliminar das qualidades creditícias dos eventuais interessados.

Isso pode, perfeitamente, se passar em relação a determinados tipos de contratos. No Brasil, por exemplo, é comum submeter-se a uma prévia “análise de crédito” dos adquirentes a celebração de contratos de consumo que envolvam a concessão de crédito. Tal análise é, normalmente, feita, recorrendo-se a bancos de dados de entidades de proteção ao crédito, as quais, inclusive, são consideradas “de caráter público” (art. 43, §4º, do CDC).

Enfim, a análise da hipótese concreta pode denotar que determinado comportamento deva ser compreendido pelo declaratório normal (ou médio) como um mero convite a contratar, por meio do qual assistirá ao anunciante a prerrogativa de vender ou não o bem anunciado, consoante resulte positiva ou negativa a avaliação da idoneidade creditícia do potencial contraente, avaliação esta realizada segundo os critérios comumente aceitos pelo tráfico negocial.

Portanto, não só nesta hipótese específica, mas, de uma maneira geral, os usos desempenham papel indispensável na interpretação da declaração de vontade. Afinal, como bem aponta Oliveira Ascensão, frise-se, referindo-se, ao sistema brasileiro, “as declarações de vontade só ganham o seu sentido no contexto social em que se enquadram. Os usos são então complementares de declarações (e a declaração é a base do negócio jurídico). [...] Para saber o que a parte quis dizer, é necessário enquadrar a declaração pelos usos: porque um destinatário médio também se determinará por estes no entendimento do que lhe é dirigido”²¹.

Não à toa, o legislador brasileiro houve por bem tornar expressa a figura dos usos interpretativos, por meio do artigo 113 do CC. Nesse contexto, deve-se buscar o sentido

²¹ *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 282. Vide, também, Karl Larenz, *Derecho Civil/Parte General*, 460 e ss..

normal da declaração negocial, de acordo com uma interpretação “conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Em Portugal, ainda que por meio de fórmula mais complexa, porém não menos elástica, chega-se a uma solução análoga, mediante a aplicação do artigo 236 do C.C.²².

3.2 - UTILIZAÇÃO DE UM ANÚNCIO PÚBLICO COMO MEIO DE DIVULGAÇÃO DA OFERTA

A utilização de anúncio público como meio de divulgação da oferta *ad incertam personam* é uma característica que lhe é intrínseca, mas que também é compartilhada com a proposta feita a pessoa desconhecida ou de paradeiro ignorado²³, cuja natureza é recipiendia.

Vale registrar, outrossim, que o simples fato de constar o nome do destinatário na mensagem não é capaz de, por si só, desnaturar a existência de um anúncio público e, conseqüentemente, de uma proposta *ad incertam personam*²⁴. Isso sucede, por exemplo, com as promoções comerciais de largo espectro, nas quais reste nítido terem elas em vista uma generalidade de pessoas (por exemplo, quando uma empresa prestadora de serviços de massa se dirige aos seus clientes por meio de “malas diretas”, para oferecer um novo serviço). Nesta hipótese, como bem aponta Ferreira de Almeida, “a pluralidade e a

²²Artigo 236 – “(Sentido normal da declaração). 1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida”. Sobre o papel dos usos nesta fórmula, mais uma vez recorremos ao escólio de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 282: “O art. 236 do Código Civil [português], relativo à interpretação do negócio jurídico, toma como critério essencial a impressão do declaratório. Supõe para isso um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório. A lei não faz então nenhuma referência aos usos. Porém, mesmo sem essa referência, os usos não podem deixar de ser essenciais para a interpretação. Para se construir mentalmente o que seria a impressão do declaratório, é preciso entrar em conta com os usos. Sempre que não houver na posição do declaratório real nada que induza em sentido contrário, um destinatário médio determinar-se-á justamente pelos usos no entendimento da declaração. A impressão do declaratório é assim, tendencialmente, coincidente com os usos que porventura existam, mesmo no silêncio da lei.”

²³ A esse respeito, o art. 227 do CC português estabelece: “A declaração pode ser feita mediante anúncio publicado num dos jornais da residência do declarante, quando se dirija a pessoa desconhecida ou cujo paradeiro seja por aquele ignorado”.

²⁴ Em Portugal, essa idéia encontra-se expressamente consagrada no âmbito das ofertas públicas de valores mobiliários, estabelecendo o Código de Valores Mobiliários lusitano, no nº 2, no artigo 109, que “a indeterminação dos destinatários não é prejudicada pela circunstância de a oferta se realizar através de múltiplas comunicações padronizadas, ainda que endereçadas a destinatários individualmente identificados”.

indiferenciação pessoal dos destinatários são requisitos bastantes para que o conjunto de mensagens de conteúdo repetitivo seja qualificado como (um só) anúncio público”²⁵.

Acrescentamos, no entanto, mais uma vez, a importância de se interpretar a iniciativa do declarante em conformidade com a boa-fé e os usos, de modo a se apurar a sua natureza, ou seja, se dirigida a pessoa determinada ou ao público.

No exemplo dado acima, parece-nos pouco provável que o declaratório normal possa cogitar que a iniciativa da empresa consubstancie uma proposta a destinatário específico. Outra, porém, poderá ser a resposta em face de uma iniciativa comercial que se destine, por exemplo, à venda de uma linha de produtos muito exclusiva, em que fique clara a idéia de que se restringe a um grupo muito seletivo.

3.3 – LIMITAÇÃO DOS ESTOQUES

Como já asseverado, mesmo que a questão da limitação dos estoques ainda suscite alguma celeuma, tal fato não constitui, para a doutrina amplamente majoritária, óbice ao reconhecimento do instituto da oferta ao público, na medida em que ela deve “considerar-se limitada pelas possibilidades do ofertante”²⁶.

Levanta-se, no entanto, a questão de saber qual o fundamento jurídico para se ter a oferta como limitada à suficiência dos bens que lhe são objeto.

Parece-nos que o argumento mais adequado seja o sustentado por Cunha Gonçalves²⁷ e por Ferreira de Almeida²⁸, segundo o qual a proposta estaria condicionada à existência do bem anunciado. Com efeito, conforme este último autor, “quando a proposta se refira à conclusão de uma quantidade indeterminada de contratos, deve entender-se que é formulada sob condição resolutiva tácita²⁹ de indisponibilidade pelo proponente de

²⁵ *Contratos*, I, 91.

²⁶ Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações* cit., I, 191.

²⁷ *Tratado de Direito Civil*, IV, 242.

²⁸ *Contratos*, I, 92.

²⁹ Sobre condições tácitas, vide Dias Marques, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 127 e Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, IV, 243 e *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, I, 414, o qual, nesta última obra, faz inclusive menção à possibilidade de haver condições tácitas derivadas dos usos e da natureza do contrato.

mercadorias ou de prestação de serviços em quantidade suficiente para satisfazer as reacções de aceitação”³⁰.

Dessa forma, emitida a proposta ao público, produz ela todos os seus efeitos normais. Verificada a condição, os seus efeitos cessam automaticamente³¹. Assim, com o término dos estoques, deixa de haver o estado de sujeição do proponente em benefício dos declaratórios, de maneira que qualquer aceitação manifestada após a verificação desse fato já não terá o condão de fazer nascer o contrato.

Chama-se a atenção, todavia, para o fato de que considera-se não verificada a condição se o seu implemento for provocado, contra as regras da boa fé, por aquele a quem aproveita (cf. arts. 275, 2, do CC português e 129 do CC brasileiro). Essa regra tem importância nuclear para resolver os casos em que o anunciante reduz seu estoque, contrariamente aos ditames da boa fé, para não fazer frente à totalidade dos pedidos.

4 – TEMPO E LUGAR DE EFICÁCIA DA OFERTA AO PÚBLICO

A eficácia da proposta consiste, basicamente, em conferir ao declaratório o direito potestativo³² (e, conseqüentemente, em colocar o declarante num estado de sujeição) de, mediante a sua aceitação, fazer surgir o contrato proposto.

O momento em que a proposta de contrato se torna eficaz depende da sua natureza recipianda ou não recipianda. A esse respeito, o artigo 224, I, do CC português estabelece: “A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida; as outras, logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada”. Em relação às declarações não recipiandas, portanto, consagrou-se a fórmula segundo a qual elas se tornam eficazes com a sua emissão pela “forma adequada”.

³⁰ Pode-se citar, ainda, as posições de Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, 322, segundo a qual a “reserva de esgotamento de stocks deve ter-se como implícita de acordo com os usos”; de Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit. III, 44, no sentido de que a oferta “*pressupõe implícita a cláusula ‘nos limites do estoque ou do disponível’*”; e de Oliveira Ascensão, *Direito Civil/ Teoria Geral*, cit. II, 457, sustentando que a solução passaria por “considerar a situação como de impossibilidade objectiva”.

³¹ Cf. art. 276 do CC português e art. 128 do CC brasileiro.

³² Ver, por exemplo, Vaz Serra, *Perfeição da declaração negocial* cit. 101, Orlando Gomes, *Contratos*, p. 76, Menezes Cordeiro, *Português I*, tomo I, 553, Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 788, e Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, 304.

Já o CC brasileiro é silente a respeito do momento da eficácia da proposta, sendo certo, também, que a doutrina que tivemos a oportunidade de examinar não se ocupa da matéria. Para nós, na medida em que o artigo 428, IV, do Código Civil estabelece que a proposta deixa de ser obrigatória “Se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente”, parece ser intuitivo que o legislador elegeu esse momento, isto é, o do conhecimento, como o relevante para a eficácia da proposta dirigida a pessoa determinada. No que concerne às propostas não recipiendas, isto é, as *ad incertam personam*, a sua eficácia se dá com a emissão da declaração, posto ser qualquer outra solução incompatível com a sua natureza. Afinal, nelas não é dado saber os momentos da recepção e do conhecimento por parte do declaratório, mas apenas os da exteriorização e da expedição do lado do declarante³³.

Quanto ao lugar da eficácia da oferta ao público, cuja definição tem grande pertinência para a solução de questões de direito internacional privado, nomeadamente, para a “determinação da lei aplicável à substância e à forma do negócio”³⁴, releva o local em que ocorrer a emissão da declaração pela forma adequada, sendo certo que, quando houver dúvida a esse respeito (v.g. anúncio veiculado em revista de circulação internacional), deverá ser considerado o local onde se encontrar estabelecido o emissor ou entidade emissora³⁵. Essa solução se ajusta, no direito brasileiro, ao que dispõe o artigo 435 do CC, combinado com o art. 9º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

5 - EXTINÇÃO DA OFERTA AO PÚBLICO

5.1 - CADUCIDADE

As hipóteses de extinção da proposta por decurso do prazo encontram-se previstas nos artigos 228 do CC português e 428 do CC brasileiro, os quais, sem dúvida alguma, tiveram em vista as propostas recipiendas.

³³ Cf. Henrich Ewald Höster, *Parte Geral do Código Civil Português*, 447.

³⁴ Pedro Pais, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 297 Em sentido equivalente, ver Orlando Gomes, *Contratos*, p. 82. .

³⁵ Cf. Ferreira de Almeida, *Contratos*, cit. I, 98. No âmbito do comércio eletrônico, em Portugal, o artigo 10º, do Decreto-Lei nº 7/2004, determina que os prestadores de serviço da sociedade de informação disponibilizem aos destinatários o “endereço geográfico” no qual se encontram estabelecidos.

Tal fato, no entanto, não impede que se lhes aplique, realizados os devidos ajustes, às ofertas ao público, evitando-se, assim, fique o proponente, que não se valeu da prerrogativa de revogá-la, vinculado, por tempo indeterminado, à celebração dos contratos objeto da proposta.

Assim, no regime lusitano, não tendo havido a revogação da proposta, esta caducará (a) transcorrido o prazo determinado pelo proponente; (b) se não for fixado prazo, e dos seus termos resultar que o proponente deseja uma “resposta imediata”, transcorrido o tempo necessário para que, em “condições normais”³⁶, a aceitação chegue³⁷ ao poder do proponente ou seja dele conhecida; e (c) sendo feita a “pessoa ausente ou, por escrito, a pessoa presente”, sem que tenha sido fixado termo, no mesmo prazo estabelecido para os casos em que se pede resposta imediata, acrescido de cinco dias.

Já na sistemática brasileira, tem-se que a proposta ao público perderá sua eficácia (a) se realizada a declaratório presente, não foi imediatamente aceita; (b) se feita, sem prazo, a declaratório ausente, houver transcorrido tempo suficiente para que a sua aceitação chegue ao conhecimento do proponente e (c) se a aceitação não houver sido expedida no prazo determinado pelo proponente.

5.2 - REVOGAÇÃO

A revogação das ofertas ao público— ato unilateral cujo efeito é a extinção da proposta— é sempre admitida, no regime português, se “feita na forma da oferta ou em forma equivalente”(nº 3 do art. 230), mas, naturalmente, desde que tal ocorra antes de alguém, aceitando a oferta, consubstanciar o contrato proposto³⁸. Este regime se justifica porque, destinando-se a proposta a pessoas indeterminadas, não há como se exigir sejam as revogações dirigidas individualmente³⁹. Guarda, assim, o proponente a prerrogativa de, a qualquer tempo, colocar fim ao seu estado de sujeição perante os declaratórios, bastando

³⁶ Sobre este conceito indeterminado, *vide* Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo I, 554.

³⁷ Diferentemente do que se passa com as declarações recipiendas, aqui não se computa o prazo necessário para que a proposta chegue ao seu destino, pois a oferta ao público vigora desde o momento em que é emitida pela “forma adequada”.

³⁸ Cf. Menezes Cordeiro, *Obrigações*, p. 446, nota 167.

³⁹ Cf. Vaz Serra, *Perfeição da declaração* cit, 91.

que se valha da mesma forma (ou equivalente) de divulgação utilizada para anunciar a proposta. Assim, nesse momento, deixará de existir, em favor do declaratório, mesmo que sequer tenha tido ele conhecimento da revogação da proposta, o direito potestativo de fazer concluir o contrato mediante a sua declaração.

Já no Brasil, o legislador foi mais rigoroso, pois apenas admite a revogação da proposta ao público “desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada” (art. 429, Parágrafo único do CC). Neste caso, deverá a retratação ser realizada mediante a mesma forma⁴⁰ ou forma equivalente⁴¹ à da divulgação da proposta. Nesta última hipótese, deverá o anunciante escolher veículo que garanta, no mínimo, a mesma publicidade dada à oferta. Sempre, no entanto, restarão preservados os contratos já celebrados, em decorrência de aceitações já manifestadas, ou seja, cuja eficácia se tenha verificado antes da revogação.

Há que se ressaltar, com é intuitivo, que a revogação deve ser sempre feita em conformidade com os ditames da boa fé⁴², de maneira que, caso o seu exercício exceda manifestamente os limites por estes impostos, poderá, em situações ponderosas, configurar abuso de direito⁴³ (ou o exercício inadmissível de posição jurídica⁴⁴), e, portanto, dar ensejo à responsabilização do proponente pelos danos eventualmente causados aos declaratórios que tenham, legitimamente, investido na confiança despertada pela oferta revogada. A fórmula do abuso de direito é suficientemente elástica para abarcar situações desse jaez.

Mas não é só: considerando que a sanção do ato abusivo é variável e deve ser determinada caso por caso, “em função e de acordo com as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito”⁴⁵, poder-se-á, mesmo, cogitar da possibilidade de, a título de sanção, ser declarada ineficaz, em relação ao lesado, a revogação abusiva da oferta.

⁴⁰ Cf. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado*, II, 45.

⁴¹ Cf. Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, Volume V, p. 196.

⁴² Boa fé essa objetiva, pois “não versa factores atinentes, diretamente, ao sujeito, mas antes elementos que, enquadrando o seu comportamento, se lhe contrapõem” (Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito civil*, 901).

⁴³ “O abuso de direito constitui a fórmula mais geral de concretização da boa-fé”, cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo 1, 1999, p. 190.

⁴⁴ Esta locução apresenta, como sublinha Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito civil*, 899, a vantagem de abarcar exercícios não sediados em direitos subjetivos. A esse respeito, *vide*, também, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit. IV, 241.

⁴⁵ Fernando Cunha de Sá, *Abuso do direito*, 649.

Essa solução, abra-se um parêntese, se ajusta, perfeitamente, à ordem jurídica brasileira. Isso porque nos filiamos ao entendimento de que a fórmula do artigo 187 do CC não se presta, apenas, a conferir à parte lesada pelo ato abusivo a via da reparação de danos. A interpretação, aqui, deve ser extensiva, de modo a que o termo “ato ilícito” previsto na referida norma assumam conotação mais ampla do que a utilizada pelo legislador, tendente a exprimir uma idéia de “*ilicitude lato sensu*, no sentido de contrariedade ao direito como um todo, e não como uma identificação entre a etiologia do ato ilícito e a do ato abusivo, que são claramente distintas”⁴⁶.

5.3 - ACEITAÇÃO

Primeiramente, releva mencionar que a aceitação apenas possui o condão de extinguir a proposta ao público nos casos em que tenha por objeto a celebração de um único contrato⁴⁷. Nos demais casos, a proposta vigorará, até que se verifique alguma causa de extinção da mesma⁴⁸.

A aceitação é uma declaração de vontade recipianda. Nas ofertas ao público, pode ser formulada por qualquer interessado, que, manifestando a sua concordância com o conteúdo da proposta, faz nascer o contrato com a sua declaração. A aceitação deve exprimir uma adesão total e completa à proposta, de maneira que, se a declaração for prestada com modificações, reservas ou aditamentos, não ensejará a conclusão do contrato, posto que falte o acordo das partes. Nesse caso, em princípio, estar-se-á diante de rejeição da proposta, podendo, no entanto, ter ela o valor de uma contraproposta (art. 233 de CC português e 431 do CC brasileiro), se preencher os requisitos da proposta em geral.

Deixaremos, por falta de espaço e pordesbordar do escopo deste trabalho, de examinar, detidamente, todos os aspectos da aceitação (v. g., os seus requisitos, as

⁴⁶ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado*, I, 342. Não fosse assim, bem ressaltam os autores, a associação do ato abusivo ao ato ilícito *stricto sensu* “restringiria as hipóteses de controle do ato abusivo à caracterização do ato ilícito, deixando escapar um sem número de situações jurídicas em que, justamente por serem lícitas, exigem uma valoração funcional quanto ao seu exercício”.

⁴⁷ V.g., oferta de venda de um específico veículo usado.

⁴⁸ Incluindo-se, dentre essas causas, a extinção pelo implemento da condição resolutiva de esgotamento dos estoques.

hipóteses em que pode ser revogada, os casos em que se dá de maneira tácita etc.), para nos atermos aos pontos mais controvertidos⁴⁹.

Uma dessas questões diz respeito ao efeito desencadeado pela aceitação. Como apontamos, estando a proposta em vigor, a perfeição da aceitação faz nascer o contrato, o que quer dizer que tudo a partir daí se resolve no âmbito da responsabilidade contratual.

Disso resulta que, negando-se o ofertante a entregar o bem anunciado, não há que se falar, propriamente, em recusa no cumprimento da proposta⁵⁰, mas, sim, em recusa no cumprimento da obrigação emergente do contrato. Consequentemente, terá o aceitante o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento (art. 817 do CC de Portugal⁵¹ e arts.461⁵² e ss. do CPC brasileiro e 84 do CDC, no tocante às relações de consumo). Essa, como enuncia João Calvão da Silva, é a “lógica e natural consequência sancionatória num ordenamento jurídico que proíbe a autotutela sem, todavia, deixar de ter a preocupação de garantir a adequada e eficaz tutela (jurisdicional) dos direitos dos cidadãos”⁵³.

Nesse contexto, desperta curiosidade a posição defendida por boa parte da doutrina brasileira, especialmente dentre os civilistas mais clássicos, no sentido de negar, ao aceitante, a via do cumprimento *in natura* da obrigação, e conferir-lhe, apenas, o direito de buscar a reparação de eventuais perdas e danos advindos da conduta do ofertante.

Temos, no entanto, grandes dificuldades em aceitar essa orientação. Ela só se mostraria compatível com os casos de convite a contratar⁵⁴, posto que, somente aí, se poderia, a rigor, aventar uma “recusa” em contratar. Nos demais, isto é, onde haja uma proposta válida, verificada a eficácia da aceitação e, consequentemente, celebrado o contrato, não há mais que se cogitar da falta de cumprimento da oferta, mas, naturalmente, da falta de cumprimento da obrigação que incumbe ao proponente no negócio jurídico

⁴⁹ De mais a mais, trata-se de matéria exaustivamente estudada pela mais abalizada doutrina, o que se justifica porque, como o regime da aceitação na proposta padrão (recipienda) e na proposta ao público é o mesmo, abundam os estudos sobre o tema.

⁵⁰ Como enunciado por Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo I, 556, “a aceitação faz desaparecer a proposta, promovendo a sua integração no contrato”.

⁵¹ Este dispositivo consagra o princípio geral do cumprimento *in natura* da obrigação, ficando a cargo dos artigos 827 e ss. a disciplina das mais importantes modalidades de execução específica.

⁵² Tal norma tem natureza híbrida (de direito adjetivo e substantivo) e se mostra em sintonia com o que já estabelecia o CDC (art. 84). A partir dela, a regra, no direito privado brasileiro, passou a ser a da execução específica, tornando-se exceção a resolução por perdas e danos. Sobre o tema, ver, a título ilustrativo, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, pp. 586/587.

⁵³ *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 141.

⁵⁴ Ver item 7.1 *infra*.

nascido. Enfim, julgamos que a tese que, nestes casos, nega ao aceitante o acesso à execução específica não se ajusta à sistemática vigente, notadamente quando se recorre à conjugação dos artigos 427 e 434 do CC com o artigo 461 do CPC⁵⁵.

Como última nota sobre o tema tratado neste capítulo, cumpre referir que a rejeição– declaração de recusa da proposta– é comumente citada, junto com a caducidade, a revogação e a aceitação, como uma das causas de extinção da proposta. Todavia, isso só se explica no quadro das propostas recipiendas, posto que as ofertas ao público, por se dirigirem a um universo de pessoas indeterminadas, não têm, naturalmente, a sua eficácia afetada ainda que um (ou alguns) declaratário(s) tenha(m) manifestado a sua rejeição, haja vista que outros poderão aceitá-la.

Já quanto à extinção da oferta ao público em razão do esgotamento das existências, deixaremos de analisá-la aqui, por já tê-lo feito *supra*.

6 – DISTINÇÃO ENTRE A OFERTA AO PÚBLICO E OUTRAS FIGURAS QUE SE LHE ASSEMELHAM

6.1 - CONVITE A CONTRATAR

Como já tivemos a oportunidade de mencionar, o convite a contratar é uma mensagem que comunica a disposição do seu autor para iniciar negociações com vista à conclusão de um contrato. O convite “inicia o diálogo contratual, delimita o âmbito de futuros contratos, cria expectativas, mas não é suficiente para colocar o enunciatário numa posição de sujeição tal que, pela aceitação, conclua o contrato”⁵⁶. Diz-se, assim, que os convites a contratar destinam-se a provocar ou suscitar propostas por parte do público⁵⁷.

Muitas vezes, a linha que separa o convite a contratar da proposta ao público é muito tênue. O critério normalmente apresentado pela doutrina é o de saber se a iniciativa

⁵⁵Essa posição encontra amparo em abalizada doutrina. Apenas a título ilustrativo, cite-se Gustavo Tepedino/Heloisa Helena Barbosa/Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, II, p. 39, e Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 601 e 628.

⁵⁶Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, cit. III, 808.

⁵⁷Cf. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 428. Em sentido equivalente, Orlando Gomes, *Contratos*, p. 73.

do declarante preenche os requisitos da proposta. Se a resposta for positiva, estar-se-á diante de uma proposta.

Esse é efetivamente o critério. Todavia, não há como lidar com ele em termos puramente abstratos. Será sempre necessária a análise concreta do enunciado, segundo as regras gerais de interpretação, a fim de se apurar o sentido⁵⁸ e o valor a ser-lhe dado pelo declaratório normal (ou médio), ou seja, se ele deve ser ou não compreendido como uma declaração negocial⁵⁹. Em outras palavras, se a declaratório normal, diante de um comportamento concreto, for levado a compreender que, através dele, o seu autor projetou a celebração de um contrato, indicando, para tanto, a totalidade dos elementos que lhe constitui, bastando a sua concordância para fazer nascer o negócio jurídico, ficará o declarante adstrito à entrega do bem ou à prestação do serviço objeto da sua iniciativa se essa aceitação for eficazmente manifestada⁶⁰.

Não pretendemos, contudo, pôr em um segundo plano a vontade do declarante. Esta “é o centro de gravidade do sistema”⁶¹. O Direito a protege. Todavia, esta proteção não é irrestrita, sendo afastada quando o comportamento do declarante o responsabiliza pela falta de correspondência entre a vontade e a declaração, seja porque tenha intencionado enganar o declaratório, seja porque não tenha tomado as cautelas adequadas para fazer com que a sua vontade fosse corretamente compreendida pelo declaratório médio⁶².

Essa parece ser a solução mais adequada; sem descurar do elemento volitivo, admite-se, em prol da tutela do comércio jurídico, possa a declaração valer como negocial, ainda que só na aparência o seja, se assim entender, justificadamente, o declaratório. Mas, aqui, ao contrário do que defendem os adeptos da teoria objetivista da declaração da

⁵⁸ Mota Pinto, *Teoria geral do facto jurídico*, 446-447, referindo-se à fórmula do art. 236 do CC lusitano, anota que “relewa o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratório, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer”.

⁵⁹ Cf. Henrich Ewald Höster, *Parte Geral do Código Civil Português*, 456, e Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II,809.

⁶⁰ Se assim não for, invertem-se os papéis; a resposta do declaratório em relação à mensagem que iniciou o diálogo entre as partes será a proposta, ficando o autor do convite, agora destinatário da proposta, na confortável posição de fazer nascer ou não o contrato com a sua aceitação.

⁶¹ Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral*, II, 238.

⁶² Essa idéia parece estar refletida no art. 138 do CC, o qual estabelece que o negócio jurídico subsiste quando o erro substancial não possa ser percebido “por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

vontade⁶³, “à tutela da confiança e das necessidades do tráfico cabe assim uma função de correcção, e não de fundamento”⁶⁴. Com isso, podemos dizer que a nossa posição se insere no quadro da teoria da responsabilidade, sustentada, por exemplo, por Galvão Telles⁶⁵ e por Oliveira Ascensão^{66,67}.

Nesse contexto, quando o anunciante almeje fazer um convite a contratar, mas, por não ter se cercado das cautelas normalmente exigidas pelo tráfico jurídico, esse convite seja compreendido pelo declaratório normal como sendo uma declaração negocial, admitimos que ele valha como tal, e, por conseguinte, que vincule o anunciante. Naturalmente que, nesse mister, deverá o declaratório empreender um certo esforço para entender o alcance da

⁶³ Para esta corrente, o que importa é a declaração; o seu autor a ela se vincula ainda que não guarde correspondência com a sua vontade; esta pouco interessa para o fenómeno negocial. Há, ainda, os adeptos da corrente objetivista da confiança, que procuram se posicionar entre as teorias da vontade e da declaração. Mesmo que haja, no âmbito da teoria objetivista, variadas concepções, a ideia central é a de que a declaração vale com o seu sentido objetivo, para proteger a confiança do declaratório. Em Portugal, dentre as posições objetivistas no domínio das declarações de vontade, podemos destacar, a título exemplificativo, a de Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 413 e ss., para quem a declaração negocial tem a sua nota essencial “não num elemento interior – uma vontade real, efectiva, psicológica – mas, num elemento exterior – o comportamento declarativo”; a de Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, II, 122 e de Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., I, 69 e ss. Também de cariz objetivista, merece menção acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, aduzindo que “ultrapassada hoje a concepção voluntarista do negócio jurídico (com os efeitos deste ligados a uma vontade psicologicamente concebida), a declaração negocial já não é o simples meio de exteriorizar uma vontade, mas de se estabelecer um vínculo jurídico” (Processo nº 086020, de 24-10-1995, em www.dgsi.pt). No Brasil, pode ser qualificada como de cariz objetivista a posição de Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 21, o qual defende que “uma concepção estrutural do negócio jurídico, sem repudiar inteiramente as concepções voluntaristas, dela se afasta, porque não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico”.

⁶⁴ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral*, II, 238. Não se esconde, todavia, como menciona o autor, que “a posição não é rectilínea, podendo em casos particulares tutelar-se a posição do declaratório, mesmo quando não há uma responsabilidade do declarante a sancionar. Mas por outro lado a correcção também nem sequer é integral, visto que há casos em que a anomalia é imputável ao declarante, e não obstante o Direito continua a dar prevalência à intenção ou vontade sobre a declaração”.

⁶⁵ *Manual dos Contratos em Geral*, 161.

⁶⁶ *Direito Civil/Teoria Geral*, II, 238-239.

⁶⁷ Para além das obras mencionadas, uma análise das diversas teorias no âmbito da declaração de vontade pode ser feita em Pedro de Albuquerque, *A Representação Voluntária em Direito Civil* cit., 418 e ss. (nota 2124) e 441 e ss. (nota 2236), em Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., I, 35 e ss. e em Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 66 e ss..

manifestação do anunciante, pautando-se, acima de tudo, pelas regras da boa fé e tendo em conta os usos do tráfico⁶⁸.

De todos os modos, achamos conveniente chamar a atenção para o fato de que, mesmo nos casos em que não haja qualquer divergência entre a vontade e a declaração, isto, é, em que o convite a contratar seja compreendido como tal, este “não é vazio de conteúdo”⁶⁹. Portanto, ainda que as repercussões jurídicas que desencadeiem sejam consideradas diminutas, se comparadas àquelas advindas da proposta, não se pode deixar de relevar que ele estabelece, com maior ou menor determinação, o quadro contratual cuja negociação se propõe⁷⁰, sendo certo, também, que o seu conteúdo deve ser levado em conta “na concretização do padrão de comportamento leal na negociação que o dever de boa fé implica e na decisão das controvérsias que se suscitem nesse âmbito”⁷¹.

O anunciante deve, nessa medida, pautar a sua conduta pela boa fé, respeitando, especialmente, os deveres de informação e de lealdade, sob pena de poder vir a responder por perdas e danos. Deve ele evitar criar expectativas que sabe, de antemão, fadadas ao fracasso. Em Portugal, esta solução encontra amparo no artigo 227 do CC. No direito brasileiro, ainda que o legislador tenha sido silente quanto aos efeitos da violação ao dever geral de atuar conforme a boa-fé objetiva, a responsabilização pelas perdas e danos é uma das (portanto, não a única) consequências naturais da inobservância às diretrizes do artigo 422 do CC, o qual, frise-se, se aplica também à fase pré-contratual⁷². Nestes casos, portanto, como é até intuitivo, a conduta do anunciante se subsume no âmbito da responsabilidade pré-contratual.

⁶⁸ Para aprofundamento no tema, ver Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo I, 759 e ss..

⁶⁹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit. 1, 306. Também sobre a relevância jurídica do convite a contratar, Ferreira de Almeida, *Contrato*, I, 89, chama a atenção para o fato de que ele “tem sido tratado apenas enquanto figura de efeitos negativos, por dele não resultarem os efeitos típicos da proposta”, mas que “esta visão é limitada, porque o convite a contratar dispõe também de efeitos próprios positivos em matéria de formação complexa das declarações contratuais, de responsabilidade pré-contratual e de interpretação do contrato”. Em sentido contrário, Orlando Gomes, *Contratos*, p. 73.

⁷⁰ A esse respeito, ver o que dissemos sobre as mensagens publicitárias no âmbito das relações de consumo.

⁷¹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit. 1, 307.

⁷² Sobre as críticas à redação do artigo 422 do CC, consistente na falta de menção expressa à fase pré-contratual, ver, por todos, Antonio Junqueira de Azevedo, *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, Revista dos Tribunais, vol. 775, p. 11-12. Atualmente, no entanto, é quase pacífico o entendimento de que a fórmula do artigo 422 do CC se presta a alcançar, também, a fase pré-contratual. Ver, a título ilustrativo, Orlando Gomes, *Contratos*, p. 45.

Há, ainda, a fórmula elástica do abuso de direito (art. 187 do CC brasileiro e 334 do CC português), a qual, também aqui, se presta, plenamente, a salvaguardar a posição da parte ludibriada pela conduta desleal e descompromissada do anunciante, até porque não é demais sublinhar que o “tratamento típico dos exercícios ditos abusivos mostrou que o fenômeno pode ocorrer em situações irreduzíveis a direitos subjectivos num sentido estrito: poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades colocam-se, em certas circunstâncias, perante o sistema, numa sequência tal que a sua actuação, contrariando a boa fé, torna-se, na linguagem do Código Civil, ilegítima”⁷³.

Em suma, ainda que o autor do convite a contratar guarde a liberdade de celebrar ou não o contrato, iniciativas desonestas, contrárias aos ditames da boa fé, que indiquem, por exemplo, haver uma intenção remota de contratar⁷⁴, podem dar lugar à responsabilidade pré-contratual, se frustrar confiança merecedora de tutela⁷⁵ despertada em eventuais interessados na celebração do contrato.

6.2 - PROPOSTA FEITA A PESSOA DESCONHECIDA OU DE PARADEIRO IGNORADO

Trata-se da hipótese prevista no artigo 225 do CC português, sem correspondência no CC brasileiro, cuja única semelhança com as ofertas ao público reside, como já apontamos, no fato de a proposta também ser feita por meio de anúncio público. No mais, nada há capaz de aproximá-las das propostas ao público, eis que possuem destinatário específico. O anúncio público, nestes casos, é utilizado exclusivamente pelo fato de não se ter notícia do paradeiro do destinatário.

6.3 - PROMESSA PÚBLICA

⁷³ *Da boa fé no Direito civil*, 901.

⁷⁴ Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo 1, p. 506 e Ferreira de Almeida, *Contratos*, 182.

⁷⁵ Sobre a proteção jurídica da confiança, ver Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo 1, 409 ss..

A promessa pública, regulada pelo artigo 459 e ss. do CC português e pelo artigo 854 dos CC brasileiro, é um negócio unilateral pelo qual uma pessoa constitui a favor de quem pratique certo fato, positivo ou negativo, ou de quem se encontre em determinada posição, um direito de prestação⁷⁶. Portanto, assim como se passa com as ofertas ao público, as promessas públicas são dirigidas a destinatários indeterminados e utilizam um anúncio público como meio de difusão.

Mas, ainda que possa haver certa similitude entre as duas figuras, há um traço essencial que permite distingui-las: enquanto a oferta ao público, para que produza efeitos obrigacionais, fica na dependência de uma outra declaração (a aceitação), na promessa ao público, a constituição da obrigação dá-se com a simples emissão do anúncio público, prescindindo-se, portanto, de uma declaração de aceitação.

Assim, enquanto a promessa ao público “faz nascer na esfera do promitente um dever de prestar e na do beneficiário um direito de crédito”, a oferta ao público “dá lugar, respectivamente, à sujeição à aceitação e ao direito potestativo de aceitar, consubstanciando-se, com esse exercício, um contrato, inexistente na primeira”⁷⁷.

7 - NATUREZA JURÍDICA DA OFERTA AO PÚBLICO

Apesar de ser matéria com especial propensão ao debate, pode-se dizer que, atualmente, prevalece, pelo menos na doutrina portuguesa⁷⁸, a tese que qualifica a proposta contratual como um negócio jurídico unilateral⁷⁹, ainda que com base em argumentos nem sempre uníssonos.

⁷⁶ Cf. Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, I, 567.

⁷⁷ Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 567.

⁷⁸ Na doutrina brasileira, à mingua de opiniões doutrinárias a esse respeito, difícil é estabelecer-se uma orientação da doutrina sobre o tema. Para Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito civil*, III, “a proposta constitui em si mesma um negócio jurídico”, ao passo que para Orlando Gomes, *Contratos*, p. 68, “proposta e aceitação não constituem negócios jurídicos, classificando-se como atos pré-negociais, de efeitos prefigurados na lei”.

⁷⁹ Assim, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I-I*, 562 e *Direito das Obrigações*, I, 446 e ss., Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado cit.*, I, 787 e ss., Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral*, II, 460, e Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 304; os dois primeiros com bibliografia e exame das demais teses. Contra, Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 246, para quem a proposta seria mero ato jurídico unilateral.

Sem a pretensão de confrontar as teses contrárias, até porque nos faltaria espaço para tanto, deixamos apenas registrada a nossa filiação à teoria que vê na proposta um negócio jurídico unilateral. Para tanto, achamos decisivos os argumentos expostos por Menezes Cordeiro, que podem ser assim resumidos: (a) a proposta é um fato jurídico *lato sensu*, pois produz efeitos de direito e faz surgir, na esfera do destinatário, o direito potestativo à aceitação; (b) a proposta se articula como um ato jurídico *lato sensu*, pois é livre, no sentido de que “o proponente formula-a se quiser, actuando ao abrigo da sua autonomia privada” e possui “liberdade de celebração”; (c) o seu conteúdo é, igualmente, livre e “há liberdade de celebração, surgindo límpido um negócio jurídico” e (d), consubstanciando a proposta uma única vontade, deve ser ela qualificada como negócio jurídico unilateral⁸⁰.

8 - MODALIDADES MAIS FREQUENTES DE OFERTA AO PÚBLICO⁸¹

8.1 – LEILÃO

O processo de contratação por meio de leilão reveste-se de importância prática inquestionável. Primeiro, dada a frequência⁸² com que se verifica e, segundo, porque pode ter em vista a celebração de contratos de elevada importância econômica e/ou bens de estimado valor (v.g. obras de arte).

⁸⁰ *Tratado de Direito Civil Português, I-I*, 562. Ver, também, do mesmo autor, *Direito das Obrigações*, I, 446 e ss..

⁸¹ Deixaremos de abordar, neste estudo, a oferta ao público de valores mobiliários, posto que, embora tenham natureza jurídica de propostas ao público, trata-se de matéria específica de Direito Comercial, regulada por lei especial (em Portugal a base legal sobre o tema é o Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei 486/99, e, no Brasil, a Lei 6.404/76), fugindo, portanto, ao escopo deste trabalho.

⁸² Atualmente, ainda mais, dada a difusão das modalidades de leilão via *Internet*.

A primeira questão que se levanta é, justamente, se a iniciativa do leiloeiro deve ser ou não considerada uma oferta ao público⁸³ ou um mero convite a fazer oferta. Essa definição, ao contrário do que possa parecer, não tem importância meramente teórica. Muito pelo contrário, traz consequências práticas de grande relevância.

Assim, caso se trate de convite a contratar, o leiloeiro, nos casos de leilão pelo maior lance, terá sempre a palavra final, podendo proceder à retirada do bem, ainda que já tenham sido feitos lances. Se assim não for, isto é, sendo a hipótese de proposta ao público, tal conduta (isto é, a retirada do bem) configurará inadimplemento contratual, eis que o contrato ter-se-á por concluído com o licitante que tiver feito o último (e mais elevado) lance.

O Código Alemão (§ 156) estabelece que o contrato só se conclui com a adjudicação, sendo um lance extinto se feito um superior ou se a hasta pública é encerrada sem adjudicação. Ou seja, a iniciativa do vendedor é considerada, a princípio, um mero convite a contratar. Enneccerus/Nipperdey⁸⁴, no entanto, sustentam não se tratar de disposição imperativa, mas, sim, interpretativa, de maneira que outro pode ser o entendimento caso a iniciativa do vendedor denote, seguramente, tratar-se de uma oferta vinculante.

Na Itália, onde a matéria também não é regulada, notamos haver uma tendência para se admitir a existência de uma proposta ao público⁸⁵.

No Brasil, como em Portugal, a lei é omissa. Neste país, o legislador parece ter seguido a solução aventada por Vaz Serra, o qual, no âmbito dos trabalhos preparatórios ao CC lusitano, propôs que não se estabelecesse qualquer presunção a respeito do tema, pois “tudo depende da intenção do vendedor”, de modo que a questão de saber se há ou não uma proposta ao público passaria, necessariamente, pela análise casuística⁸⁶.

⁸³ Duas foram as principais construções a respeito das vendas de bens por meio de leilões. A primeira, que tinha como principal adepto Kidervater, sustentava que a iniciativa do leiloeiro configurava uma proposta de venda, sendo o contrato concluído com a aceitação de cada um dos licitantes, sob a condição de não ser feita outra proposta de valor maior, por outro licitante. Contra ela, contrapôs-se Jhering, sustentando a existência de mero convite a contratar, incumbindo aos licitantes elaborarem propostas, que poderiam ser ou não aceitas, *apud*. Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit. III, 810.

⁸⁴ *Tratado de Derecho Civil/Parte General*, II, 154.

⁸⁵ Cf., por exemplo, Ravazzoni, *La formazione del contratto*, 390 e ss.; e Cesare Massimo Bianca, *Diritto Civile*, vol. 3: *Il Contratto*, 255.

⁸⁶ *Perfeição da declaração* cit., 55 ss.

Essa posição afigura-se mais adequada. Nesse mister, será de crucial importância a análise do regulamento do leilão, compreendido pelo conjunto de enunciados que o vendedor tenha emitido, incluindo, assim, “o anúncio da sua realização, o catálogo (se houver), a exibição dos objectos, os esclarecimentos prestados no local”⁸⁷.

De todos os modos, nas hipóteses em que se estabeleça um preço mínimo inicial, haverá, segundo julgamos, uma autêntica proposta ao público, se nada houver no regulamento do leilão que enuncie o contrário⁸⁸. Nestes casos, como bem sublinhado por Enneccerus/Nipperdey⁸⁹, cada lance representará a conclusão de um contrato, sob condição de não ser feito um lance maior.

Já nas hipóteses em que não haja a indicação de preço mínimo, será sempre o caso de convite a contratar, posto faltarelemento essencial do contrato. Ou seja, o requisito da completude inerente à proposta restará prejudicado.

8.2 - CONTRATAÇÃO ATRAVÉS⁹⁰ DE AUTÔMATOS⁹¹

É cada vez mais frequente a utilização de máquinas no processo de formação dos contratos, sendo dos mais variados tipos os pactos passíveis de celebração mediante dispositivos dessa natureza.

⁸⁷ Cf. Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 811.

⁸⁸ Contra, Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 247 e Henrich Ewald Höster, *Parte Geral do Código Civil Português*, 457. Na doutrina brasileira, ver, admitindo a possibilidade de o leilão ser qualificado como oferta ao público, Gustavo Tepedino/Heloisa Helena Barbosa/Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado* cit., II, p. 45.

⁸⁹ *Tratado de Derecho Civil/Parte General*, II, 154. Posição análoga é sustentada por Cunha Gonçalves, *Da Compra e Venda*, 563: “Uma nova oferta, realizando a condição, faz caducar o anterior contrato, e assim por diante, até não haver mais lances ou ofertas dentro do prazo estabelecido.”

⁹⁰ A utilização do advérbio “através” não é aleatória: serve para deixar assente a idéia de que o autômato é meramente o meio utilizado para reproduzir a vontade do verdadeiro declarante, quem seja, a pessoa responsável pelo equipamento. Com efeito, as declarações negociais (e não simplesmente meros atos materiais), sejam elas proposta ou aceitação, são sempre imputáveis aos programadores dos autômatos e exprimem a intenção negocial destes. Assim, a expressão “contratação automática”, comumente referida pela doutrina e pela jurisprudência, não significa, naturalmente, que inexista uma ação humana, mas, tão-somente, que entre o declarante e o declaratório se interpõe um autômato, cuja função é reproduzir a vontade do seu programador.

⁹¹ Tal modalidade de contratação não se confunde com a contratação por meios eletrônicos ou através da *Internet*, embora, por vezes, lhe seja associada.

A análise da questão se divide, basicamente, entre duas teorias: a da oferta automática e a da aceitação automática⁹². A primeira, majoritária⁹³, sustenta que a colocação do autômato à disposição do público, para a venda de produtos ou para prestação de serviços, configura uma oferta ao público, cuja aceitação se daria com a introdução dos meios de pagamento admitidos pela máquina⁹⁴ e, eventualmente, com o acionamento de algum dispositivo complementar.

Já pela teoria da aceitação automática⁹⁵, ocorre o inverso; a iniciativa daquele que explora o autômato corresponde a um mero convite a contratar, cabendo ao usuário formular a proposta. Visa-se, dessa forma, superar o problema do não fornecimento do bem ou do serviço por defeito da máquina ou por esgotamento das existências, posto que, sendo um convite a contratar, não se cogitará a existência de inadimplemento contratual por parte do responsável pelo equipamento.

Filiamo-nos à primeira teoria, com algumas ressalvas, que serão expostas mais adiante. Destarte, o contrato se perfaz, em regra, com a mera inserção pelo usuário dos meios de pagamento admitidos pela máquina, de maneira que, a partir de então, o não fornecimento do bem ou do serviço ofertado configurará inadimplemento do contrato, com as consequências daí resultantes. Nesse particular, portanto, o comportamento do usuário consubstancia, a um só tempo, a aceitação e o adimplemento da sua obrigação contratual.

E, ao contrário do que possa parecer, essa discussão, dada a imensa gama de negócios “de complexidade crescente”⁹⁶(máxime nos países mais desenvolvidos) passíveis de serem celebrados por intermédio de autômatos, revela-se de grande interesse prático. Diante desse novo horizonte, os debates acerca de uma ou de outra teoria, que outrora se concentravam apenas no campo teórico e tinham em foco a solução de problemas

⁹² Cf., por exemplo, Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 151, e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, 581 e ss.. Há quem, entretanto, como Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 320, conteste o enquadramento do tema nestes termos. Para o autor, “parece melhor doutrina a de entender este processo de contratação como não sendo típico do tipo proposta-aceitação.”

⁹³ Mesmo os autores que adotam posições restritivas sobre o tema da oferta ao público não mostram hesitação em reconhecer a existência de oferta ao público nas vendas através de distribuidores automáticos. Ver, a título ilustrativo, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 651, Karl Larenz, *Derecho Civil/Parte General* (trad. esp.), 709, e Werner Flume, *El Negocio Jurídico* cit. (trad. esp.), 745.

⁹⁴ Comumente, dinheiro ou cartões magnéticos.

⁹⁵ Dentre os poucos autores contrários à teoria da oferta automática, destaca-se a posição de Medicus, conforme reportado por Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 582.

⁹⁶ Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português* I, 581.

porventura emergentes de contratos de venda de bens de diminuto valor relativo, assumem, nos dias atuais, outra dimensão.

Note-se, nesse passo, que é justamente em função da diversidade de contratos passíveis de serem celebrados por intermédio desses equipamentos que a teoria da oferta ao público, embora se preste a explicar a maior parte dos casos, já não o faz na totalidade deles⁹⁷. Imaginemos, por exemplo, um autômato que tenha sido programado para vender “pacotes” turísticos fechados, mas que também faculte aos usuários organizarem a sua própria viagem, indicando os lugares que desejam visitar, as respectivas datas, os meios de transporte, os tipos de hospedagem etc..Na primeira hipótese, estando a máquina em aparente funcionamento, estar-se-á diante de uma oferta ao público, em que o programa completo do contrato terá sido pré-formulado por quem explora o equipamento, não sendo dado ao usuário outra opção senão aceitar a oferta. O mesmo, todavia, não sucederá na outra hipótese: aí poderá o equipamento aceitar ou rejeitar, consoante esteja ou não adequadamente programado para atender à proposta do usuário⁹⁸.

Concordamos, por isso, com Menezes Cordeiro, quando aduz que “os quadros da oferta ao público só podem explicar os primeiros passos dos negócios celebrados com recurso a autômatos. Em esquemas mais elaborados, o autômato reproduz a vontade do seu programador ou da pessoa a quem as actuações deste sejam imputáveis. Nessa medida, a declaração feita através de autômato pode ser proposta ou aceitação⁹⁹ ou, mais genericamente, pode ser qualquer tipo, consoante a vontade dos programadores.”¹⁰⁰

Mas, voltando aos casos em que haja, efetivamente, uma proposta ao público, levanta-se a questão de saber quais as consequências resultantes do irregular funcionamento da máquina e do esgotamento do estoque.

Primeiramente, deve-se sublinhar que essa questão só é relevante se a inaptidão do equipamento for imperceptível para o público. Quando for ostensiva, inexistirá proposta, porquanto, remetendo-se às regras de interpretação das declarações não-recipiendas, o

⁹⁷ Cf., Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, 583, e Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 252.

⁹⁸ Em ambas as hipóteses, entretanto, o usuário aderirá a cláusulas preestabelecidas, adesão essa que, tanto se dá através da elaboração de propostas baseadas nessas cláusulas, quanto pela aceitação das propostas nelas também sediadas.

⁹⁹ Desde que, como lembrado pelo autor, o requisito da adequação formal seja respeitado, ob. cit., 583.

¹⁰⁰ *Tratado de Direito Civil Português*, I-I, 583.

sentido normal da comunicação terá sido perturbado por um sinal que o contradiz¹⁰¹. Será o caso, pois, de a máquina estar programada para alertar o usuário sobre a existência de defeito ou o término das existências.

Já quando não se verificar esse “sinal”, há que se distinguir as hipóteses de defeito no equipamento e de esgotamento do estoque, haja vista que, para nós, as consequências são diferentes.

Na primeira hipótese, a aceitação, de boa-fé, com a introdução dos meios de pagamento pertinentes (e com o acionamento de mais algum comando porventura necessário), terá o condão de fazer nascer o contrato. Deste modo, a comunicação acerca da existência de defeito, prestada posteriormente à aceitação do usuário, já será, em verdade, uma comunicação de que não se cumprirá a obrigação emergente do negócio jurídico que se fez. Ainda que possa parecer, à primeira vista, um tanto extremada, essa solução se coaduna com a idéia de que aquele que extrai as vantagens econômicas da exploração desses equipamentos deve arcar com os riscos daí resultantes (*ubicommoda, ibi incommoda*). Assim, incumbe-lhe o ônus de estabelecer meios tendentes a permitir que o declaratório possa ter conhecimento prévio sobre eventual defeito do equipamento.

Nesse particular, pouco importa, para a configuração do inadimplemento contratual, que a máquina devolva ou não o dinheiro (ou equivalente) introduzido pelo usuário. O vínculo contratual já estará formado, de modo que a única consequência jurídica relevante advinda dessa restituição consistirá na possibilidade daquele a quem a atuação do autômato é imputável se valer, em qualquer contenda futura, da *exceptio non adimpleti contractus*¹⁰².

Já no que diz respeito ao término do estoque, a não comunicação prévia ao usuário acerca desse fato acarreta, para nós, consequências diversas. Vige, aqui, a já mencionada regra: verificada a condição, qual seja, o término das existências, já não haverá mais proposta e, conseqüentemente, contrato¹⁰³. Eventuais questões relacionadas a prejuízos sofridos por usuários que tenham sido levados a crer que ainda havia uma proposta válida serão resolvidas, conforme o caso, pelas regras da responsabilidade extracontratual ou segundo os critérios da *culpa in contrahendo*.

¹⁰¹ Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., 3,813.

¹⁰² Art. 428, nº 1 do Código Civil Português e art. 476 do Código Civil Brasileiro.

¹⁰³ Em sentido análogo, mas estendendo essa solução aos casos em que “impossibilitada a prestação dos serviços”, ver Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 151.

Como última nota, cumpre ressaltar que a venda automática encontra-se regulada, no Direito lusitano, pelo Decreto-Lei nº 143/2001¹⁰⁴. Entre os preceitos mais relevantes, destaca-se o artigo 21, o qual estabelece que a venda automática “consiste na colocação de um bem ou serviço à disposição do consumidor para que este o adquira mediante a utilização de qualquer tipo de mecanismo e pagamento antecipado do custo”¹⁰⁵.

8.3 - EXPOSIÇÃO DE MERCADORIAS EM VITRINE

No que diz respeito à exposição de mercadorias em vitrines, mostruários ou prateleiras, também se discute a existência ou não de oferta ao público. Ao passo que nas ordens jurídica portuguesa¹⁰⁶, brasileira¹⁰⁷ e italiana¹⁰⁸ parece prevalecer o entendimento de que há proposta ao público, verifica-se, no direito alemão¹⁰⁹, uma propensão para configurar tal iniciativa como convite a contratar.

Pode-se dizer que os principais argumentos daqueles que negam que haja, na hipótese em tela, uma oferta *ad incertam personam* encontram-se condensados na doutrina de Galgano e de Medicus. Para aquele, salvo nos casos de existência de monopólio, cada comerciante se reservaria no direito de decidir a quem vender e quanto vender, guardando, assim, a prerrogativa de aceitar ou recusar as solicitações que lhe forem feitas¹¹⁰. Já para o autor tedesco, se a iniciativa do vendedor pudesse ser considerada proposta ao público,

¹⁰⁴ Tal regulamento transpôs para a ordem jurídica interna a Diretriz da Comunidade Européia nº 97/7/CE,, concernente à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância

¹⁰⁵ A leitura do referido dispositivo pode dar, à primeira vista, a impressão de que nele estaria assente a idéia de oferta ao público. Todavia, uma análise mais atenta aponta que não se tomou partido a esse respeito; a expressão utilizada pela referida norma (“para que este o adquiria”) tem uma conotação genérica, tendente a abarcar os casos de oferta ao público e de convite a contratar. Essa, aliás, a nosso ver, é a interpretação que melhor se coaduna com a realidade atual, posto que, como já observado, há hipóteses que fogem ao quadro da “oferta automática”.

¹⁰⁶ Vide, por exemplo, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 651, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português* I, 558, Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 814 ss., Pessoa Jorge, *Direito das Obrigações*, I, 190, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 212, Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral*, II, 457, e Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 252. Contra: Henrich Ewald Höster, *Parte Geral do Código Civil Português*, 457, e Vaz Serra, *Perfeição da declaração negocial* cit., 52.

¹⁰⁷ Ver, a título ilustrativo, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit. III, 44, Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, III 85, e Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, XV, 66.

¹⁰⁸ Cf., por exemplo, Cesare Massimo Bianca, *Diritto Civile*, vol. 3: *Il Contratto*, 252 e Enzo Roppo, *O Contratto*, 80.

¹⁰⁹ Assim, por exemplo, Karl Larenz, *Derecho Civil/Parte General*, trad. esp., 709, e Werner Flume, *El Negócio Jurídico* cit., II, 745.

¹¹⁰ *Diritto Privato*, 223.

haveria a possibilidade de um mesmo bem integrar mais de um contrato, além do que o vendedor seria exposto ao risco de ter de vender o produto por preço inferior em caso de lapso na sua indicação¹¹¹.

No tocante à primeira tese, dela nos afastamos, pelas razões já expostas, mormente aquelas atinentes aos requisitos da proposta e à diferença entre esta e o convite a contratar. Em relação à orientação de Medicus, julgamos que o risco de venda por valor inferior, em caso de lapso na sua divulgação, corre por conta do vendedor, sem falar que poderá ele, conforme o caso, pleitear a anulação do negócio por erro. Já quanto ao outro argumento, nos casos em que o produto exposto for a mera amostra, incidirá a condição tácita, e, quando ele for o próprio bem ofertado, somente será eficaz a primeira aceitação que chegar ao poder do vendedor.

Enfim, nada há que diferencie, na essência, esta modalidade de oferta ao público das demais. Acrescentamos, apenas, que, terminado o estoque, se o bem utilizado como amostra continuar exposto, com a indicação do preço, mostrar-se-á ilegítima a recusa do proponente em vendê-lo, ao abrigo do argumento de que seria mero modelo. Para pôr fim ao estado de sujeição decorrente da exposição da mercadoria, deve ele retirá-la da vista do público ou ressaltar não estar mais à venda (v.g. “mera amostra”, “esgotado” etc.).

Antes de finalizarmos este ponto, achamos ser possível assentar neste quadro de ofertas as (novas) modalidades de exposição de mercadorias feitas via *Internet*, vale dizer, as chamadas exposições de bens em lojas virtuais, ou, como já vêm sendo denominadas, exposição em “vitrines virtuais”. Nelas, ainda que inexista qualquer contato direto entre os contraentes, ao fim e ao cabo alcança-se o mesmo resultado das ofertas em vitrines tradicionais.

No Brasil, esse tipo de contratação não é regulado por lei específica, submetendo-se, portanto, às regras gerais sobre oferta ao público. Tratando-se de relação de consumo (na prática, a hipótese mais frequente), deverá respeitar o que dispõe o CDC, notadamente a sua Seção II, Capítulo V. Nesse particular, aliás, a letra do artigo 30 não deixa margem a dúvidas (“...veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação..”). Ainda a esse respeito, também se aplica o disposto no artigo 49 do referido estatuto, que prevê o direito

¹¹¹ *Apud* Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 814.

de arrependimento do consumidor, no prazo de 7 (sete) dias, “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial”.

Já em Portugal, para além do Decreto-Lei nº 143/2001 (que, embora verse sobre contratos de consumo celebrados a distância, também alcança os que se celebrem via *Internet*), há norma destinada, especificamente, a regular o comércio eletrônico, a saber, o Decreto-Lei 7/2004¹¹².

Dentre os aspectos regulados por este diploma, merece destaque o artigo 32, 1, segundo o qual “A oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar”. O item 2 desse dispositivo, por seu turno, estabelece que “o mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato”. Esta ressalva teve o mérito de dissipar a dúvida, levantada pela aludida Diretriz, sobre a questão de saber se a exigência, prevista no artigo 29, de o prestador de serviços acusar, por meios eletrônicos, a recepção da ordem de encomenda teria deslocado o momento da conclusão do contrato para quando do recebimento, pelo destinatário do serviço, desse aviso de recepção, fazendo com que a iniciativa do prestador de serviços configurasse um mero convite a contratar.

8.4 - INICIATIVAS PUBLICITÁRIAS¹¹³

Em Portugal, como no Brasil, antes da sedimentação da noção de proteção ao consumidor, era pouco difundida a idéia de que a publicidade pudesse configurar uma proposta.

Normalmente, o reconhecimento de que enunciados dessa natureza podem materializar uma proposta ou, mesmo, de que podem assumir relevância contratual¹¹⁴ tem

¹¹² Este Decreto transpôs para o direito interno lusitano a Diretriz da Comunidade Europeia nº 2000/31.

¹¹³ Tendo em vista a amplitude do conceito de publicidade, optamos, com vistas a permitir uma maior condensação deste estudo, por examinar conjuntamente as hipóteses de envio de catálogos, listas de preços, anúncios em jornal etc., posto que comumente envolvam promoção publicitária.

exigido intervenção legislativa¹¹⁵. Em alguns países, como no Brasil, mais acentuadas, e, em outros, com maior parcimônia.

Analisando-se, primeiramente, a situação brasileira, qualquer discussão concernente à possibilidade de qualificação das mensagens publicitárias como oferta ao público restou superada, pelo menos no âmbito das relações de consumo, com o advento da Lei 8.078/1990, que, no seu artigo 30, estabeleceu que “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”, podendo o consumidor, como já observado, em caso de recusa do fornecedor, “exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade” (art. 35, I).

Com efeito, além de afastar qualquer discussão acerca da possibilidade de a publicidade representar uma proposta, teria, mesmo, abrandado, como sustentado por parte da doutrina, o requisito da completude, pois “já não se exige que traga todos os termos essenciais do contrato”¹¹⁶.

Em Portugal, onde o legislador foi mais comedido, a doutrina se encontra dividida entre os que admitem possam as mensagens publicitárias servir de veículo para formulação

¹¹⁴ O reconhecimento da relevância contratual das mensagens publicitárias permite a integração, no negócio jurídico que vier a ser celebrado, das informações (“concretas e objectivas” – cf. art. 7º, 5, da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa – ou “suficientemente precisas” – cf. art. 30 do CDC) nelas contidas, independentemente da sua qualificação como proposta ou mero convite a contratar.

¹¹⁵ Essa realidade é criticada, com rigor, por Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, *O Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 237: “A resolução definitiva do problema exigiu intervenção legislativa. Curioso (para não dizer trágico) que isso tenha sido necessário inclusive em países, como o Brasil, onde a oferta, normalmente, já é obrigatória, inexistindo, ademais, regramento legal dos seus requisitos. Aqui, patente a força (perniciosa) da doutrina brasileira que, desatenta e insensível às grandes transformações dos últimos anos, continuava a repetir, automaticamente e sem suporte no Código Civil, teorias e princípios próprios de sistemas jurídicos estrangeiros muito mais rigorosos que o nosso em relação ao tratamento a ser dado à policação”.

¹¹⁶ Cf., a título ilustrativo, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *O Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do anteprojeto*, 237.

de propostas¹¹⁷ e os que, tendencialmente, as vêem como o meio adequado para se enunciarem simples convites a contratar¹¹⁸.

Ainda que a Lei de Defesa do Consumidor lusitana tenha se mantido neutra a esse respeito¹¹⁹, outras leis, claramente, tomaram partido em favor da caracterização das iniciativas publicitárias como oferta ao público. Nesse sentido, cite-se o Decreto-Lei nº 143/2001, que regula os contratos de consumo celebrados a distância¹²⁰, e o Decreto-Lei nº 7/2004, atinente às “comunicações publicitárias em rede e *marketing* directo” (artigos 20 a 23)¹²¹.

Enfim, seja na ordem jurídica portuguesa, seja na brasileira, resta superada a idéia, outrora muito difundida, de que, nas mensagens publicitárias, o anunciante não agiria com vontade de se vincular, de que revelariam aspectos alheios ao negócio ou, ainda, de que eventuais exageros integrar-se-iam à figura do *dolus bonus*. Destarte, não só se retirou, definitivamente, a publicidade da periferia do fenômeno jurídico, como, mais precisamente, passou-se a reconhecer, expressamente, a sua plena aptidão para veicular propostas ao público.

Julgamos, no entanto, que, mesmo que tais normas inexistissem, não haveria óbice para a configuração das mensagens publicitárias como oferta ao público, posto inexistir qualquer incompatibilidade, ou melhor, inaptidão, em abstrato, para tanto.

Nesse passo, verificados os elementos configuradores da oferta, a iniciativa publicitária poderá, como qualquer outro enunciado, colocar quem a promover na situação

¹¹⁷Cf., por exemplo, Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 209 (nota 163), para o qual o “enunciado publicitário é naturalmente suscetível de significar uma proposta contratual e de valer como tal sempre que revista a *definitividade e a determinabilidade de conteúdo*”; Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., 820 e ss.; e Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral*, II, 457..

¹¹⁸Vide, a título ilustrativo, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I-I, 557, para quem, em regra, a atividade publicitária “pressupõe negociações ulteriores, das quais poderá resultar uma verdadeira proposta”; Henrich Ewald Höster, *Parte Geral do Código Civil Português*, 457, e Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, 651, estes últimos referindo-se a anúncios em jornais e ao envio de lista de preços.

¹¹⁹Embora o art. 7º, 5, consagre a relevância contratual das mensagens publicitárias, restou silente quanto à aptidão dessas mensagens para consubstanciar uma proposta ao público.

¹²⁰ Este normativo, após enumerar, no seu nº 1, as informações que devem constar dos “catálogos, revistas ou qualquer outro meio gráfico ou audiovisual” que antecedam ou acompanhem as vendas ao domicílio, ressalva, no nº 2, que essas informações são dispensáveis, tratando-se de “mensagens publicitárias genéricas que não envolvam uma proposta concreta para aquisição de um bem ou a prestação de um serviço”

¹²¹Diz-se que essa modalidade de publicidade poderá consubstanciar ou não uma proposta ao público consoante contenha “todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar” (art. 32).

de sujeição inerente às propostas em geral, conferindo ao declaratório o poder de fazer nascer o contrato com a sua aceitação.

Há, portanto, uma aptidão genérica para as mensagens publicitárias materializar em propostas ao público. No entanto, a resposta, em concreto, depende, como já asseverado, da interpretação do enunciado em causa¹²². Assim, uma determinada iniciativa publicitária terá o sentido de uma proposta ao públicos e o resultado for a compreensão, pelo declaratório normal, de que o seu autor projetou a celebração de contratos, para a composição dos quais indica a totalidade dos elementos constituintes, bastando a sua simples resposta afirmativa (ou uma resposta afirmativa que envolva escolhas que não ultrapassem os limites das alternativas deixadas em aberto pelo autor da iniciativa), para vinculá-lo à entrega do bem ou do serviço anunciado¹²³.

Acrescente-se, apenas, que se impõe “um ónus ou encargo de investigação ou indagação por parte do declaratório no sentido de se apurar qual a vontade do autor da declaração”¹²⁴. Nesse mister, atuando segundo os padrões de diligência do *bonus pater familiae*, não poderá prescindir de levar em consideração, como quem acostumado a lidar diariamente com os mais variados tipos de apelos promocionais, as particularidades¹²⁵ inerentes às atividades publicitárias, notadamente, aquelas ligadas ao seu caráter de mecanismo de incentivo/apelo às vendas integrante da atividade de *marketing*.

8.5 - CONTRATAÇÃO EM *SELF SERVICE*(AUTO-SERVIÇO)

Trata-se de modalidade de contratação em que o cliente “serve-se a si próprio”, utilizando-se do serviço ou apropriando-se do bem que é posto à sua disposição pelo

¹²² Valem aqui as considerações que tecemos, quando da análise do convite a contratar, a respeito das hipóteses em que o resultado da interpretação não corresponda à vontade do anunciante.

¹²³ Na mesma linha, Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado*, 822.

¹²⁴ Pedro de Albuquerque, *Representação Voluntária em Direito Civil*cit., 801 (nota 1008), com um panorama da doutrina acerca do dever de diligência do declaratório.

¹²⁵ Ou, ainda, os “procedimentos habituais seguidos no sector e que o declaratório normal não possa deixar de ter em conta”, cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I-I, 761, nota 2071. Ver, também, Eduardo Takemi Kataoka, *Direito Civil*, vol. 2, 792, aludindo à necessidade de se exigir do “consumidor um mínimo de senso crítico de acordo com a situação do consumidor médio daquele bem colocado no mercado de consumo”.

vendedor ou prestador de serviços. A contratação por meio desta modalidade é cada vez mais frequente, podendo verificar-se em restaurantes, supermercados, postos de abastecimento de combustíveis etc.

Embora aqui também haja quem defenda existir nessas iniciativas mero convite a contratar¹²⁶, para nós inexistente qualquer objeção para configurá-las como oferta ao público¹²⁷, valendo, a esse respeito, os mesmos argumentos já expendidos a respeito da exposição de produtos em vitrines¹²⁸.

O que se coloca como mais relevante é saber qual, efetivamente, o momento em que o contrato se perfaz, vale dizer, se será sempre com a apresentação do produto no caixa para pagamento? Em regra, sim, no que concerne à generalidade dos bens. Dessa forma, a retirada, pelo cliente, do produto ofertado do local de exposição não necessariamente corresponderá à sua aceitação, visto ser-lhe dado, ainda, desistir de adquiri-lo.

Há, no entanto, casos que fogem a essa regra, nomeadamente aqueles em que o cliente pratica atos que se mostram irreversíveis quanto à conformação física e ao valor econômico do bem¹²⁹. Assim, corresponderá à aceitação o ato de solicitar o corte e a pesagem de um produto, de abrir, irreversivelmente, a sua embalagem, de encher o tanque de combustível de um automóvel, de, num restaurante, colocar comida no prato etc. O pagamento, nestas hipóteses, corresponderá, meramente, ao cumprimento da obrigação contratual do cliente.

Nestas circunstâncias, a questão de saber o momento em que o contrato se perfaz passa, necessariamente, pelo exame das estipulações expressas, se existirem, dos usos do mercado e da própria natureza do bem¹³⁰.

¹²⁶ A título ilustrativo, ver Henrich Ewald Höster, *Parte Geral do Código Civil Português*, 457, e Giovanni Criscuoli, *Il Contratto*, 145.

¹²⁷ Nesse sentido, ver, por exemplo, Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 817, Pedro Pais, 322; Galgano, *Diritto Privato*, 223, e *Diritto Civile/Il Contratto*, III, 253.

¹²⁸ Em sentido semelhante, posiciona-se Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 817-818, salientando, no entanto, que, nos casos de contratação em auto-serviço, não se coloca a questão das “restrições quantitativas no fornecimento dos produtos expostos como amostra, uma vez que é visível para os interessados um número mínimo de exemplares disponíveis”. Parece-nos, contudo, que nem sempre será assim. Basta pensar na hipótese de venda de combustível em postos de abastecimento “self service”, onde o término das existências não necessariamente é ostensivo.

¹²⁹ Cf. Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit., II, 818.

¹³⁰ Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 322.

Por fim, quando se tratar de oferta de serviços, sem que se exija o pagamento prévio, a aceitação corresponderá ao início da utilização do serviço.

8.6 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MASSA

Aqui, para além de se discutir se há uma proposta ao público ou um convite a contratar, também há quem defenda existir, em relação a determinados serviços massificados (transportes públicos, parques de estacionamento remunerados etc.), meras relações contratuais de fato ou comportamento sociais típicos, assentes em puras atuações de fato, sem que haja, na sua base, as correspondentes declarações negociais¹³¹.

Ainda que reconheçamos tratar-se de questão demasiado complexa e sensível, e que um posicionamento definitivo demandaria uma investigação mais aprofundada, parece-nos ser possível analisar essas situações dentro do quadro negocial. Isso porque os comportamentos tidos, pela doutrina das relações contratuais de fato, como sem valor negocial parecem caber no conceito amplo de declaração tácita¹³². Assim, levando-se em

¹³¹ A doutrina das relações contratuais de fato, elaborada por Günther Haupt, em 1941, encontrou larga adesão na Alemanha. Posteriormente, sofreu algumas reformulações, dentre as quais destaca-se a empreendida por Karl Larenz, que circunscreveu o seu âmbito aos negócios do tráfego de massa, e desenvolveu o conceito de comportamento social típico. Sustenta-se, em suma, que a determinados comportamentos, como, por exemplo, a utilização de um transporte público, aplica-se o regime dos contratos, sem que, contudo, haja, efetivamente, um acordo de vontades. Assim, quem ingressar, por exemplo, num ônibus, no setor de embarque do metrô ou utilizar parques de estacionamento remunerados ficará contratualmente vinculado sem que da sua parte seja manifestada qualquer vontade nesse sentido, ou seja, sem se verificar uma exteriorização de vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos. O significado jurídico dessas condutas, portanto, resultaria não da vontade negocial dos participantes, mas da sua “valoração no tráfico, por serem condutas sociais típicas”, de maneira que “surge um contrato de transporte, tão-só porque, de acordo com os critérios generalizados, um tal resultado se encontra indubitavelmente unido a uma certa conduta do agente e não porque o mesmo haja sido querido e declarado” (Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 203). Para maior desenvolvimento, *vide*, na doutrina portuguesa, com indicações, Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, II, 29 ss., *Da boa fé no Direito Civil*, 641 ss. e *Tratado de direito civil português, I-I*, 596 e ss., Menezes Leitão, *Direitos das Obrigações*, I, 503 e ss., Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, 220 e ss., e Oliveira Ascensão, *Direito Civil/Teoria Geral*, II, 437 e ss.. Uma referência prática à figura das relações contratuais de fato pode ser colhida em julgado do Tribunal da Relação de Lisboa (05-05-2005, Gil Roque, nº 3346/2005-6, em www.dgsi.pt). No Brasil, admitindo, nestes casos, possa o vínculo contratual se formar através de comportamentos sociais típicos, ver Orlando Gomes, *Contratos*, p. 77. *Contra:vide* Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 38, p. 29 e ss..

¹³² Nesse sentido, ver Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado cit.*, I, 27 e ss., e Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 38, p. 31, este preconizando que “a afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que tenha querido manifesta vontade é falsa. O sistema jurídico, além de conhecer as manifestações tácitas de vontade, conhece as manifestações pelo silêncio e as que resultam de atos alheios se para esses concorreu a ação ou a omissão de alguém”. Há, no Código Civil

conta os exemplos comumente mencionados por essa corrente, o ato de ingressar num ônibus ou estacionar um automóvel corresponderá a uma aceitação tácita da proposta formulada pelo prestador de serviços.

Cumpra asseverar, outrossim, que o fato de haver indefinição quanto a algum elemento do quadro contratual, nomeadamente em relação ao preço, não descaracteriza a iniciativa do prestador de serviços como proposta, desde que a sua definição dependa, por exemplo, do que esteja estabelecido em tabelas de distância, do lugar a ser escolhido pelo usuário ou do tempo de utilização do serviço¹³³. Como já asseverado, o quadro contratual pode ser completado pelo declaratório, desde que a escolha deste envolva uma das opções deixadas em aberto pelo proponente.

CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo, tentamos contemplar os aspectos mais relevantes do regime da oferta ao público bem como algumas das diversas questões que lhe tocam. Naturalmente, dada a vastidão do tema e as limitações de espaço, algumas delas foram objeto de um breve registro.

Dentre os pontos que nos chamaram a atenção no âmbito desta investigação, está o fato de que a oferta ao público, embora já não seja posta em causa como figura jurídica, pelo menos em Portugal e no Brasil, ainda é vista, por parte da doutrina, com elevada dose de reticência, o que acaba por reduzir consideravelmente o seu campo de aplicação.

No entanto, muitas das objeções impostas à configuração de determinadas iniciativas dirigidas ao público como propostas carecem de fundamentos convincentes, sendo certo, aliás, que, não raro, sequer são apresentadas as premissas que justificam as conclusões concebidas para suprimir dessas iniciativas o carácter negocial. Simplesmente, são qualificadas, prévia e abstratamente, como meros convites a contratar, quando, em verdade, poderiam ter o condão de estabelecer, contra o seu autor, o estado de sujeição inerente às propostas.

português, disposição expressa a esse respeito: “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” (art. 217).

¹³³ Cf. Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit, II, 819.

Tal fato acaba por deixar aquele que teria o direito potestativo de concluir o contrato numa situação que, na prática, mostra-se quase à margem do direito. Isso porque, ainda que não se negue acarrete o convite a contratar repercussões jurídicas e, possa, verificados os pressupostos pertinentes, dar lugar à *culpa in contrahendo*, o fato é que, dificilmente, se observará, em termos concretos, pelo menos no horizonte das iniciativas de que nos ocupamos neste estudo (e que representam, na prática, a grande maioria das modalidades de ofertas ao público), demandas tendentes a remediar as consequências de convites a contratar levados a cabo em dissonância com os ditames da boa fé.

Diante desse quadro, tentamos, neste trabalho, demarcar, na medida do possível, a fronteira entre a proposta ao público e o convite a contratar e, de certa forma, superar “a disfarçada descrença”¹³⁴ que vige em relação ao âmbito efetivo das ofertas ao público, instituto que, como já visto, desempenha uma função de grande relevo no tráfico jurídico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *A representação voluntária em Direito Civil (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Lisboa, 2002.

ALMEIDA, FERREIRA DE, *A relevância contratual das mensagens publicitárias*, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, nº. 6, 1996, 9-25.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, I e II, Coimbra, 1992.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos*, I, Coimbra, 2ª edição, 2003.

ALVIM, ARRUDA/ALVIM, THEREZA, *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo, 1995.

¹³⁴ Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado* cit, II, 807.

ANDRADE, A. DOMIGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 1960.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Publicidade enganosa e comparativa e produtos financeiros*, Revista da Banca nº. 45, 1998, 23 ss..

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Teoria Geral do Direito Civil*, IV, Lisboa, 1993.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria Geral*, II, Coimbra, 2003.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *O Direito/Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, 13ª edição, 2005.

ASSIS, ARAKEN, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, Volume V, Rio de Janeiro, 2007.

AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA, *Negócio Jurídico. Existência e Validade*, 4ª edição, São Paulo, 2002.

AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE, *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, Revista dos Tribunais, vol. 775, pp. 11-17, São Paulo, 2000.

BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS, *O Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999.

BARBOZA, HELOISA HELENA; TEPEDINO, GUSTAVO; BODIN DE MORAES, MARIA CELINA, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, I, Rio de Janeiro, 2004.

BARBOSA, Heloisa Helena; Tepedino, Gustavo; Bodin de Moraes, Maria Celina, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, II, Rio de Janeiro, 2006.

BIANCA, CESARE MASSIMO, *Diritto Civile*, vol. 3: *Il Contratto*, 1984.

BODIN DE MORAES, MARIA CELINA; TEPEDINO, GUSTAVO; BARBOZA, HELOISA HELENA, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, I, Rio de Janeiro, 2004.

BODIN DE MORAES, MARIA CELINA; TEPEDINO, GUSTAVO; BARBOZA, HELOISA HELENA, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, II, Rio de Janeiro, 2006.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Obrigações*, I e II, Lisboa, 1980.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES/ COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Cláusulas Contratuais Gerais/Anotação ao Decreto-Lei nº. 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1991.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Ofertas Públicas de Aquisição*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa, 1997.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, 2001.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo I, Coimbra, 1999.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português I*, tomo I, Coimbra, 3ª edição, 2005

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *vide* Cordeiro, António Menezes.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 9ª edição, 2005.

DINIZ, MARIA HELENA, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, I, Rio de Janeiro, 1993.

ENNECCERUS, LUDWIG/NIPPERDEY, *Derecho Civil/Parte General*, II (trad. esp.), Barcelona, 1935.

ENNECCERUS, LUDWIG/ LEHMAN, HEINRICH, *Derecho de Obligaciones*, I (trad. esp.), Barcelona, 1933.

FERNADES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra, 3ª ed., 2001.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?*, Coimbra, 1997.

GIOVANNI, CRISCUOLI, *Il Contrato*, Padova, 1992.

FIUZA, RICARDO, *Novo Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 2004, 383 ss..

FLUME, WERNER, *El Negócio Jurídico* (trad. esp.), 1998.

FROTA, MÁRIO, *Política de Consumidores na União Europeia*, Coimbra, 2003.

GALGANO, FRANCESCO, *Diritto Privato*, Padova, 1985.

GOMES, LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, *Contrato*, Rio de Janeiro, 1999.

GOMES, ORLANDO, *Contratos*, 26ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

GOMES, ORLANDO, *Contratos*, 18ª edição, Rio de Janeiro, 1999.

GONÇALVES, LUÍS DA CUNHA, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, Coimbra 1924.

GONÇALVES, LUÍS DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil*, IV, Coimbra, 1931.

GIUFFRÉ, VINCENZO, *Offerta al pubblico/storia*, in *Enciclopédia del Diritto*, XXIX, 1979, 754-761.

HÖSTER, HENRICH EWALD, *Parte Geral do Código Civil Português*, 1992.

JORGE, PESSOA, *Direito das Obrigações*, I, 1975.

JUNIOR, NELSON NERY; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE, *Código de Processo Civil Comentado*, 9ª edição, São Paulo, 2006.

KATAOKA, EDUARDO TAKEMI, *Direito do Consumidor*, in *Direito Civil*, vol. 2, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

LARENZ, KARL, *Derecho Civil/Parte General* (trad. esp.), 1978.

LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. port.), Lisboa, 2ª edição.

LEHMAN, HEINRICH, *vide* Enneccerus, Ludwig.

LEITÃO, MENEZES, *A responsabilidade civil no âmbito da O.P.A.*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, II, Lisboa, 1992.

LEITÃO, MENEZES, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 2003.

LIMA, PIRES DE/VARELA, ANTUNES, *Código Civil anotado*, I, Coimbra, 1987.

LOPES, MIGUEL MARIA, *Curso de Direito Civil*, III, Rio de Janeiro, 1964.

MARQUES, CLÁUDIA LIMA, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, 2002.

MARQUES, CLÁUDIA LIMA; BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN V.; MIRAGEM, BRUNO, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª edição, São Paulo, 2006.

MARQUES, J. DIAS, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, Coimbra, 1959.

MEDICUS, DIETER, *Tratado de las relaciones obligacionales* (trad. esp.), Barcelona, 1995.

MIRANDA, PONTES DE, *Tratado de Direito Privado*, XXXVIII, São Paulo, 1984.

NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE; JUNIOR, NELSON NERY; *Código de Processo Civil Comentado*, 9ª edição, São Paulo, 2006.

NIPPERDEY, HANS CARL, *vide* Enneccerus, Ludwig.

PASSARELLI, F. SANTORO, *Teoria Geral do Direito Civil* (trad. port.), Coimbra, 1967.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, *Instituições de Direito Civil*, III, Rio de Janeiro, 2003.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2005.

PINTO, PAULO MOTA, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, 1995.

RAVAZZONI, ALBERTO *La formazione del contratto*, Milano, 1973.

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *O problema do contrato/As cláusulas contratuais gerais e a liberdade de contratar*, Coimbra, 1999.

RODRIGUES, SÍLVIO, *Direito Civil*, III, Rio de Janeiro, 2002.

ROPPO, ENZO, *O Contrato* (trad. port.), Coimbra, 1988.

SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA, *Meios de extinção das obrigações*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, Coimbra, 2002, pp.171 e ss..

SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA, *Abuso de Direito*, Coimbra, 1997 (reimpressão da edição de 1973).

SANCHEZ, LUÍS FILIPE RAGEL, *A formação dos contratos*, in *Direito da Sociedade da Informação*, III, Coimbra, 2002.

SANTOS, J. M. CARVALHO, *Código Civil Interpretado*, XV, Rio de Janeiro, 1975.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, 4ª edição, 2002.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Venda de Bens de Consumo*, Coimbra, 2003.

SILVA, PAULA COSTA, *A contratação automática*, in *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra, 2003.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra, 4ª edição, 2002.

TEPEDINO, GUSTAVO; BARBOZA, HELOISA HELENA; BODIN DE MORAES, MARIA CELINA, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, I, Rio de Janeiro, 2004.

TEPEDINO, GUSTAVO; BARBOZA, HELOISA HELENA; BODIN DE MORAES, MARIA CELINA, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, II, Rio de Janeiro, 2006.

VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra, 10ª edição, 2003.

VARELA, ANTUNES, *vide* LIMA, PIRES DE.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2005.

VENOZA, SÍLVIO SALVO VENOSA, *Direito Civil/Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, São Paulo, 2004.

WALD, ARNOLDO, *Curso de Direito Civil Brasileiro/Obrigações e Contratos*, São Paulo, 1987.