

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO

JACQUES ANTUNES SOARES

PECULIARIDADES DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Porto Alegre
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO

JACQUES ANTUNES SOARES

PECULIARIDADES DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Trabalho de conclusão de curso de Especialização em Direito Civil Aplicado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil Aplicado.

Orientador: Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre
2012

AGRADECIMENTOS

À Bruna Turatti Leivas, pelo carinho e amor sincero. Por todo o apoio e constante estímulo. Pela paciência, compreensão e sempre iluminar de maneira especial a minha vida.

À minha família.

E a todos que, mesmo não citados aqui, sabem que de forma direta ou indireta tiveram participação para que esta pesquisa se efetivasse.

RESUMO

Vivemos em um mundo globalizado, especialmente pelo advento e propagação da Internet. A internet permitiu ao homem uma espécie de quebra de barreiras do tempo e do espaço, fator que constituiu grande atrativo no mundo das contratações mercantis. É inegável a influência da Internet sobre o comportamento da sociedade e da economia, principalmente, no que se refere ao comércio eletrônico (e-commerce). A finalidade do presente trabalho é demonstrar conceitos e características a respeito de Comércio Eletrônico, notadamente ao que se refere ao contrato por meio eletrônico, bem como o seu amparo pelo Direito Brasileiro, desde a sua formação até a solução de controvérsias envolvendo o e-commerce.

Palavras-chave: Internet. E-commerce. Contrato Eletrônico. Formação. Validade. Legislação.

ABSTRACT

We live in a globalized world, especially due to the Internet advent and spread. The internet has allowed us to break barriers of time and space, factor which was very attractive in the commercial contracts world. There is no denying the Internet influence on the society and economy behavior, especially regarding electronic commerce (e-commerce). The purpose of this paper is to demonstrate the Electronic Commerce concepts and characteristics, especially when it refers to an electronic contract, as well as its support by Brazilian law, since its formation until the disputes settlement involving e-commerce.

Keywords: Internet. E-commerce. Electronic contract. Training. Validity. Legislation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 DA CONSTITUIÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	9
2.1 CONCEITO E ASPECTOS GERAIS	9
2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E ESPECÍFICOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	12
2.3 DA CLASSIFICAÇÃO	15
2.3.1. Quanto à natureza jurídica da relação tutelada	16
2.3.2. Da interação homem/máquina.....	17
2.3.2.1. <i>Contratos eletrônicos inter-sistêmicos</i>	17
2.3.2.2. <i>Contratos eletrônicos interpessoais</i>	19
2.3.2.3. <i>Contratos eletrônicos interativos</i>	20
2.4 A VALIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	21
2.4.1. Requisitos Subjetivos	22
2.4.2. Requisitos Objetivos.....	25
2.4.3. Requisitos Formais	26
2.5 FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO	27
2.5.1. Manifestação de vontade	28
2.5.2. Negociações preliminares (Tratativas)	29
2.5.3. A proposta (Oferta).....	30
2.5.4. A aceitação (Oblação).....	32
2.5.5. O Momento da conclusão do contrato eletrônico.....	34
2.5.6. O local da celebração do negócio jurídico	40
2.6 SEGURANÇA JURÍDICA: A ASSINATURA DIGITAL	42
2.7 A BOA-FÉ OBJETIVA E O <i>E-COMMERCE</i>	45
3 DA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA E CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
3.1 LEI MODELO DA UNCITRAL	49
3.2. LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	55
3.3 ENTEDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	57
3.4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA CÍVEL PARA SOLUCIONAR LITÍGIOS ENVOLVENDO CONTRATOS ELETRÔNICOS	59
4 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

É inegável a influência da Internet sobre o comportamento da sociedade e da economia, principalmente, no que se refere ao comércio eletrônico (*e-commerce*).

O *e-commerce* pode ser definido como a compra e venda de produtos, ou a prestação de serviços, ofertadas e efetuadas através de sites na Internet, que atuam como verdadeiros estabelecimentos comerciais virtuais.

O mundo digital vem se expandindo em proporções geométricas, trazendo consigo o despontar de novas relações jurídicas, com características e peculiaridades próprias. Sem sombra de dúvidas, o meio eletrônico de comunicação é uma realidade que veio para ficar e para modificar os usos e costumes da sociedade.

Com efeito, o *e-commerce* consolidou-se em nosso país como uma prática comercial promissora, pois, considerando uma população estigmatizada pelo acúmulo de atividades diárias, o comércio eletrônico representa praticidade, tendo em vista a indubitável redução do tempo despendido na busca por um determinado produto.

Hodiernamente, é possível observar a realização de contratações eletrônicas em quase todos os locais. Com um simples toque no teclado, pode-se adquirir ações, fazer investimentos, adquirir os mais variados produtos, enfim, uma infundável diversidade de negócios que estão a merecer um regramento dessa atividade.

As transações comerciais realizadas em ambiente virtual vêm crescendo consideravelmente nos últimos anos e ainda possui grande potencial de crescimento no Brasil. Neste contexto, o Direito, aqui definido como um instrumento de controle social, necessita estar atento às novas perspectivas de relacionamento humano que, paulatinamente, vão sendo engendradas pelos vários avanços tecnológicos, entre os quais, os contratos eletrônicos, cada vez mais comuns e difundidos entre nós.

Embora o novo Código Civil tenha entrado em vigor em 2003, o legislador perdeu a oportunidade de regulamentar a matéria, ainda que apenas em relação às questões que demandam urgente regramento, como a segurança das relações estabelecidas no ciberespaço.

Logo, em relação à contratação eletrônica, o legislador caminha a passos lentos, carecendo o país de regras específicas, em que pese o significativo crescimento do chamado *e-commerce* nos últimos anos.

A necessidade de criação de legislação atualizada ou a alteração de institutos e conceitos já consagrados, com o objetivo de alcançar as recentes situações jurídicas geradas pela internet, é assunto polêmico, controvertido, que vem dividindo a opinião de juristas, magistrados, doutrinadores e demais estudiosos do Direito.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é expor as razões pelas quais acreditamos ser juridicamente válida a contratação feita de forma eletrônica pela rede mundial de computadores. Para tanto, faremos uma breve abordagem da Teoria Contratual Clássica, expondo seus institutos e procedimentos mais importantes, na visão de alguns dos mais renomados doutrinadores brasileiros.

Posteriormente, buscaremos demonstrar a compatibilidade dos institutos tradicionais com a concepção eletrônica de contrato, documento, proposta e obrigação, esclarecendo que, em alguns casos, será imprescindível a ampliação de alguns conceitos clássicos para que possam se adequar às novas tecnologias.

Nessa esteira, será abordado conceitos e tendências a respeito de comércio eletrônico, notadamente ao que se refere ao contrato por meio eletrônico, bem como a sua classificação, validade jurídica e formação.

Ou seja, como não existem leis nacionais que regulem de maneira específica os contratos eletrônicos e o *e-commerce*, serão estudados os diplomas legais que regem a matéria do comércio de maneira geral para se chegar às determinações aplicáveis ao plano virtual.

2 DA CONSTITUIÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

2.1 CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

O contrato, tradicionalmente, designa um instituto jurídico que engloba uma série de relações interpessoais alçadas e configuradas à condição de obrigações, que vinculam as partes envolvidas.

O Código Civil Brasileiro não quis definir exatamente o que é, ou deve ser, um contrato, mas deixou para a doutrina a tarefa de fazê-lo, indicando seus requisitos e elementos na legislação, até mesmo por ser de difícil conceituação esse tão abrangente instituto.

Assim, sob o prisma de Clóvis Beviláqua:

(...) pode-se considerar o contrato como um conciliador dos interesses, colidentes, como um pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E, para avaliar-se de sua importância, basta dizer que debaixo deste ponto de vista, o contrato corresponde ao direito, substitui a lei no campo restrito do negócio por ele regulado.¹

Conforme se pode inferir do conceito apresentado pelo renomado doutrinador, a vontade livremente manifestada pelas partes envolvidas no acordo consubstancia-se na criação de vínculos obrigacionais que terão força de lei entre os contratantes.

Em termos mais técnicos, seguindo os ensinamentos de Orlando Gomes, um contrato pode ser definido como uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependente, para sua formação, do encontro da vontade de pelo menos duas partes, que criam, entre si, uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados.²

Nesse contexto, o contrato tem por fundamento o concurso da vontade humana, limitada pela ordem jurídica, capaz de estabelecer direitos e obrigações, em regra, entre as partes contratantes.

Tem-se, dessa forma, entre os doutrinadores brasileiros, um consenso de que o contrato é um negócio jurídico firmado entre duas ou mais pessoas, que acordam sobre determinado objeto, estabelecendo entre elas obrigações e direitos não vedados pelo

¹ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. 8ª ed. Volume IV. 1955. p. 194.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. São Paulo: Forense, 2008. p. 10.

ordenamento jurídico, produzindo, destarte, uma norma jurídica individual que vincula as partes.

E de nada difere o conteúdo dos contratos feitos por meio do computador, eis que na sua essência nada mais são do que manifestações de vontade, voltadas para os interesses bilaterais, que produzirão os mesmos efeitos jurídicos que os contratos até então por nós conhecidos. Apenas que, feitos através de meio eletrônico.

Para Maria Eugênia Finkelstein:

O contrato eletrônico é caracterizado por empregar meio eletrônico para sua celebração. Apresenta quanto à capacidade, objeto, causa e efeitos as mesmas regras a serem aplicadas aos contratos celebrados por meio físico.³

Assim, como ensina Maria Helena Diniz, contrato é

(...) o acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesse entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.⁴

A partir dessa definição, estabelece-se a de contrato eletrônico, valendo ressaltar, dentre tantas, a de Erica Brandini Bargalo, que o conceitua como “o acordo entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, modificar ou extinguir um vínculo jurídico de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade mediante computadores interligados”.⁵

Portanto, a principal diferença observada nos contratos eletrônicos encontra-se na técnica de sua formação, qual seja, a utilização de computadores em sua negociação e/ou formalização.

Ademais, o contrato eletrônico não possui um texto escrito físico, o que é incomum, e é conseqüência de uma revolução cultural sem precedentes no Brasil e no mundo, uma vez que o texto escrito físico remonta à própria História da Humanidade.

Fábio Ulhoa Coelho ensina que o contrato pode ter dois suportes diferentes, qual seja, o papel, com o qual já estamos acostumados, e o registro eletrônico, onde as partes manifestam suas vontades através de impulsos eletrônicos, o chamado contrato eletrônico.⁶

³ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 187.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 09.

⁵ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 37.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3. v. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.38.

Mauricio Matte, contudo, esclarece que não se trata de nova modalidade de contrato, e muito menos acaba com a existência dos anteriores. Trata-se apenas da utilização de meios eletrônicos para a sua perfectibilização. Logo, não existe novo contrato no âmbito contratual, pois somente refere-se ao meio utilizado para efetuar os contratos tradicionais.⁷

E não diferente é o entendimento de Sérgio Iglesias Nunes, que conceitua os contratos eletrônicos como negócios jurídicos bilaterais que se valem do computador e das novas tecnologias como mecanismo formador e instrumentalizador do vínculo contratual.⁸

Com efeito, o contrato eletrônico não se constitui em um instrumento atípico, tendo em vista que sua natureza jurídica em nada se distingue dos contratos em geral. Portanto, o *e-commerce* configura tão somente uma nova forma de elaboração de um contrato, sendo que apresenta certas peculiaridades em relação aos meios tradicionais de pactuação de avenças em razão da tecnologia em constante evolução veiculada pela rede mundial de computadores.

Entretantes, mesmo que o Código Civil não trate especificamente do contrato firmado por meio eletrônico, não resta inviabilizado que as suas disposições lhes sejam aplicadas, consoante será demonstrado ao longo deste trabalho.

Nesse sentido, Cesar Viterbo Matos Santolim esclarece que:

(...) é perfeitamente viável, do ponto de vista jurídico, que um contrato seja aperfeiçoado utilizando-se exclusivamente meios eletrônicos, uma vez que estejam assegurados alguns requisitos técnicos, que garantam a confiabilidade das transações e desde que as regras vigentes sobre a matéria sofram interpretação adequada, com a utilização de princípios que permitam resgatar a sua finalidade.⁹

Em tempo, é mister ressaltar que o uso da expressão *contrato eletrônico* não é unanimemente aceita entre os juristas pátrios. Apoiados em preciosismos técnicos, existem autores que defendem como mais correto o uso de termos tais como contratos cibernéticos ou contratos digitais, ou contratos *on-line*, ou, ainda, contratos informáticos ou por meio de informática.

Assim, por ser a mais difundida e usual, adotaremos a expressão *contrato eletrônico*, visando, inclusive, a seguir o mesmo padrão de denominação já consagrado nas expressões

⁷ MATTE, Mauricio. *Internet – Comércio Eletrônico: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de e-commerce*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 77.

⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

⁹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro* in Revista de Direito do Consumidor nº 55. 2005. p. 60.

documento eletrônico, comércio eletrônico (*e-commerce*), correio eletrônico (*e-mail*), mensagem eletrônica e banco eletrônico, dentre outras.

2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E ESPECÍFICOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Tradicionalmente, a teoria contratual clássica estabeleceu alguns princípios que têm orientado o chamado Direito Contratual.

A doutrina apresenta várias classificações para os princípios norteadores dos negócios jurídicos contratuais, motivo pelo qual, apresentaremos o elenco sugerido por Sílvio Rodrigues¹⁰, complementando-o com o exposto pela professora Maria Helena Diniz¹¹, resultando, assim, em cinco princípios fundamentais que são os que me parecem mais acertados. São eles: princípio da autonomia da vontade, princípio do consensualismo, princípio da obrigatoriedade das convenções, princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico e, finalmente, o princípio da boa-fé.

O primeiro princípio mencionado, o da autonomia da vontade, refere-se à capacidade volitiva das partes que, mediante um acordo de vontades, têm a faculdade de estipular livremente o que bem lhes convier. Esta liberdade de agir, entretanto, estará sempre limitada pela ordem pública e pelos bons costumes. Nas palavras de Maurício Matte, “a vontade dos contraentes poderá ser vedada, eis que a ordem pública é reflexo dos interesses da coletividade que fixa as bases jurídicas, e também será proibida pelos bons costumes que espelham a moralidade social. Portanto, a vontade das partes sempre será subordinada ao interesse coletivo”.¹²

Encontram-se implícitos no princípio da autonomia da vontade, os princípios da liberdade de criação do contrato, da liberdade de contratar ou não contratar, da liberdade de escolher com quem deseja contratar e da liberdade de fixar o conteúdo do contrato.

¹⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 3. v. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 15-25.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 31-38.

¹² MATTE, Maurício. *Internet – Comércio Eletrônico: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de e-commerce*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 56.

Segundo o princípio do consensualismo, basta o simples acordo de vontades para formar o contrato. De fato, a convergência volitiva é suficiente para criar um contrato válido, uma vez que, em regra, não se exige forma especial para sua constituição. O simples consentimento é suficiente para validar e tornar perfeito o vínculo contratual.

O princípio da obrigatoriedade das convenções estabelece que o firmado entre as partes deve ser fielmente cumprido. Consagra este princípio o brocado latino *pacta sunt servanda*, sendo certo que, conforme já explicitado, o contrato, desde que estipulado validamente e preenchidos seus requisitos legais, faz lei entre as partes e, por conseguinte, obriga-as ao cumprimento das obrigações livremente acordadas.

Convém ressaltar que o princípio da obrigatoriedade não é absoluto, sendo possível o descumprimento de cláusulas contratuais, sem qualquer penalização, sempre que as partes voluntariamente rescindirem o contrato ou quando na ocorrência de casos fortuitos ou força maior, conforme disposto no artigo 393 do Código Civil, ou, ainda, no caso de incidência da chamada *teoria da imprevisão*, consagrada na cláusula *rebus sic stantibus*. Segundo essa, há possibilidade de se rever as disposições do contrato quando ocorrer desequilíbrio dos contratantes decorrente de excessiva onerosidade no cumprimento de determinada prestação. Outra exceção também é encontrada no artigo 49 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que prevê a possibilidade de o consumidor desistir do contrato sempre que a contratação de fornecimento de produtos ou serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial.

Sobre o princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico, Maurício Matte, citando Maria Helena Diniz, assevera que os efeitos produzidos pelo contrato, decorrentes das vontades convergentes das partes envolvidas no negócio jurídico, via de regra, vinculam apenas as partes contratantes, não alcançando nem prejudicando terceiro. Este só será atingido pelos efeitos que emanam do vínculo contratual estabelecido por outros se assim o quiser ou se a lei determinar.¹³

Por fim, o princípio da boa-fé sinaliza no sentido de que, quando da interpretação de qualquer cláusula contratual, a intenção das partes deve prevalecer sobre a declaração de vontade manifestada. Tal princípio encontra-se positivado no artigo 112 do Código Civil Brasileiro, que determina: “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. Alguns doutrinadores consideram esse o princípio mais importante do direito contratual, vez que direciona as partes a uma colaboração mútua

¹³ MATTE, op. cit., p. 56.

representada pelo dever de agir com lealdade e com confiança, evitando cláusulas abusivas ou desleais.¹⁴

Não obstante os negócios jurídicos pela *internet* serem celebrados utilizando-se o tradicional instituto do contrato, as particulares características do meio magnético, em especial a volatilidade, fazem com que alguns proeminentes autores, dentre os quais Luis Henrique Ventura, apresentem um rol de princípios específicos, inerentes à negociação eletrônica, acrescentando aos tradicionalmente consagrados os princípios da *identificação*, da *autenticação*, do *impedimento de rejeição*, da *verificação* e da *privacidade*.¹⁵

O princípio da *identificação*, segundo Ventura, determina que a validade de um contrato eletrônico só será admitida se as partes contratantes estiverem devidamente identificadas: “o aceitante deve ter plena certeza de que o proponente é mesmo o proponente, e vice-versa”.¹⁶

O princípio da *autenticação* exige que as assinaturas eletrônicas das partes sejam autenticadas por autoridades certificadoras capazes de identificar com precisão os contratantes e o princípio do *impedimento de rejeição* desautoriza as partes alegarem a invalidade do contrato com base única e tão somente no fato de ter sido ele celebrado por meio eletrônico.¹⁷

Prossegue o autor, esclarecendo que o princípio da *verificação* obriga o armazenamento dos contratos em meio eletrônico para possibilitar verificação futura e o princípio da *privacidade* exige que o ambiente onde fora celebrado o contrato garanta a privacidade nas comunicações, sob pena de o contrato eletrônico poder ser invalidado.¹⁸

Percebe-se claramente que os princípios acrescidos pelo insigne doutrinador visam a assegurar a validade jurídica dos contratos eletrônicos, garantindo-lhes a autenticidade e a integridade que, sem o devido cuidado, poderiam ser facilmente fraudadas no meio magnético.

¹⁴ MATTE, op. cit., p. 57.

¹⁵ VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e Contratos Eletrônicos – Aspectos Jurídicos*. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010. p. 46-47.

¹⁶ VENTURA, op. cit., p. 46.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibid.*, p. 47.

2.3 DA CLASSIFICAÇÃO

Os contratos são suscetíveis de várias classificações. Exemplificativamente, podemos referir os seguintes tipos de classificação: (i) unilaterais, bilaterais ou plurilaterais; (ii) onerosos e gratuitos; (iii) comutativos e aleatórios; (iv) consensuais ou reais; (v) os contratos nominados ou inominados; (vi) solenes e não solenes; (vii) contrato principal ou acessório; e (viii) contratos paritários ou por adesão.

Por conseguinte, diversos autores têm apresentado classificações próprias para os contratos eletrônicos. Entretanto, de forma levemente majoritária, percebe-se a predominância da classificação adotada que leva em conta o grau de interação entre homem e máquina, conforme ensina Erica Brandini Bargalo¹⁹.

No entanto, existem doutrinadores que também classificam os contratos eletrônicos considerando as partes da relação e, por consequência, a natureza jurídica tutelada, tal como entende Adriano Roberto Vancim²⁰.

Diferem, portanto, das classificações tradicionais, uma vez que se baseiam nas variadas formas de utilização do computador, conectado em rede, para a manifestação de vontade das partes, além da natureza jurídica da relação tutelada.

Mostra-se importante a classificação dos contratos eletrônicos porque, a depender do respectivo enquadramento, ter-se-á respondido acerca do local de formação contratual, para definição da legislação aplicável ao contrato objeto de exame e, a depender da situação específica, do foro competente para processar e julgar feitos que cuidem sobre as controvérsias entre as partes, que decorram da inexecução contratual, dentre outras causas para a sua extinção.

Além disso, é do momento da formação contratual, instante em que passa a existir a relação jurídica, que obrigações são constituídas, passando-se a contar os prazos prescricionais e decadenciais.

Assim, os contratos eletrônicos podem ser conforme a interação homem e máquina: interpessoais, interativos e intersistêmicos. Quanto à relação tutelada são: *business to business*

¹⁹ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 48.

²⁰ VANCIM, Adriano Roberto. *O contrato eletrônico no limiar do Século XXI*. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0112009.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2011.

(*b2b*), *business to consumer (b2c)*, *business to government (b2g)* e, ainda, *consumer to consumer (c2c)*.

2.3.1. Quanto à natureza jurídica da relação tutelada

É o mesmo que classificar o contrato quanto à natureza jurídica do direito material envolvido ou fazê-lo quanto à qualidade das partes envolvidas.

Recepcionando termos estrangeiros, a doutrina tem denominado de *business to business (b2b)* os contratos que versam sobre relações comerciais, ou seja, aqueles pactuados entre duas ou mais sociedades empresárias, na realização da mercancia.

Frisa-se que esse comércio pode se dar através da Internet ou através da utilização de redes privadas partilhadas entre duas empresas, substituindo assim os processos físicos que envolvem as transações comerciais.

De *business to consumer (b2c)*, por sua vez, são classificados aqueles contratos firmados entre fornecedores e consumidores, configurando uma relação jurídica de consumo, tornando-se, por isso, a forma de contratação eletrônica mais presente.

Tratam-se dos contratos eletrônicos em que um consumidor virtual adere às cláusulas gerais de contratação já preestabelecidas no sítio da loja virtual. Portanto, as relações contratuais estabelecidas na forma *b2c* decorrem de contratos de adesão, em que as cláusulas que regem a avença são unilateralmente estipuladas pelo fornecedor do produto ou serviço, cabendo ao consumidor, tão somente, a escolha entre aderir ou não ao contrato previamente estabelecido.²¹

Mas como no comércio eletrônico estão todas as formas de transações – comerciais, consumeristas, civis e até de Direito Público (administrativo) – bem como as comunicações eletrônicas em geral, há de se denominar comércio eletrônico *lato sensu* o gênero que engloba todas essas transações, quer de Direito público ou privado, em contraposição à espécie comércio eletrônico *stricto sensu*, que versa somente as relações *b2b* e *b2c*.²²

²¹ VANCIM, Adriano Roberto. *O contrato eletrônico no limiar do Século XXI*. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0112009.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2011.

²² CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. *Os contratos eletrônicos e o novo código Civil. 2002*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/508/689>>. Acesso em: 18 set. 2011.

Desse modo, a modalidade *business to government* (b2g) engloba as transações eletrônicas realizadas entre particulares e o Poder Público, direto ou indireto. As licitações realizadas pela Internet configuram uma hipótese exemplificativa de *b2g*.

As contratações eletrônicas *consumer to consumer* (c2c), em que pese a denominação atribuída pela doutrina, dizem respeito às relações civis ou pessoais, não apresentando relação de consumo e, portanto, são regidas somente pelo diploma civil, pois não está presente a condição de vulnerabilidade entre uma parte em relação à outra.

Essa espécie de contrato eletrônico é encontrada, por exemplo, em contratos de compra e venda de produtos nos *sites* de leilão ou em páginas de classificados na *web*. Contudo, ressalva Cláudia Lima Marques que caso os leilões privados ocorram em espaços virtuais organizados para tal ou, ainda, com a participação de fornecedor ou moderador-profissional, perdem a categoria de privados e passam a ser tutelados pela legislação consumerista e seus princípios.²³

2.3.2. Da interação homem/máquina

Para Rogério Montai de Lima, as avenças celebradas através da internet também se classificam de acordo com o tipo contratual do instrumento firmado através da rede.²⁴

Assim, os contratos eletrônicos devem ser classificados de acordo com a utilização dos computadores para sua formação, como adiante se segue.

2.3.2.1. Contratos eletrônicos intersistêmicos

Nesta categoria de contrato, as partes, previamente, utilizando, em geral, a forma contratual clássica, ajustam as cláusulas e regras que deverão nortear as negociações que serão realizadas automaticamente entre elas, por intermédio de dois sistemas de computador interligados.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor* : um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. Porto Alegre: Rev. dos Tribunais, 2004. p. 218.

²⁴ LIMA, Rogério Montai de. *Peculiaridades dos contratos eletrônicos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27438-27448-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 set. 2011.

Em suma, o programador instrui o sistema a realizar a sua vontade através dos comandos passados diante das situações a que será submetido. Se verificadas as condições, o computador manifestará a vontade substituindo o operador.

Erica Bargalo define os contratos eletrônicos intersistêmicos como sendo:

(...) os contratos formados utilizando-se o computador como ponto convergente de vontades preexistentes, ou seja, as partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que o equipamento interligado em rede tenha interferência na formação dessas vontades.²⁵

Convém observar que a contratação principal é feita em um momento anterior, sem a ajuda de qualquer equipamento de informática. Nessa fase, as partes emitem suas declarações de vontade, seguindo, em regra, o modelo tradicional dos contratos, e estabelecem os critérios e protocolos de futuras transações que serão feitas de forma automática - sem intervenção humana – pelos sistemas de computador de cada um dos contratantes.

Tem-se, portanto, o uso da rede de computadores meramente como meio de comunicação entre os sistemas informáticos das partes, sendo até dispensável a intervenção humana em cada uma das negociações secundárias posteriores.

Mariza Delapieve Rossi esclarece que, na contratação intersistêmica, a manifestação de vontade dos contratantes se dá no momento em que os sistemas de computador de cada parte são programados para que a comunicação entre eles seja estabelecida e, com isso, possibilite a realização de futuras e, via de regra, sucessivas transações eletrônicas, que poderão constituir-se em contratos derivados.²⁶

Por isso, nos dizeres de César Viterbo Matos Santolim, nesses tipos de contratos o computador apenas funciona como um "instrumento de comunicação de uma vontade já antes aperfeiçoada".²⁷

Assim, entende-se que o computador transforma-se em mero acessório, como um simples meio de comunicação entre as partes, tal como um telefone ou um fax, pois o contrato propriamente dito é celebrado por meios tradicionais, cabendo ao computador somente a transmissão das vontades já manifestadas.

²⁵ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.51.

²⁶ ROSSI, Mariza Delapieve. Apud BARBAGALO, Erica Brandini., op. cit. p. 52.

²⁷ SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

2.3.2.2. *Contratos eletrônicos interpessoais*

A principal característica dessa espécie de contrato eletrônico é a utilização da rede de computadores, como meio de comunicação entre as partes contratantes, interagindo sistematicamente na formação de vontades e na instrumentalização da avença.

Assim, o computador não é apenas um meio de comunicação entre as partes, mas tem uma participação fundamental na formação de vontade dos contratantes e na instrumentalização do negócio jurídico.

Considerando o aspecto da simultaneidade entre a emissão e a recepção da declaração de vontade de uma parte para outra, os contratos eletrônicos interpessoais podem ser subdivididos em duas categorias distintas: os simultâneos e os não-simultâneos.

Os primeiros são aqueles firmados entre partes que estejam simultaneamente conectadas à rede de computadores e cuja interconexão permita que a declaração de vontade de uma parte seja recebida pela outra no mesmo momento, ou em curto espaço de tempo, em que for emitida. É o caso dos contratos celebrados em tempo real ou *on-line*. Como exemplo de contratação eletrônica interpessoal simultânea, é possível citar os contratos celebrados em ambientes de conversação (*chats*) e aqueles firmados utilizando-se a tecnologia da videoconferência.

Em vista disso, como as partes se comunicam em tempo real, ou seja, o proponente envia a oferta ao interessado, que a recebe e manifesta sua aceitação sem intervalo temporal, Erica Barbagalo leciona que os contratos eletrônicos interpessoais simultâneos podem ser considerados como celebrados entre presentes, por analogia aos firmados por telefone, pois, muito embora as partes não estejam fisicamente presentes, as declarações de vontade são expressadas e recebidas de forma simultânea.²⁸

Simultâneos ou *on-line* são os que possibilitam a troca imediata, instantânea, de declarações de vontade, e por isso são considerados como celebrados entre presentes, em consonância com o disposto no art. 428, inciso I, do Código Civil.

Os contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos, por sua vez, são aqueles em que a manifestação de vontade emitida por uma parte não é imediatamente recebida pela outra, existindo, entre a declaração e a recepção, um razoável lapso de tempo. Não há, portanto, simultaneidade entre a emissão e o recebimento de uma determinada declaração de vontade.

²⁸ BARBAGALO, op. cit., p.54.

Um exemplo bastante claro desta modalidade de contratação eletrônica é a celebração de negócio jurídico por intermédio de correio eletrônico (*e-mail*), visto que há um lapso temporal entre a expedição da oferta e a aceitação da mesma pelo interessado. Assim, alguns autores entendem pela aplicação analógica do artigo 434, *caput*, do Código Civil, que dispõe acerca dos contratos entre ausentes.²⁹

Logo, os contratos eletrônicos que se formarem pela troca de declarações de vontade efetivadas por correio eletrônico há de serem considerados como contratos entre ausentes, ou, utilizando a classificação apontada, como contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos.

César Viterbo Matos Santolim defende a ideia de que a melhor forma para se verificar a caracterização da presença ou ausência nos contratos eletrônicos é a "imediatez da resposta". Assim, se a resposta for imediata, o contrato é considerado entre presentes, já se houver um lapso entre a proposta e a aceitação, este contrato deve ser considerado como entre ausentes.³⁰

2.3.2.3. *Contratos eletrônicos interativos*

Os contratos eletrônicos interativos são os mais comumente encontrados na Internet. Tais contratos são os que, de um lado, há uma pessoa desejosa em celebrar um determinado negócio jurídico, e, do outro, um equipamento de informática, previamente preparado para disponibilizar produtos e/ou serviços a todos que estiverem conectados à rede de computadores.

É mister observar que a preparação do sistema computacional, que figurará em um dos pólos da futura relação jurídica, é feita num momento anterior, por uma pessoa, que estabelecerá, em seu computador, regras, condições e procedimentos para a contratação. Em geral, quando da efetiva celebração do contrato, feita entre uma pessoa interessada e o sistema eletrônico programado, a parte responsável por este último não terá ciência imediata de que o negócio jurídico for firmado.

Em suma, o interessado recebe a oferta do programa informático e, desejando, realiza a contratação através de seu aceite, como os acessos a *sites* e lojas virtuais.

²⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet*. in Revista de Direito do Consumidor. V. 64. São Paulo: RT, 2007. p. 117.

³⁰ SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 30.

Por isso, nos contratos eletrônicos interativos encontramos um *mix* dos contratos intersistêmicos (interação entre sistemas de computadores) e os contratos interpessoais (interação entre duas ou mais pessoas), visto que uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações.

Tais contratos equiparam-se aos contratos a distância porque realizados com intermediação do computador, sem que ambas as partes estejam presentes no momento de sua celebração e comumente se caracterizam como contratos de adesão.

A toda evidência, a referida categoria dos contratos eletrônicos é composta pelo *e-commerce*, em que a manifestação de vontade quanto à aquisição de um produto ou serviço ocorre através de um simples *click* do internauta. A forma mais corrente da espécie de contratação em comento são os denominados contratos de *clickwrap*³¹.

2.4 A VALIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Conforme já mencionado, os contratos são negócios jurídicos e, como tal, devem atender a alguns requisitos sem os quais não poderão ser juridicamente considerados como válidos.

A falta de regramento específico tem gerado algumas dúvidas no tocante a validade jurídica do contrato eletrônico, mas, conforme será demonstrado, a eles deverão aplicar-se os mesmos princípios dos contratos em geral.

Assim, para sua validade jurídica e para a produção dos efeitos pretendidos pelas partes, os contratos eletrônicos, assim como quaisquer contratos, deverão ter presentes em sua formação os elementos de validade, que se dividem em (i) subjetivos, relacionados ao consentimento válido e a capacidade das partes; (ii) objetivos, relacionados à licitude do objeto e (iii) formais, que se referem à forma e prova dos atos negociais.

Frisa-se que a classificação desses requisitos contratuais acompanha o posicionamento pacífico da doutrina, tendo o seu ponto de partida no artigo 104 do Código Civil, onde está

³¹ Contratos *clickwrap* são contratos de adesão, escritos em um *site*, nos quais o internauta expressa a aceitação de seus termos apenas com um *click* de *mouse*. (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 222).

disposto que a validade do ato jurídico dependerá de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.³²

Tendo em vista sua relevante importância, em especial quando estivermos fazendo um comparativo entre o modelo contratual clássico e os contratos eletrônicos, convém analisar um pouco mais a fundo os requisitos contratuais anteriormente mencionados.

2.4.1. Requisitos Subjetivos

Os requisitos subjetivos dizem respeito à própria natureza do contrato. Como negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que é, a existência de duas ou mais pessoas é imprescindível para o estabelecimento do vínculo contratual. Além disso, é necessário que entre as partes haja consentimento no intuito de contratar e que elas tenham aptidão específica para tanto.

A dificuldade, não se pode negar, está no exame prévio da existência de certos elementos de validade, notadamente em relação aos elementos subjetivos relacionados à capacidade civil e a manifestação da vontade das partes, necessários à formação do consentimento válido.

Naturalmente, o consentimento das partes contratantes deve ser dado isento de qualquer vício de vontade (erro, dolo, coação, simulação e fraude) sobre as cláusulas que regem o contrato, sua existência e natureza. Assim sendo, as vontades declaradas devem ser livres e sérias, claramente voltadas para a formação do vínculo contratual.

A declaração de vontade não prescinde de um formalismo rigoroso para ser feita. Basta que o consentimento seja expresso por quaisquer meios inequívocos, capazes de assegurar à outra parte o intuito de contratar. O artigo 111 do Código Civil, inclusive, admite o silêncio como forma de expressar consentimento, nas hipóteses em que as circunstâncias ou os usos o autorizem.

Nos contratos eletrônicos, o consentimento é manifestado virtualmente, por troca de mensagens eletrônicas através da Internet ou por redes fechadas – Intranet. Poderá ainda se dar por meio de interação que, como antes mencionado, se traduz na comunicação estabelecida entre uma pessoa e um sistema pré-programado.

³² DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Por óbvio, caso detectada a existência de um vício na vontade do contratante que realizou um contrato através da Internet, resta rompida a higidez de sua declaração de vontade, consubstanciada na aceitação exteriorizada através de um *click*. A existência de um vício de consentimento implica invalidade do negócio jurídico, por nulidade ou anulabilidade, situações essas que podem acarretar a extinção do vínculo contratual.

Quanto a cada uma das partes envolvidas na contratação, destaca-se que devem ter capacidade para praticar os atos da vida civil. Assim sendo, as pessoas relacionadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil – os chamados absolutamente incapazes e relativamente incapazes – não podem figurar como parte contratante, sob pena de o contrato ser considerado nulo ou anulável.³³

Nesse sentido, assevera Erica Brandini Barbagalo que “para ser válido o contrato, a parte deve ser agente capaz, ou seja, gozar de capacidade de direito e de capacidade de fato”³⁴. Entende-se por capacidade de direito, ou de gozo, aquela em que o sujeito é capaz de ser titular de direito. Advém da própria condição de pessoa. A capacidade de fato, ou de exercício, por outro lado, refere-se àquela em que a pessoa, por si mesma, é capaz de efetivamente usar e gozar de seus direitos, ou seja, é capaz de exercê-los.

A partir do momento em que é conferida pela ordem jurídica a capacidade civil a determinada pessoa, esta passa a ser titular da faculdade de exercer direitos e contrair obrigações, sendo reconhecida sua vontade como elemento suficiente para gerar aqueles efeitos.³⁵

Entrementes, vale dizer que a capacidade difere da legitimidade. Citando Arnaldo Wald, Jean Carlos Dias explicita que a legitimação é a exigência de que determinadas situações impeditivas da concretização de contratos específicos não estejam presentes no momento da sua realização.³⁶

Logo, além de ser agente capaz, a parte contratante há de ter legitimidade, ou seja, possuir uma relação de legítimo interesse com o objeto do contrato.

Com efeito, não existindo grande diferença quanto ao tratamento das partes se comparado com os contratos tradicionais, tem-se que a maior dificuldade nos contratos

³³ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11.

³⁴ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 12.

³⁵ WALD, Arnaldo apud DIAS, Jean Carlos. *O Direito contratual no ambiente virtual*. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 60.

³⁶ *Ibid.*, p. 62.

eletrônicos para os demais contratos é a complexidade relacionada ao pressuposto da autenticidade.

Como consequência do problema da identidade dos contratos virtuais, a validade de tais atos pode ser questionada pela dificuldade de demonstração da capacidade civil das partes.

Assim, o problema da identidade das partes contratantes em operações virtuais é realmente relevante. A importância desse tema faz com que seja necessário um modo eficaz de reconhecimento das pessoas que estão contratando, para que as obrigações lhes sejam exigíveis.³⁷

Para Maria Eugênia Finkelsteins, a solução para este problema é o sistema de senhas e assinaturas eletrônicas, aliadas à ICP-Brasil^{38, 39}.

Neste contexto, então, surge a assinatura digital para dar segurança às questões relativas não só à identidade das partes, mas à autenticidade e à integridade do conteúdo do contrato celebrado eletronicamente pela rede mundial de computadores. O contratante, por sua vez, é identificado por meio do preenchimento de dados pessoais quando da contratação eletrônica e, principalmente, da assinatura digital, a qual será objeto de análise em tópico específico.

Considerando a inconstância do meio eletrônico, Luis Henrique Ventura ressalta que:

Para que um contrato eletrônico seja válido é necessário que as partes contratantes sejam capazes. A conformação desta capacidade é uma questão de segurança jurídica, que deve ser buscada por ambas as partes, através de processos de identificação segura, tais como os processos de assinatura eletrônica por meio de sistemas criptográficos de chave pública e chave privada (enquanto este for o melhor sistema).⁴⁰

Ainda em relação às partes, alerta-nos Newton de Lucca que os agentes intervenientes, que atuam na rede de computadores, não podem ser considerados parte na celebração eletrônica de um negócio jurídico.⁴¹ Um exemplo bastante conhecido destes agentes são as *provedoras de acesso à internet*, empresas responsáveis, em princípio, por organizar e manter

³⁷ *Ibid.*, p. 85

³⁸ ICP-Brasil é a sigla no Brasil para PKI – Public Key Infrastructure – e significa infra-estrutura de Chaves Públicas. Trata-se do Sistema Nacional de Certificação digital.

³⁹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 197.

⁴⁰ VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e Contratos Eletrônicos – Aspectos Jurídicos*. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010. p. 48.

⁴¹ LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & internet - aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 59.

o meio físico (cabos, equipamentos etc.) e o logístico (*software* de comunicação), viabilizando, assim, a comunicação entre o computador do usuário e a rede mundial de computadores. Maurício Matte considera a empresa provedora de acesso à *internet* uma simples “atravessadora” de informações, que nem sequer tem conhecimento do conteúdo dos textos transmitidos eletronicamente pela rede.⁴²

2.4.2. Requisitos Objetivos

Os demais elementos essenciais à validade do negócio jurídico – objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei – não geram maiores dúvidas e seguem as mesmas regras aplicadas aos contratos de uma forma geral.

A fim de o contrato ser considerado válido, seu objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Por lícito há de se entender o objeto que não contrarie a lei, a moral, aos princípios da ordem pública e nem aos bons costumes. Portanto, não difere a licitude exigida ao objeto dos contratos entre presentes, dos realizados eletronicamente. Tanto a um, quanto a outro se aplica as mesmas exigências legais.

Ainda, todo objeto deve ser física e juridicamente possível, ou seja, aquele que possa ser realizável. A impossibilidade está na transcendência às leis naturais, às leis jurídicas ou a capacidade humana na concretização.⁴³

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa, o objeto deve ser determinado ou ao menos determinável. Pode o objeto não ter sido determinado no próprio ato, mas há de ser determinável, pelo menos. Distingue-se aí a determinação absoluta da determinação relativa.⁴⁴

Conforme se vê, tudo isto é plenamente aplicável aos contratos eletrônicos, uma vez que nem eletronicamente pode-se contratar algo impossível (de fato ou de direito), indeterminável e muito menos ilícito.

⁴² MATTE, Maurício. *Internet – Comércio Eletrônico: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de e-commerce*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 82.

⁴³ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 199.

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. v.1. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 368.

2.4.3. Requisitos Formais

Quanto à forma, o Código Civil vigente manteve o princípio da liberdade das formas, podendo o contrato ser celebrado por qualquer meio, desde que a lei não exija forma especial.

Preceitua o artigo 107 do Código Civil que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Assim, pode-se perceber que, em regra, não há rigor quanto à forma que os contratos devem obedecer para serem considerados válidos.

O Código Civil estabelece, portanto, a liberdade de forma como regra e o formalismo como exceção, apenas sendo relevante o elemento formal quando a lei o exigir. Destarte, a forma só é requisito para os atos formais e solenes, assim definidos pela legislação.

Sintetizando o posicionamento doutrinário sobre o requisito formal dos contratos, o ilustre professor Silvio de Salvo Venosa apregoa que:

É requisito de validade dos negócios jurídicos obedecerem à forma prescrita, ou não adotarem a forma proibida pela lei.

A regra é a forma livre. (...)

Os negócios jurídicos que dependem de determinada forma para terem validade são os atos formais ou solenes. São não solenes ou não formais quando sua forma é livre.⁴⁵

Em sendo assim, exclui-se do campo da contratação eletrônica aqueles negócios para os quais a lei tenha estabelecido forma especial, tal como, a compra e venda de imóveis.

Sobre o tema, Luis Henrique Ventura manifesta-se esclarecendo que:

Muitas vezes a forma é só para facilitar a prova. O ato é válido, mas a sua forma facilita a prova. Esta é a forma *ad probationem*. Neste caso, a forma não é condição de validade do contrato. Quando a forma é indispensável para a validade do ato, trata-se de forma *ad solemnitatem*.

Portanto, se a forma dos contratos é livre, havendo algumas exceções previstas em lei, qualquer contrato pode ser celebrado por meio eletrônico, exceto aqueles sobre os quais a lei exige uma forma especial.

Assim, os contratos que têm na forma *ad solemnitatem* prevista em lei (v.g. compra e venda de imóvel) não têm validade se realizados por meio eletrônico. Os demais, podem ser celebrados por meio eletrônico e a forma que adotarem será meramente *ad probationem*.⁴⁶

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. v.1. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 366.

⁴⁶ VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e Contratos Eletrônicos – Aspectos Jurídicos*. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010. p. 47.

E não diferente é o entendimento de Maria Eugênia Finkelstein:

Em não havendo nenhuma vedação na lei ou previsão de forma ad solemnitatem, qualquer contrato pode ser celebrado por meio eletrônico. Assim, pela nossa lei, somente os contratos consensuais podem ser celebrados eletronicamente. Contratos solenes, tais como adoção e compra e venda de bem imóvel, não podem ser celebrados eletronicamente.⁴⁷

Se compulsarmos os textos legais pertencentes ao ordenamento jurídico pátrio, verificaremos que não existe qualquer vedação legal à celebração de um contrato pela via eletrônica. Assim, não exigindo o objeto da celebração contratual forma prescrita em lei, os contratos eletrônicos haverão de ser considerados perfeitamente admissíveis, válidos, eficazes e aptos à produção dos efeitos jurídicos visados pelas partes contratantes.

2.5 FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO

A composição do contrato pode ser dividida em momentos distintos. As partes devem manifestar sua vontade de pactuar. Desse modo, em primeiro momento poderão surgir as negociações preliminares. Superado tal momento, será feita a proposta ou oferta pelo proponente ao outro contraente. Este último revelará sua aceitação, a fim de concluir-se o negócio. Assim, constituídas as etapas da contratação, surtir-se-ão os efeitos almejados.

Destaca-se que a matéria em questão foi disciplinada pelo Código Civil nos artigos 427 e seguintes.

A seguir, analisaremos os aspectos relativos à formação dos contratos tradicionais sob o prisma das manifestações de vontade entre as partes, do momento em que se pode considerar formado o vínculo jurídico negocial e do local de celebração do contrato, discorrendo sobre cada um desses temas dentro do contexto dos contratos celebrados eletronicamente.

⁴⁷ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 195-196.

2.5.1. Manifestação de vontade

Para a formação do contrato é preciso a integração das declarações de vontade, coincidentes ou concordantes, manifestadas de forma séria, livre e definitiva, dirigidas à criação de um vínculo entre as partes.

Para Maria Eugênia Finkelstein, citando Orlando Gomes, “o vínculo contratual propriamente dito nasce quando a proposta e a aceitação são efetivamente ligadas por declarações de vontade convergentes”.⁴⁸

Ademais, esclarece Silvio Rodrigues:

O contrato, negócio jurídico que é, tem como substrato elementar a vontade humana. Ao analisá-la, dois momentos distintos podem ser apreciados: um momento subjetivo, psicológico, interno, representado pela própria formação do querer, e um momento objetivo, em que a vontade se reflete por meio da declaração.⁴⁹

Essa declaração de vontade, contudo, deve ser entendida em sentido *lato*, como abrangendo toda e qualquer maneira de indicar a comunhão de interesses no intuito de fazer surgir o contrato, traduzindo-se, assim, por uma uniformidade de opinião entre as partes.

Sendo assim, a doutrina entende que tanto a forma verbal, como a escrita ou ainda a simbólica podem ser empregadas para emanção das declarações de vontade. Simbólica é aquela emanada por gestos ou sinais, tal como a mímica ou o sinal feito por um licitante em um leilão.

Ainda, temos que o correio eletrônico é um exemplo de declaração de vontade expressa por palavra escrita. A videoconferência, por sua vez, é um exemplo claro de manifestação volitiva feita por meio de palavra falada e, por que não dizer, gestos e sinais. O meio de comunicação destas vontades, contudo, será sempre o mesmo: a rede de computadores.

Dissertando sobre a validade desta declaração atípica de vontade, Erica Barbagalo afirma que não há como questionar sua legitimidade, sendo certo que as interações feitas com um *web site* não são forçadas, mas envolvem uma atitude deliberada da parte. Vejamos:

⁴⁸ GOMES, Orlando Apud FINKELSTEIN, op. cit., p. 200.

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65.

(...) o *site* não é automaticamente projetado no computador do usuário sem que este tenha agido para tanto. Ao contrário, o usuário precisa praticar uma série de atividades para ter acesso a um *Web site*: é preciso ligar o computador, acessar a Internet, depois a *Web* e finalmente o *Web site* específico. Depois, durante a interação com o *Web site*, outras atitudes levarão o usuário a confrontar-se com a opção de ‘clique’, pressionar, a opção que represente sua vontade.⁵⁰

A manifestação de vontade poderá ainda ser feita entre ausentes (*inter absentes*) ou entre presentes (*inter praesentes*). É importante notar que a distância física entre as partes e os meios que conduzem a declaração ao seu destino não são os fatores determinantes para essa classificação, mas sim a imediatidade da recepção, ou seja, o momento em que o destinatário toma ciência da declaração de vontade. As declarações entre presentes e entre ausentes serão melhor abordadas quando tratar do momento de formação do vínculo contratual.

De qualquer forma, podemos perceber que os recursos e as facilidades presentes no meio eletrônico possibilitam a perfeita exteriorização de vontade das partes contratantes. Sendo assim, é possível concluir que se o recebimento e o entendimento do conteúdo da declaração de vontade estiverem ao alcance das partes, irrelevante será a forma pela qual esta foi manifestada e transmitida.

2.5.2. Negociações preliminares (Tratativas)

As negociações preliminares consistem em estabelecer as circunstâncias de realização da avença. São os entendimentos sobre a eventual realização do negócio sem que exista uma oferta concreta. Tratam-se de conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante, tendo em vista o contrato futuro, sem que haja qualquer obrigatoriedade ou vinculação jurídica entre os participantes.

Analisando o assunto, Maria Helena Diniz assim explica:

Nada obsta que o contrato apareça, subitamente, bastando uma proposta de negócio, seguida de uma imediata aceitação, para que se tenha a sua formação. Na maioria dos casos, porém, tal não se dá, pois sua conclusão é precedida de negociações preliminares ou tratativas (*pouparlers*), isto é, de conversações, entendimentos e reflexões sobre a oferta até se encontrar uma

⁵⁰ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61.

solução satisfatória. Os futuros contraentes tão-somente formulam hipóteses, indagam sobre a mútua situação econômico-financeira, mas nada realizam.⁵¹

Embora o Código Civil não tenha estabelecido nenhum tipo de obrigação em relação às tratativas, não se afasta a possibilidade da incidência de responsabilidade de natureza pré-contratual na hipótese de comprovados prejuízos advindos da desistência injustificada de uma das partes quando iminente a realização do negócio.

Em se tratando de contratos eletrônicos, tem-se que as negociações preliminares nos contratos interativos são praticamente inexistentes, eis que essa forma de contratação não comporta negociações preliminares, cabendo ao contratante apenas aderir ou não a oferta.

Já nos contratos intersistêmicos e interpessoais é corrente os entendimentos entre as partes até a sua instrumentalização, seja através da rede fechada de comunicação ou via e-mail.

2.5.3. A proposta (Oferta)

Encerrada a fase de negociações preliminares, os entendimentos levados a cabo devem resultar numa proposta objetiva que deve conter todos os pormenores, endereçada a uma das partes.⁵²

Arnaldo Rizzardo elucida que “a proposta vem a ser o primeiro momento no desenrolar dos atos que levam ao contrato propriamente dito”⁵³. É o momento que uma das partes oferece a relação contratual pretendida a um possível interessado.

Todavia, é preciso não confundir as negociações preliminares com a proposta de contrato. Maria Helena Diniz, inclusive, muito bem explicita essa diferença:

Realmente, as negociações preparatórias são meras proposições levadas por uma parte ao conhecimento da outra para estudo, sem intenção de se obrigar, não sendo, por isso, propriamente elemento de formação da relação contratual, mas configurando um período pré-contratual, em que ainda não se constituiu o negócio jurídico. A oferta, por sua vez, traduz uma vontade definitiva de contratar nas bases oferecidas, não estando mais sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à outra parte para que a aceite ou

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 66.

⁵² DIAS, Jean Carlos. *O Direito contratual no ambiente virtual*. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 69.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46.

não, sendo, portanto, um negócio jurídico constituindo-se em elemento da formação contratual.

A oferta, então, vincula o proponente, consoante dispõe o artigo 427 do Código Civil, e se reveste de caráter de obrigatoriedade e irrevocabilidade, obrigando o remetente a cumprir integralmente os termos ofertados, independente do meio de sua veiculação.

A vinculação significa que a proposta, perfeitamente formulada, submete o proponente ao seu cumprimento de modo obrigatório caso haja a aceitação pela outra parte. Essa obrigatoriedade de cumprimento somente pode ser relativizada, se, pela natureza do negócio ou mesmo pelas circunstâncias de cada caso, se puder concluir de forma diversa.⁵⁴

Assim, caso o proponente não queira manter os termos e condições da proposta, terá de indenizar a outra parte em face da responsabilidade pré-contratual. Ou seja, mesmo que a oferta seja efetivada pela Internet, temos que o ofertante só poderá deixar de cumprir os termos da oferta nos casos expressamente previstos em lei.

A proposta, no entanto, não vale indefinidamente, isto é, não é vinculante ao ofertante para sempre; nosso ordenamento trata de forma diferente o prazo de validade conforme as partes estejam presentes ou ausentes, o que está disposto no art. 428 do Código Civil.

Nos termos do referido artigo, o proponente só poderá revogar a sua oferta se a correspondência epistolar, o despacho telegráfico, a mensagem via fax ou e-mail, conferindo nulidade à proposta, chegar antes ou simultaneamente à oferta. Com o recebimento da proposta, mesmo que esta não tenha sido objeto de aceitação, não mais poderá ser objeto de revogação, sendo, por conseguinte, irrevocabel nos casos de contratação *online*, em *chats* de conversação, em face de seu caráter *online*.

Em vista disso, a proposta deixa de ser obrigatória: (i) se feita sem prazo a uma pessoa presente, não for imediatamente aceita; (ii) se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para a resposta chegar ao conhecimento do proponente; e (iii) se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.⁵⁵

Além disso, a proposta caduca quando ocorre a morte ou incapacidade do proponente antes da aceitação. Por outro lado, caso haja aceitação da proposta fora do prazo estipulado

⁵⁴ “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.” – Código Civil Brasileiro

⁵⁵ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 204.

pelo proponente, esta aceitação será tida como nova proposta, com todos os efeitos dela decorrentes.⁵⁶

2.5.4. A aceitação (Oblação)

A aceitação ou oblação é a fase final da formação do contrato. A aceitação é a aquiescência a uma proposta. É a declaração de vontade que vai ao encontro da proposta, manifestando a concordância da parte aceitante, também chamada de oblato, em aderir aos termos ofertados pelo polícitante. Com a oblação, desde que feita dentro de determinado prazo, completa-se a formação do vínculo contratual, obrigando o proponente a cumprir sua oferta.

Feita dentro do prazo, a aceitação torna o contrato definitivamente concluído desde que chegue, oportunamente, ao conhecimento do ofertante e que este anua com todos os termos da proposta efetuada.

Para Maria Eugênia Finkelstein, a aceitação deve observar os seguintes requisitos: (i) deve ser oportuna; (ii) deve corresponder a uma adesão integral à oferta; e (iii) deve ser conclusiva e coerente.⁵⁷

A aceitação pode ser expressa ou tácita. A forma expressa é aquela onde o aceitante, de forma objetiva e concreta, aquiesce à proposta. A forma tácita se manifesta por meio de atos de apropriação ou utilização, como bem aponta a doutrina⁵⁸. Na forma tácita, a aceitação se dá por meio do simples comportamento da parte que recebe a proposta, sua conduta utilizando-se ou apropriando-se do bem objeto da mesma, significa, para todos os efeitos, a concordância com seus termos.

Contudo, para que a aceitação seja considerada como tal, é imprescindível que ela corresponda a uma adesão integral à proposta, nos moldes em que foi formulada. Havendo disparidade, no caso de o oblato oferecer sua aceitação parcial, sem se submeter a todos os requisitos ofertados pelo proponente, a aceitação será, na verdade, uma nova proposta, ficando o polícitante desobrigado da primeira oferta. Neste caso, o pretense oblato

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibid., p. 208.

⁵⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. São Paulo: Forense, 2008. p. 64-65.

transforma-se em proponente e vice versa. Também será considerada nova proposta a aceitação intempestiva, conforme prevê o art. 431 do Código Civil.

Havendo oferta alternativa, o oblato deverá ter o cuidado de indicar, em sua aceitação, qual a de sua escolha. Não procedendo assim, poderá o proponente considerar como aceita qualquer uma das alternativas ofertadas.

Ampliando os conhecimentos já apresentados, Maurício Matte leciona que a aceitação poderá ocorrer entre presentes ou entre ausentes.⁵⁹ Será considerada entre presentes quando a aceitação se der mediante conversa direta com o proponente, mesmo que através de telefone ou outro meio mais moderno de comunicação a distância. Observe-se que, neste caso, a distância física existente entre os interlocutores é totalmente irrelevante.

Por outro lado, será considerada entre ausentes, a aceitação que não for declarada imediatamente após o oferecimento da proposta, como ocorre nos casos de proposta feita por carta, telegrama, anúncio, e, na maioria dos casos, nos contratos feitos por computador. Nestas circunstâncias, em geral, existe a presença de intermediários e, pelo decurso de um lapso temporal considerável, há uma ruptura na instantaneidade, fatores esses que caracterizam a formação do vínculo contratual entre ausentes.

Convém ressaltar que existem duas hipóteses em que a oblação poderá deixar de gerar o aperfeiçoamento do contrato, desvinculando o ofertante do cumprimento de sua proposta.

A primeira delas ocorre quando a aceitação é oportuna, porém, por circunstâncias imprevistas contrárias à vontade do oblato, chega ao conhecimento do proponente fora do prazo estabelecido na proposta. Neste caso, o policitante, se não quiser levar adiante o negócio, deverá comunicar imediatamente ao oblato o ocorrido, sob pena de responder por perdas e danos (artigo 430 do Código Civil).

A outra hipótese na qual a aceitação não tem o condão de efetivar o negócio jurídico refere-se aos casos em que ocorre a devida retratação por parte do oblato. De fato, consoante o dispõe o artigo. 428, inciso IV, do Código Civil, inexistirá a aceitação se, antes dela ou juntamente com ela, chegar ao proponente a retratação do aceitante. Trata-se do arrependimento do oblato em ter aceitado a proposta do policitante. Para que a recusa seja efetiva, é mister que haja total obediência ao prazo consignado no texto legal supracitado, caso contrário, chegando a retratação tardiamente ao conhecimento do proponente, o aceitante continuará vinculado ao contrato.

⁵⁹ MATTE, Maurício. *Internet – Comércio Eletrônico: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de e-commerce*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 59.

Para a aceitação nos contratos eletrônicos não há requisito formal, por serem eles consensuais. Nos contratos eletrônicos, geralmente a aceitação se faz mediante o *click* na tecla aceitar, e a aceitação obriga o proponente.

2.5.5. O Momento da conclusão do contrato eletrônico

Muito embora o tema já tenha sido abordado superficialmente em tópicos anteriores, a questão da determinação exata do momento de formação do vínculo contratual é matéria de singular importância dentro do tema proposto no presente trabalho e, em consequência, merece maior aprofundamento em seu estudo.

Ademais, é relevante saber exatamente o momento da formação dos contratos para que se possa fazer a verificação da presença dos pressupostos exigidos para o negócio no momento de sua celebração, bem como a lei pela qual o contrato será regido.

A fundamental necessidade de se verificar com precisão o momento de formação do contrato encontra amparo nos sábios ensinamentos da professora Erica Barbagalo, que explica:

É relevante que se determine o momento de formação do contrato, especificando se o instante de criação do vínculo e, portanto, o instante em que começa a ser eficaz. Também é relevante essa determinação, pois, antes desse momento, as partes podem, salvo exceções, revogar suas declarações de vontade. Ainda é importante para que se verifique a presença dos requisitos de validade do contrato no momento da formação, bem como, em caso de existência de leis novas, para se determinar quais as que lhe serão aplicáveis.⁶⁰

Tal qual a aceitação, os contratos podem ser considerados entre presentes ou entre ausentes. Para os primeiros, não existe lapso temporal entre a proposta e o aceite e, por isso, tem-se a formação do vínculo contratual instantaneamente, uma vez que a uma parte é dada a possibilidade de conhecer a declaração de vontade da outra no instante em que esta é emitida. Havendo a união coincidente de vontade dos contratantes, perfeito e acabado estará o contrato.

Em relação aos contratos realizados entre ausentes, no entanto, existe grande divergência doutrinária, posto que as declarações de vontade, referentes à oferta e ao aceite,

⁶⁰ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 25-26.

são emitidas em momentos distintos, havendo um intervalo de tempo razoável entre a aceitação e o conhecimento dela pelo proponente. Por causa disso, a determinação do momento exato de formação do vínculo contratual não é tão clara, o que fez com que a doutrina, amparada por algumas legislações alienígenas, concebesse teorias visando a resolver a problemática em questão.

Das teorias adotadas e elaboradas pelos doutrinadores pátrios, duas são as principais, por serem as mais aceitas entre nossos juristas. São elas: a *teoria da informação* ou *cognição* e a *teoria da declaração* ou *agnição*. Ambas se baseiam na resposta à oferta e têm por fim estabelecer o momento em que o contrato pode ser tido como concluído e, conseqüentemente, obrigatório para as partes.

Os adeptos da teoria da informação (sistema da cognição) apregoam que o contrato só se aperfeiçoa no momento em que o ofertante toma conhecimento da resposta do oblato. Segundo esta teoria, é necessário que, para o estabelecimento de um negócio jurídico entre duas partes, ambas tenham consciência da vontade uma da outra.

A teoria da agnição ou declaração, por sua vez, entende que o contrato é considerado concluído no momento em que o oblato manifesta sua aquiescência à proposta, ou seja, o aperfeiçoamento do contrato dar-se-á pela declaração do aceitante.

Boa parte da doutrina subdivide a teoria da agnição em outras três: a subteoria da declaração propriamente dita, a subteoria da expedição e a subteoria da recepção.

De acordo com a primeira, o contrato reputar-se-á eficaz pela simples declaração do oblato em aceitar a proposta, não sendo necessário que sua manifestação de anuência, expressa em uma carta, telegrama, correio-eletrônico, ou qualquer outro meio que o valha, chegue ao conhecimento do proponente ou mesmo lhe seja enviada.

A subteoria da declaração propriamente dita não tem tido boa acolhida entre os juristas, posto que a conclusão do contrato fica totalmente subordinada ao aceitante que, mesmo havendo externado sua declaração de vontade, restringe sua aceitação a seu próprio âmbito de conhecimento.

Naturalmente, é inconcebível, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, admitir-se que a simples anuência do oblato, circunscrita apenas à sua própria órbita de consciência, possa produzir qualquer efeito. Ademais, pesa sobre esta subteoria a mesma crítica feita à teoria da informação, qual seja: o proponente pode estar vinculado ao contrato sem que o saiba.

A segunda subteoria apresentada pela doutrina é a da expedição. Nesta, não basta que o oblato manifeste sua anuência aos termos da oferta, é necessário que ele também remeta ao

policitante sua declaração de vontade. Considerar-se-á o contrato perfeito e acabado, portanto, quando o oblato remeter ao ofertante correspondência onde conste seu inequívoco propósito de firmar o negócio jurídico proposto. Os simpatizantes desta subteoria esclarecem que, uma vez expedida a declaração de vontade ao polícitante, o oblato fez tudo que lhe era possível para externar a sua aceitação, chegando a perder o comando sobre sua vontade, não podendo mais, em tese, desfazer o contrato sem a participação do proponente.

Erica Barbagalo afirma que a maior crítica que se faz em relação a subteoria da expedição é a de que a aceitação enviada pelo oblato pode não chegar a seu destino e, extraviando-se a declaração de vontade expedida pelo aceitante, perde-se o momento exato da formação do contrato.⁶¹

Por último, a subteoria da recepção entende por concluído o contrato no momento em que o polícitante recebe a resposta favorável do aceitante. Note-se que não é exigido que o proponente tenha conhecimento do conteúdo da correspondência, mas apenas que este a tenha efetivamente recebido. Pelo que se percebe, a lei presume, com a simples recepção, que o ofertante tem o conhecimento do teor da declaração de vontade expedida pelo oblato.

O Código Civil Brasileiro acolheu, como regra, a teoria da declaração (agnição) na modalidade da subteoria da expedição. Orienta o *caput* do artigo 434 do referido diploma legal que “os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida (...)”.

Ressalte-se que este mesmo artigo, em seus incisos, estabelece três exceções à aplicação da subteoria da expedição: no caso da retratação prevista no artigo 433 do Código Civil; quando o proponente se compromete a aguardar uma resposta referente à oferta feita; se a resposta expedida pelo oblato for intempestiva. Nestes casos, aplicar-se-á a teoria da declaração na modalidade da recepção.

Em que pese não ser um entendimento inteiramente consolidado, a maioria dos estudiosos se inclinam no sentido de que os contratos eletrônicos pactuados em *sites* de *e-commerce* se configuram como contratos entre ausentes. Igualmente, os contratos celebrados através de correio eletrônico, também são considerados efetivados entre ausentes. Por outro lado, as avenças entabuladas em videoconferências, *chats* ou comunicação similar disponível na internet, seriam firmadas entre presentes.

Contudo, não obstante o posicionamento quase pacífico dos juristas em aplicar as normas da contratação entre ausentes aos contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos,

⁶¹ BARBAGALO, op. cit., p. 28.

há grande divergência doutrinária quanto a qual modalidade da teoria da agnição deve ser aplicada para identificar com precisão o exato momento de formação do vínculo negocial, se a subteoria da expedição ou se a subteoria da recepção.

A discussão não é apenas teórica, ao contrário, repercute diretamente na prática, quando da contratação não simultânea celebrada eletronicamente. Se admitirmos como formado o vínculo contratual segundo as orientações da subteoria da expedição, bastará que o aceitante envie sua manifestação eletrônica de vontade ao proponente, em regra utilizando-se de *e-mail*, e que, assim, esta saia de sua esfera de alcance. Em outras palavras, encaminhado o *e-mail* de aceite ao proponente, o contrato reputar-se-á perfeito e acabado, pouco importando se este teve acesso ou não à declaração de anuência. Se, entretanto, entendermos como o mais correto aplicar a subteoria da recepção, o simples envio da aceitação por *e-mail* não será suficiente para formar o vínculo contratual, será necessário, além disso, que o proponente receba, em seu sistema computacional, a mensagem eletrônica que anui com os termos da proposta que enviou ao oblato.

Ainda, em relação ao momento da formação do vínculo negocial estabelecido pela rede de computadores, importante tecer algumas importantes considerações acerca dos chamados contratos eletrônicos interativos que, conforme estudamos, são aqueles em que “uma das partes interage com os sistemas de processamento de dados da outra, sem que esta esteja presente no momento da interação”.⁶²

Trata-se da forma mais corriqueira e difundida de contratar existente no meio eletrônico. Em regra, um determinado sistema computacional contém, em si, uma proposta que representa a vontade séria e firme, da parte que a disponibilizou, de efetivar um negócio jurídico com qualquer pessoa. Para a concretização do contrato, basta que a parte, eventual aceitante, concorde com os termos do contrato, manifestando sua aceitação a partir da escolha, nas páginas eletrônicas do *web site*, de uma opção do tipo *sim, concordo, confirmo* ou qualquer outra semelhante, mas que, inequivocamente, indique sua intenção de aderir à proposta.

De acordo com Erica Barbagalo, esta situação gera “um caso misto, no qual, quanto ao proponente, por não saber ele *si et quando* haverá aceitação, o contrato será considerado como entre ausentes. O aceitante, por sua vez, tem ciência imediata da proposta quando a acessa, e, para este, o contrato pode ser reputado entre presentes”.⁶³ Prossegue a autora lecionando que,

⁶² BARBAGALO, op. cit., p. 76.

⁶³ BARBAGALO, op. cit., p. 79.

apesar da hibridez desta forma eletrônica de contratar, o momento de formação do contrato dar-se-á quando o oblato aceitar a proposta e exteriorizar sua aceitação, posto que, segundo afirma, cabe a este o poder de criar o vínculo. Observe-se que a proposta constante no sistema computacional da parte “ausente” tem que ser inequívoca e completa, com todos os requisitos básicos que um contrato deve conter.

Ocorre situações, entretanto, em que o sistema computacional abriga não uma proposta completa, mas um simples convite ao negócio jurídico. Neste caso, incumbe à parte que acessa o *web site* prover as informações essenciais que possibilitarão a formação do vínculo. Em geral, essas informações dizem respeito ao objeto do contrato, ao preço, à forma de pagamento, e a outros dados que, dependendo do negócio, fizerem-se necessários. Convém observar que, nessas circunstâncias, invertem-se os papéis de proponente e aceitante, uma vez que a proposta será feita, de fato, pela parte que acessou o sistema computacional da outra e forneceu as cláusulas indispensáveis à contratação. Nesses termos, a parte que fez o convite será o oblato e, como tal, deverá manifestar sua aceitação ao policitante para que o contrato se efetive.

Salienta Erica Barbagalo que, na hipótese acima descrita, o contrato será tido, em regra, como entre ausentes, pois nem a proposta e nem a aceitação são conhecidas de imediato pelas partes, devendo-se, portanto, aplicar as regras do artigo 434 do Código Civil para se determinar o momento de formação do vínculo.⁶⁴

Poderá, todavia, ser considerado entre presentes se o sistema computacional que fez o convite à proposta “estiver provido de capacidade para imediatamente processar as informações do proponente e emitir automaticamente a aceitação”.⁶⁵ Continua a autora esclarecendo que “ainda que haja um lapso temporal entre a proposta e a aceitação, em havendo a possibilidade de a comunicação ocorrer durante o mesmo acesso do usuário do sistema, não sendo necessária nova ação deste para que conheça a resposta, será o contrato tido como firmado entre presentes”.⁶⁶

Ainda sobre os contratos eletrônicos interativos nos quais o sistema computacional apenas faz um convite à negociação, é importante salientar que também serão considerados celebrados entre presentes os contratos em que a própria aceitação conclui o contrato. Essa situação ocorre quando o computador do potencial oblato, ao emitir a aceitação, cumpre desde

⁶⁴ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 79-80.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 80.

já sua obrigação, concluindo, destarte, o negócio jurídico. Exemplo bastante comum deste tipo de contratação pode ser verificada nos contratos que têm por objeto a aquisição de bens ou serviços que podem ser entregues ou prestados diretamente pela própria rede de computadores, como é o caso da aquisição de *softwares*.

Quando tratamos dos contratos eletrônicos intersistêmicos, vimos que as interações entre os sistemas computacionais das partes contratantes são regidas por termos, cláusulas e regras previamente estabelecidas em um contrato principal, normalmente firmado em meio tangível, escrito. Assim sendo, as declarações de vontade - proposta e aceitação – são emitidas anteriormente pelas partes, no que convencionamos chamar de contrato principal. Como as comunicações eletrônicas intersistêmicas configuram-se em meras negociações derivadas deste contrato principal, temos que o momento de formação do vínculo contratual, para esta modalidade de contrato eletrônico, será justamente quando ocorrer a contratação prévia das partes, antes das interações intersistêmicas, sendo determinado a partir das regras da Teoria Contratual Clássica.⁶⁷

Para a maior parte da doutrina, para se saber exatamente o momento da formação dos contratos eletrônicos, faz-se imprescindível à verificação de cada modalidade de contratação eletrônica. Assim, conjugada a classificação dos contratos eletrônicos com as normas do Código Civil, há que se concluir:⁶⁸

a) Se a contratação for interpessoal simultânea, ou seja, se permitir a comunicação direta das partes, com a manifestação imediata da vontade do aceitante e do ofertante, como no sistema ICQ, videoconferência ou similares, considera-se o contrato como entre presentes e formado no momento imediatamente posterior ao da oferta;

b) Se a contratação for interpessoal não simultânea, como, por exemplo, por meio de correio eletrônico, o contrato deve ser equiparado ao contrato epistolar e, como tal, será considerado entre ausentes;

c) Se a contratação for interativa (sem a presença simultânea do fornecedor e do consumidor), mediante o que se convencionou chamar de estado de oferta pública permanente, considera-se o contrato entre ausentes e, nessa condição, concluído no momento em que a aceitação é expedida pelo usuário da internet;

⁶⁷ BARBAGALO, op. cit., p. 76.

⁶⁸ LEAL Sheila do Rocio Cercal Santos. *Validade Jurídica dos Contratos Via Internet*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 114.

d) Em sendo intersistêmico o contrato, este se considera formado no momento em que as partes manifestam suas vontades para composição dos sistemas auto-aplicativos que posteriormente serão executados fielmente ao que ficou programado.

Para Cesar Viterbo Matos Santolim, o Direito brasileiro adotou sistema misto, com a aplicação da teoria da cognição em relação ao proponente, e da teoria da expedição quanto ao aceitante, com prevalência para este último.⁶⁹

Partindo do fato de que, em se tratando de comunicações eletrônicas, a transmissão é uma certeza e a recepção é uma dúvida, a imposição de envio de e-mail pelo proponente de uma confirmação do recebimento da aceitação é aplicável a todas as categorias contratuais eletrônicas, não tendo o condão de equiparar todos os contratos eletrônicos a contratos entre ausentes, e visa ao estabelecimento de uma segurança para as partes quanto à eficácia do negócio, não quanto ao momento de formação contratual.

2.5.6. O local da celebração do negócio jurídico

Tão importante quanto se determinar o momento preciso em que o vínculo contratual foi estabelecido é saber onde se pode entender efetivada a sua celebração. O lugar onde se tem por concluído o contrato é fundamental não apenas para se determinar o foro competente, mas também para se ter a certeza de qual lei deverá ser aplicada ao negócio jurídico.

No ordenamento jurídico pátrio, há duas disposições legais que regem a matéria. Prevê o artigo 435 do Código Civil que o contrato será reputado celebrado no lugar em que foi proposto, ou seja, considerar-se-á firmado o vínculo no local onde a proposta foi realizada.

Por outro lado, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 9º, §2º, determina que, para reger as obrigações, deverá ser aplicada a lei do país onde as mesmas se constituíram, sendo que a obrigação resultante do contrato será considerada constituída no lugar em que residir o proponente.

Logo, tem-se que os artigos 435, do Código Civil, e o 9º, §2º, da LICC, se confirmam, posto que ambos visam o local onde foi feita a proposta. Ainda, há que se referir que o artigo

⁶⁹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 15-17.

da Lei Civil é de direito interno e, por isso, está voltado a disciplinar os contratos quando as partes têm residência dentro do território nacional. Já a norma prevista no §2º, do artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil, é um dispositivo legal de direito internacional privado, que objetiva reger as contratações feitas entre partes que não residem em um mesmo país.

No mais, interessante observar que a aplicabilidade do artigo 9º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não é irrestrita, pois estará sempre condicionada a não existência de disposição em contrário acertada pelas partes. Estas, não obstante o silêncio da norma, preservam sua autonomia de vontade quanto à escolha da legislação que será aplicada ao negócio jurídico celebrado.

Nesse sentido, é salutar o ensinamento de Silvio de Salvo Venosa:

A regra geral é a aplicação da lei no local em que foi feita a proposta. Dentro da autonomia da vontade, no entanto, podem as partes escolher o foro competente e a lei aplicável.⁷⁰

No âmbito das contratações eletrônicas, outra questão que se mostra controvertida diz respeito ao lugar em que o contrato reputa-se firmado. O entendimento predominante na doutrina é de que aos contratos eletrônicos firmados dentro do território nacional aplica-se o disposto no artigo 435, do Código Civil. Isto é, um contrato celebrado através da internet reputa-se firmado no lugar em que foi proposto. Assim, o referido dispositivo legal somente tem aplicabilidade aos contratos eletrônicos realizados no âmbito interno do país.

Por outro lado, em se tratando de contratos eletrônicos internacionais, deve-se, a princípio, observar a prescrição do artigo 9º, *caput*, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com as novas formas de contratação, tais como e-mails e utilizações de páginas na rede, há que primeiramente fazer-se a distinção dos contratos segundo sua classificação para divisar o local da proposta.

Os contratos eletrônicos intersistêmicos não apresentam, via de regra, qualquer dificuldade quanto à determinação do local de formação do vínculo contratual. Isto ocorre pelo fato de os negócios jurídicos derivados, celebrados entre os sistemas de computadores das partes, estarem atrelados a um prévio contrato principal que, em geral, é firmado de forma tradicional, mediante instrumento escrito. Assim, para se saber o local de formação do contrato, deve-se analisar o contrato principal, buscando nele, e não nos acessórios, a identificação do proponente e do aceitante.

⁷⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 537.

Em relação aos contratos interpessoais também não se apresentam maiores dúvidas quanto à determinação do local de formação do vínculo contratual, eis que, plenamente identificável o lugar da proposta que deverá ser considerado como o da sede ou filial do proponente.

Os contratos eletrônicos interativos, por sua vez, não apresentam a mesma facilidade quando o assunto é determinar com exatidão o lugar de formação do vínculo contratual. Nessa modalidade de contrato, a localização física do proponente, pode-se tornar difícil, tendo em conta a impossibilidade de sua identificação física.

Segundo Erica Barbagalo, se no *website* não houver referência a localização do proponente, a solução para tal controvérsia será o rastreamento eletrônico ou na sua impossibilidade, seja por restrições técnicas ou pela falta do cadastro de informações do provedor de acesso, a presunção de que a proposta foi emitida do domicílio lógico do ofertante, considerado assim, o lugar indicado como de origem de sua identificação na rede de computadores.⁷¹

Questão que se mostra interessante diz respeito ao proponente que se encontrar em trânsito. Evidentemente que, na impossibilidade de se aferir corretamente o local da proposta, recomendam os princípios de direito que seja considerado o local do último estabelecimento do proponente.

No entanto, a melhor indicação é no sentido de que o proponente estabeleça juntamente com as demais ofertas o local da proposição e a lei que regerá o contrato.

2.6 SEGURANÇA JURÍDICA: A ASSINATURA DIGITAL

Para o Direito, uma declaração de vontade só tem importância quando seu emissor puder ser perfeitamente identificado pelo receptor. Nessa linha, Regis Queiroz aduz que “só há verdadeira declaração quando alguém exterioriza uma mensagem para outrem, fazendo-se reconhecer como emitente daquela manifestação. A identificação do emitente da declaração é, portanto, elemento constitutivo da própria declaração”.⁷²

⁷¹ BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷² QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. *Assinatura Digital e o Tabela Virtual*. In LUCÇA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000. p. 396.

Dado a não presença física dos contratantes no ambiente virtual, usualmente é grande a dificuldade de certificar-se que realmente a pessoa que está do outro lado da relação é quem diz ser. Já nos documentos tradicionais, isto é, naqueles veiculados em meio físico, tal dificuldade é significativamente menor, pois a identificação de seu emissor é feita mediante a aposição da assinatura autográfica no instrumento onde está expressa a declaração da vontade.

As dúvidas que pairam acerca da confiabilidade dos dados pessoais prestados pelo adquirente de um produto ou serviço quando da pactuação de um negócio jurídico através da internet ensejam resistência por parte do potencial contratante virtual em manifestar sua vontade de contratar nos sites de *e-commerce*. Destarte, a desmaterialização que circunda o ambiente eletrônico da rede mundial de computadores, isto é, a ausência de documentos físicos, não se coaduna com a ideia tradicional daquilo que seja segurança jurídica.

Para transpor tal obstáculo, já que a simples identificação por usuário e senha não assevera mais a autenticidade de forma absoluta, instituiu-se a utilização da criptografia como mais viável resposta a tais necessidades, pois tão somente o preenchimento dos dados pessoais do contratante quando da efetivação de um contrato pela internet não se mostrou suficiente à garantia efetiva da confidencialidade das informações transmitidas pelo aderente.

Assim, considerando que a ausência de assinatura autográfica das partes contratantes é característica peculiar aos contratos eletrônicos, foi suscitada a implementação de uma técnica de segurança destinada a suprir as funções desempenhadas pela assinatura na sua concepção tradicional – a criptografia.

A criptografia consiste em um complexo algoritmo matemático utilizado para transformar informações em uma sequência de *bits*, impedindo que os dados constantes em um documento sejam alterados ou violados por terceiro⁷³. Existem dois tipos de criptografia que são os mais populares e eficientes utilizados nas redes de computadores: a criptografia simétrica e a assimétrica.

Entende-se por *criptografia simétrica*, ou de chave privada, aquela em que uma mesma senha, mais comumente chamada de chave, é utilizada para encriptar e descriptar uma informação, ou seja, o conteúdo de um determinado documento ou texto será tornado compreensível e incompreensível, codificado e decodificado, a partir de uma mesma chave.

A criptografia simétrica, no entanto, não tem grande valia para o mundo jurídico. Em que pese um certo nível de segurança que pode ser obtido por intermédio de seu uso, a criptografia de chave privada apenas impede que o conteúdo do documento seja conhecido na

⁷³ BARGALO, op. cit., p. 42.

eventual hipótese de ser interceptado por terceiro quando de seu envio do emissor para o receptor.

Por sua vez, a *criptografia assimétrica*, também chamada de criptografia de chave pública, é aquela em que duas chaves, uma pública e outra privada, são utilizadas conjuntamente, de forma ordenada, nos procedimentos de encriptar e decriptar um documento.

O sistema de criptografia hodiernamente utilizado nas contratações perpetradas através da rede mundial de computadores é aquele denominado de criptografia assimétrica, o qual se constitui no nascedouro da assinatura digital⁷⁴, uma vez que, quando aplicada a um documento eletrônico, confere a este o nível de segurança necessário e suficiente para sua admissão jurídica como meio de prova.

Portanto, assim como o exame grafotécnico é meio hábil para certificar a assinatura manuscrita, o certificado digital aplica-se, analogicamente, as assinaturas digitais. No Brasil, tal certificação é feito por intermédio da ICP-Brasil, sigla no Brasil para PKI – *Public Key Infrastructure* – e significa infraestrutura de Chaves Públicas. Trata-se do Sistema Nacional de Certificação digital.

A infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), foi instituída pela Medida Provisória nº 2.200-2/2001 com a função “de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”.⁷⁵

De forma singela, o sistema funciona da seguinte maneira: o usuário, utilizando-se de sua chave privada, cria o documento eletrônico (assinatura digital). Tendo sido criptografado com a chave privativa, somente a chave pública permitirá a descriptografia do documento. Surge, então, a autoridade certificadora, responsável por garantir que aquela chave pública, disponível no ambiente virtual a qualquer um, é, verdadeiramente, correspondente ao par do usuário que criou o documento. Logo, se a chave pública operar positivamente, conclui-se que o documento foi feito pela chave privativa do usuário, ou seja, foi eletronicamente assinado por ele.

Importante frisar que, qualquer alteração no texto do documento eletrônico, por menor que seja, ensejará na invalidade da assinatura digital a ele vinculada. O controle da

⁷⁴ LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito & internet - aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 55.

⁷⁵ Art. 1º da Medida Provisória nº 2.200-2/2001.

integridade do documento é tão rígido que a simples inserção de um espaço entre duas palavras ou mesmo a correção de um erro de grafia ou pontuação que, por ventura, figure no texto do documento eletrônico, implicará, obrigatoriamente, na perda do vínculo deste com a assinatura digital original.

Logo, a segurança jurídica nos contratos eletrônicos restou edificada através da utilização da assinatura digital, a qual cumpre integralmente o papel outrora desempenhado pela assinatura de próprio punho dos contraentes.

Existem, sim, risco de fraudes nas contratações por meio eletrônico, mas não vão muito além dos enfrentados no meio convencional, tanto que alguns doutrinadores consideram a assinatura digital ainda mais eficiente e confiável do que a manuscrita ou tradicional, pois não há como negar o elevado nível de segurança oferecido pela tecnologia da assinatura digital no que diz respeito à constatação da autoria de um documento eletrônico e da certeza de que seu conteúdo permanece inalterado desde sua confecção pelo autor.

Dessa forma, inexistem óbices para que um documento eletrônico assinado digitalmente seja equiparado a um original escrito e assinado de forma manuscrita, visto que os pressupostos de autenticidade e de integridade, previstos nos artigos 371⁷⁶, 368⁷⁷ e 373⁷⁸ do Código de Processo Civil foram totalmente satisfeitos, não havendo, portanto, razão para que o documento eletrônico não tenha força probante.

2.7 A BOA-FÉ OBJETIVA E O *E-COMMERCE*

O princípio da boa-fé objetiva traduz-se como modelo de conduta social que deve pautar o homem reto: honestidade, lealdade e probidade. No âmbito dos contratos eletrônicos,

⁷⁶ Art. 371. Reputa-se autor do documento particular: I - aquele que o fez e o assinou; II - aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos. – Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁷⁷ Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato. – Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁷⁸ Art. 373. Ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo anterior, o documento particular, de cuja autenticidade se não duvida, prova que o seu autor fez a declaração, que lhe é atribuída. Parágrafo único. O documento particular, admitido expressa ou tacitamente, é indivisível, sendo defeso à parte, que pretende utilizar-se dele, aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes se não verificaram. – Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

a boa-fé objetiva está diretamente relacionada aos deveres de informação, sigilo e cooperação. Portanto, o princípio da boa-fé objetiva agrega à relação contratual deveres de cunho ético, representados pelo advento de novos valores. Para se alcançar a finalidade de um determinado contrato, se mostra indispensável que as partes contraentes mantenham uma conduta ética, visando, através da cooperação mútua, a busca da totalidade dos seus interesses.

Preleciona Judith Martins Costa:

A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um “princípio geral” ou como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada – mais propriamente constitui um modelo jurídico – na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções, “denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico”.⁷⁹

A concreção da boa-fé objetiva, no *e-commerce*, se revela um grande desafio. Isso, porque a desmaterialização figura como uma característica peculiar às avenças celebradas através da internet. Por conseguinte, objetivando salientar a importância do princípio da boa-fé objetiva ao longo de toda a relação contratual oriunda de uma avença celebrada através da internet, passaremos a esmiuçar cada uma das três funções por ela desempenhadas, relacionando-as aos contratos eletrônicos. Destarte, se consubstanciam em funções da boa-fé objetiva: função interpretativa, função de controle e, ainda, função integrativa.

A função interpretativa da boa-fé objetiva encontra-se positivada no artigo 113, do Código Civil de 2002. Como regra de interpretação das cláusulas contratuais, a boa-fé objetiva evidencia sua utilidade sempre que surgir uma dúvida quanto ao significado de uma determinada cláusula ou, ainda, quando verificada uma ambiguidade entre duas ou mais regras constantes de um instrumento contratual. Assim, havendo pendência quanto ao verdadeiro teor de uma cláusula, deve-se buscar o sentido da mesma de acordo com as diretrizes inseridas pela boa-fé objetiva.

Por outro lado, no que tange à função de controle, a boa-fé objetiva desempenha papel limitador da atuação da vontade das partes contratantes, visando a evitar a ocorrência de abuso de direito. A função de controle está expressa no artigo 187, do Código Civil. Adentrando no universo das contratações eletrônicas, a ação de controle da boa-fé objetiva veda, *v.g.*, a imposição de deveres aos consumidores virtuais que sejam manifestamente

⁷⁹ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2000. p. 412.

desproporcionais aqueles assumidos pelo fornecedor da mercadoria objeto da contratação. Destarte, as partes contratantes não podem exceder as fronteiras de seu direito subjetivo.

Por derradeiro, a função integrativa da boa-fé objetiva, disposta no artigo 422, do Código Civil, figura como a principal entre todas as funções desempenhadas pelo princípio geral de direito em comento. É da função integrativa que derivam os deveres anexos ou secundários dos contratos, os quais devem ser observados pelas partes contraentes independentemente de estarem ou não expressos no instrumento. Figuras como deveres derivados da boa-fé objetiva: o dever de informação, de cooperação e de sigilo⁸⁰, os quais serão analisados unicamente sob a ótica dos contratos eletrônicos.

O dever de informação está diretamente vinculado à disponibilização da oferta pelo fornecedor na rede mundial de computadores. Destarte, a oferta deve ser clara e precisa, de modo que ao contratante, que na maioria das vezes ocupa a condição de consumidor, seja oportunizado o pleno conhecimento prévio das cláusulas contratuais que regerão a avença celebrada na internet. Além disso, ao dever de informação podemos relacionar a exigibilidade de que no *site* da loja virtual esteja disponível o *e-mail* do fornecedor, telefone para contato e o maior número de informações possíveis para a eventual necessidade de contato a ser efetuado pelo consumidor junto ao fornecedor do produto. Em relação ao dever de informação, ressalta Cláudia Lima Marques que o consumidor virtual ocupa a posição de detentor de um direito subjetivo de informação⁸¹. Quanto ao dever de cooperação, este está relacionado a tarefas acessórias que contribuam para a obtenção da finalidade do contrato celebrado entre as partes, qual seja o seu integral cumprimento. Destarte, a loja virtual, *v.g.*, quando acionada dentro do prazo previsto, não pode dificultar o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. O dever de sigilo também se mostra de suma importância quando tratamos de contratos celebrados através da internet, tendo em vista que no momento da contratação o consumidor virtual preenche um formulário exigido pelo fornecedor direto, no qual informa uma série de dados pessoais. Dentre os dados enviados pelo consumidor virtual, está o número de sua carteira de identidade ou, muitas vezes, até o de seu cartão de crédito. Assim, resta claro que ao fornecedor impõe-se o dever de sigilo, diretamente ligado à segurança dos dados compartilhados quando da formalização da contratação eletrônica. O dever de sigilo permanece mesmo após o término da execução das obrigações contratuais. Assim, se eventualmente restarem disponibilizados os dados pessoais de um consumidor a um

⁸⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. *A boa-fé nas obrigações civis*. Revista de Direito da PUCRS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 113.

⁸¹ *Ibid.*, p. 246.

terceiro e, posteriormente, o consumidor vier a sofrer um dano decorrente da disponibilização ilícita permitida por um fornecedor do qual outrora adquirira um produto pela internet, este poderá ser responsabilizado.

Por fim, resta evidenciado que a boa-fé objetiva figura como modelo norteador da legislação brasileira, devendo ser observado pelas partes que optarem pela pactuação de negócios jurídicos através da internet. Destarte, nas palavras de Judith Martins Costa, a boa-fé objetiva consiste em arquétipo ou *standard* jurídico, sendo que a análise de sua observância deve se dar de acordo com o *status* pessoal e cultural dos indivíduos envolvidos em dada relação obrigacional⁸². Assim, a observância da boa-fé objetiva nos contratos eletrônicos implica maior estímulo da confiança de potenciais contratantes, sejam consumidores ou não, bem como promove a segurança jurídica das contratações efetuadas na rede mundial de computadores.

⁸² COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2000. p. 411.

3 DA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

3.1 LEI MODELO DA UNCITRAL

Em dezembro de 1996, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, conhecida pela sigla UNCITRAL (*United Nations Commission On International Trade Law*), com o intuito de estabelecer diretrizes para o uso dos meios eletrônicos de comunicação que pudessem ser seguidas pelos diferentes sistemas jurídicos, sociais e econômicos existentes no mundo, aprovou a chamada *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico*.

Esta lei, de natureza principiológica, contou com a colaboração de juristas de todo o mundo, além de um grupo técnico de especialistas, todos empenhados em apresentar um conjunto de regras, internacionalmente aceitáveis, capazes de orientar os legisladores de cada país a eliminar os obstáculos atinentes à aceitação das vias eletrônicas como meio válido para as negociações, em especial aquelas decorrentes do chamado *comércio eletrônico*.⁸³

Trata-se, portanto, de Lei com absoluta importância ao estudo dos contratos eletrônicos, eis que representa a primeira regulamentação da matéria no âmbito mundial. Com efeito, as disposições contidas na referida lei mostram-se facilmente compatíveis a diversos sistemas normativos, o que vem facilitando a adaptação da legislação interna de vários países às normas acerca do comércio eletrônico consagradas como paradigma pela UNCITRAL.

Ou seja, convém ressaltar que a Lei Modelo da UNCITRAL não pretende imiscuir-se no direito interno regulador da matéria contratual dos países, mas tão-somente, em conjunto com este, dissipar incertezas sobre o envio e o recebimento de declarações de vontade emanadas por meios eletrônicos de comunicação.

Destarte, a Lei Modelo se divide em duas partes, sendo a primeira destinada ao comércio eletrônico em geral e, a segunda, ao comércio eletrônico em áreas específicas. A parte inicial da lei é subdividida em três capítulos, intitulados, respectivamente, de “Disposições Gerais”, “Aplicação de requisitos legais às mensagens de dados” e, por fim, “Comunicação de mensagem de dados”. A parte final da lei uniforme contém um único capítulo, sob a epígrafe de “Transporte de Mercadorias”. As disposições contidas na Lei Modelo da UNCITRAL são propositadamente genéricas, na medida em que esta serve de

⁸³ MATTE, Maurício. *Internet – Comércio Eletrônico: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de e-commerce*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 66-67.

standard da regulamentação do comércio eletrônico no âmbito internacional, permitindo que os países adaptem suas legislações internas de acordo com as diretrizes colimadas pela Lei Modelo.

O primeiro dispositivo da Lei Modelo da UNCITRAL preconiza a aplicabilidade desta a qualquer tipo de mensagem eletrônica utilizada para fins comerciais, salientando que eventuais normas internas protetivas do consumidor não restam afastadas em razão da incidência da Lei Modelo.

A lei uniforme traz, ainda, importantes definições, tais como a do significado de mensagem eletrônica, intercâmbio eletrônico de dados, emitente de uma mensagem eletrônica, destinatária de uma mensagem eletrônica, intermediário de uma mensagem eletrônica e sistema de informação. Todos os referidos conceitos estão veiculados no artigo 2º da Lei Modelo, sendo que essas definições servem de base para a aplicabilidade e o correto entendimento das diretrizes constantes em seu texto.

Desses conceitos, inclusive, cumpre inferir que a empresa provedora de acesso não é considerada parte nos contratos eletrônicos, uma vez que atua como mera intermediária entre o *remetente* e o *destinatário* das declarações de vontade, transmitidas como mensagens eletrônicas.

No tocante ao reconhecimento jurídico das mensagens de dados, o artigo 5º da Lei é bastante claro ao orientar que “não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica”.

Quanto à forma escrita dos contratos, orienta a Lei Modelo, em seu artigo 6º, que, sempre que a lei determinar que um negócio seja celebrado por escrito, poderá ser utilizada a forma eletrônica, em substituição ao meio tangível, desde que as informações permaneçam disponíveis e acessíveis para futuras consultas.⁸⁴

A questão da assinatura eletrônica é abordada no artigo 7º da Lei Modelo, que sugere a adoção de um método eficaz de identificar com segurança as partes contratantes e suas respectivas declarações de vontade emitidas de forma eletrônica. Além disso, orienta a Lei que tal método deve ser suficientemente confiável e adequado para as finalidades do negócio jurídico celebrado.

Uma das normas orientadoras mais importantes da Lei Modelo da UNCITRAL é a do artigo 9º. Neste dispositivo é revelada, de forma bastante clara, a tendência internacional de se

⁸⁴ VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e Contratos Eletrônicos – Aspectos Jurídicos*. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010. p. 32.

admitir a validade e a força probatória das mensagens de dados, aí compreendidos os documentos e os contratos eletrônicos. Senão, vejamos:

Artigo 9 - Admissibilidade e força probante das mensagens de dados

1) Em procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais não se aplicará nenhuma norma jurídica que seja óbice à admissibilidade de mensagens eletrônicas como meio de prova

a) Pelo simples fato de serem mensagens eletrônicas; ou,

b) Pela simples razão de não haverem sido apresentadas em sua forma original, sempre que tais mensagens sejam a melhor prova que se possa razoavelmente esperar da pessoa que as apresente.

2) Toda informação apresentada sob a forma de mensagem eletrônica gozará da devida força probante. Na avaliação da força probante de uma mensagem eletrônica, dar-se-á atenção à confiabilidade da forma em que a mensagem haja sido gerado, armazenada e transmitida, a confiabilidade da forma em que se haja conservado a integridade da informação, a forma pela qual haja se haja identificado o remetente e a qualquer outro fator pertinente.

Maurício Matte⁸⁵ e Regis Queiróz⁸⁶ muito bem perceberam que a Lei Modelo, não só neste artigo, mas ao longo de suas exposições, adotou o chamado *critério do equivalente funcional*, ou seja, uma vez satisfeitos os requisitos elementares legalmente previstos para a validade de um determinado ato, este deve ser considerado válido, ainda que praticado sob uma forma não prevista em lei, desde que, naturalmente, não seja por esta vedada. É importante notar que tal critério já se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico, em especial nos artigos 154⁸⁷, 244⁸⁸ e 332⁸⁹ do Código de Processo Civil Brasileiro.

Em relação à formação eletrônica do vínculo contratual, feita por meio de declarações de vontade transmitidas pela rede de computadores, dispõe o artigo 11 da Lei Modelo que “salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia

⁸⁵ MATTE, op. cit. p. 72-73.

⁸⁶ QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. *Assinatura Digital e o Tabela Virtual*. In LUCÇA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Direito & Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000. p. 386.

⁸⁷ Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. – Código de Processo Civil.

⁸⁸ Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.- Código de Processo Civil.

⁸⁹ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. – Código de Processo Civil.

a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação”. Tal orientação é reforçada pelo artigo 12, que, de forma mais específica, prevê que “nas relações entre o remetente e o destinatário de uma mensagem eletrônica, não se negará validade ou eficácia a uma declaração de vontade ou outra declaração pela simples razão de que a declaração tenha sido feita por uma mensagem eletrônica”.

O artigo 13 da Lei Modelo estabelece normas gerais para verificação da autoria de uma mensagem eletrônica, indicando os casos em que a mesma poderá perder sua autenticidade. Também inferimos do referido texto normativo que serão consideradas válidas as mensagens eletrônicas emanadas sem a direta intervenção humana, e também aquelas enviadas por terceiros, desde que em nome da parte remetente e por essa autorizado.

Por fim, o artigo 15 da Lei Modelo da UNCITRAL apresenta preciosas orientações em relação ao momento e ao local de envio e recebimento das declarações de vontade transmitidas pela rede mundial de computadores. *In verbis*:

Artigo 15 - Tempo e lugar de despacho e recebimento das mensagens de dados

1) Salvo convenção em contrário entre o remetente e o destinatário, o envio de uma mensagem eletrônica ocorre quando esta entra em um sistema de informação alheio ao controle do remetente ou da pessoa que enviou a mensagem eletrônica em nome do remetente.

2) Salvo convenção em contrário entre o remetente e o destinatário, o momento de recepção de uma mensagem eletrônica é determinado como se segue:

a) Se o destinatário houver designado um sistema de informação para o propósito de recebimento das mensagens eletrônicas, o recebimento ocorre:

i) No momento em que a mensagem eletrônica entra no sistema de informação designado; ou

ii) Se a mensagem eletrônica é enviada para um sistema de informação do destinatário que não seja o sistema de informação designado, no momento em que a mensagem eletrônica é recuperada pelo destinatário.

b) Se o destinatário não houver designado um sistema de informação, o recebimento ocorre quando a mensagem eletrônica entra no sistema de informação do destinatário.

3) Aplica-se o parágrafo 2) ainda que o sistema de informação esteja situado num lugar distinto do lugar onde a mensagem eletrônica se considere recebida de acordo com o parágrafo 4).

4) Salvo convenção em contrário entre o remetente e o destinatário, uma mensagem eletrônica se considera expedida no local onde o remetente tenha seu estabelecimento e recebida no local onde o destinatário tenha o seu estabelecimento. Para os fins do presente parágrafo:

a) se o remetente ou o destinatário têm mais de um estabelecimento, o seu estabelecimento é aquele que guarde a relação mais estreita com a transação subjacente ou, caso não exista uma transação subjacente, o seu estabelecimento principal;

b) se o remetente ou o destinatário não possuírem estabelecimento, se levará em conta a sua residência habitual.

O parágrafo 4º do artigo, acima transcrito, deixa claro que o lugar onde as partes mantêm seus computadores não é um elemento determinante para fixar o local de expedição e recepção de uma declaração eletrônica de vontade. Segundo a disposição da UNCITRAL, uma declaração de vontade será considerada emitida pelo remetente e recebida pelo destinatário na localidade onde ambos mantiverem, respectivamente, seus estabelecimentos, salvo, é claro, convenção em contrário feito pelas partes. Se a parte, contudo, possuir mais de um estabelecimento, haverá de ser considerado aquele que guardar maior relação com o negócio jurídico firmado, sendo que, se não houver diferenciação entre os estabelecimentos, considerar-se-á aquele que for o principal para o desempenho das atividades comerciais do contratante. Em último caso, não possuindo as partes estabelecimento, a residência habitual de cada uma haverá de ser tida como local de emanção das respectivas declarações de vontade.

Ainda sobre o artigo 15, verificamos, em seus parágrafos 1º e 2º, a exposição de valiosas diretrizes referentes à determinação do momento de envio e do momento de recepção das mensagens eletrônicas.

Em que pese a Lei Modelo da UNCITRAL ter sido elaborada com vistas a nortear e estabelecer regras gerais de regulamentação das negociações eletrônicas comerciais, não podemos negar sua inestimável contribuição para o fomento, a propagação e a aceitação, em nível mundial, das mensagens, documentos e contratos exteriorizados pela via eletrônica. O caráter internacional e orientador das disposições sugeridas na Lei Modelo tem levado muitos países, entre eles o Brasil, a iniciar uma atividade legislativa especificamente direcionada a normatizar, no âmbito interno, as novas situações e circunstâncias jurídicas decorrentes do uso em massa dos meios eletrônicos de comunicação.

Como dito, o caráter internacional e orientador das disposições na Lei Uncitral tem motivado vários países a promover a atividade legislativa específica para normatizar as novas situações e circunstâncias jurídicas do uso da internet.

A Alemanha foi o primeiro país da Europa a estabelecer normas jurídicas para a regulamentação das assinaturas digitais, no final da década de 90.

Na Europa, como consagrado pela maioria dos juristas, as legislações mais avançadas foram editadas por Portugal e Espanha.

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 290-D/1999 regula a validade, eficácia e valor probatório dos documentos eletrônicos e a assinatura digital. Dentre suas normas, podemos destacar, o livre exercício da atividade da autoridade certificadora, limitado, no entanto, a certos requisitos, dentre os quais, de idoneidade e patrimonial.⁹⁰

A lei da Espanha entrou em vigor em junho de 2002 e é bastante abrangente. Possui 45 artigos, os quais regulam o regime jurídico dos serviços da sociedade de informação e da contratação por via eletrônica, a obrigação dos prestadores de serviço, inclusive os intermediários da transmissão de dados pelas redes de telecomunicações, comunicações comerciais por meio eletrônico, informação prévia e posterior da celebração dos contratos eletrônicos, condições de validade e eficácia e as sanções aplicáveis aos prestadores de serviço. Dentre seus dispositivos, há que se ressaltar a extensão de sua aplicação aos provedores de serviços estabelecidos em outro Estado da União Européia quando o destinatário dos serviços, estabelecendo que os órgãos competentes poderão interromper ou retirar os dados que violem os princípios de ordem pública, saúde pública, dignidade da pessoa, discriminação de qualquer motivo, e proteção da infância e juventude. Também estabelece o dever de colaboração dos prestadores de serviços de intermediação bem como a obrigação de retenção dos dados por um período de 12 meses.

Nos Estados Unidos da América, vários Estados já possuem legislação sobre o assunto, cabendo destacar a do Estado de Utah, que equiparou os efeitos da assinatura digital certificada aos de uma assinatura física comum.⁹¹

Na América do Sul, Argentina Colômbia, Peru Chile e Uruguai também editaram suas normas. A Argentina disciplinou o uso das assinaturas digitais, estabelecendo, ainda, os requisitos de autoria, integridade e validade dos documentos digitais (Lei nº 25.506/2001).

A Colômbia, por sua vez, através da Lei nº 527 de 1998 dispôs sobre a validade jurídica das mensagens eletrônicas e sua transmissão, comércio eletrônico, assinaturas, certificados digitais, entidades de certificação, dentre outros institutos.

Tem-se, portanto, que os países vêm procurando editar leis específicas sobre o tema no intuito de estabelecerem regras de segurança e de utilização das tecnologias eletrônicas.

⁹⁰ LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & internet - aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 82-88.

⁹¹ LUCCA, op. cit., p. 76-79.

3.2. LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Não há no Brasil qualquer Lei que esteja em vigor com o objetivo de regular especificamente os fatos ocorridos no ambiente virtual e as transações avençadas por meio da internet.

Não obstante a Lei Modelo da UNCITRAL, urge no Brasil a necessidade de aprovar uma legislação específica que se destine a resguardar as transações eletrônicas e seus principais requisitos de segurança. O Poder Legislativo brasileiro precisa legislar sobre temas tão importantes quanto os documentos eletrônicos, as assinaturas digitais e as autoridades certificadoras, deixando de decretar algumas disposições normativas esparsas que se referem, direta ou indiretamente, ao assunto, ou não acompanhará o avanço tecnológico, tornando o Poder Judiciário obsoleto frente aos problemas que for levado à sua apreciação.

No Brasil, a Medida Provisória nº. 2.200-2/01, que instituiu a ICP-Brasil – Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, equipara a assinatura eletrônica à manuscrita, versando sobre requisitos necessários ao reconhecimento da assinatura digital como técnica hábil à identificação das partes contratantes. O referido texto legal é o único existente no ordenamento jurídico nacional voltado especificamente a um tema que circunda os contratos eletrônicos, qual seja, a assinatura digital desenvolvida pela metodologia da criptografia assimétrica.

Outrossim, há inúmeros projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, os quais objetivam a regulamentar o universo dos contratos eletrônicos.⁹² Todavia, a tramitação dos projetos de lei tem-se mostrado extremamente vagarosa, em contraste com o crescimento das contendas fundadas em descumprimento de obrigações contratuais de avenças celebradas através da internet. Assim, diante desse cenário, cabe ao aplicador da lei no caso concreto atuar na busca da solução de um litígio oriundo de uma contratação eletrônica mediante uma abordagem sistemática e analógica das normas jurídicas pátrias. Isso, porque incumbe ao magistrado o dever de alcançar prudentemente o lídimo deslinde de uma contenda judicial.

⁹² Com o Projeto de Lei nº 4.906/01, que tem como objeto principal o comércio eletrônico, pretendeu-se, de certa forma, unificar todas as principais propostas trazidas pelos outros Projetos, tendo em vista a necessidade de uniformização das normas de comércio eletrônico não só para o território nacional, como também para atender as transações eletrônicas de uma modalidade de comércio cada vez mais globalizado, criando regras para a aplicação de requisitos legais às mensagens eletrônicas, para que pudesse ser validada a celebração de contratos celebrados através da Internet, por exemplo.

Com efeito, sendo os contratos eletrônicos uma nova modalidade de pactuação dos contratos tradicionalmente conhecidos, resta evidente que sobre estes instrumentos deve incidir as normas específicas ao contrato firmado. Assim, avençado um contrato de compra e venda por meio da internet, aplicam-se as normas que regem a compra e venda no Código Civil ao instrumento firmado⁹³. Além disso, em se tratando de relação jurídica entabulada entre um fornecedor e um destinatário final de um produto ou serviço, no caso de contrato *business to consumer (b2c)*, também tem plena aplicabilidade a legislação consumerista. Ocorre que em que pese o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor estarem sendo utilizados pelos Tribunais para a solução de casos originados de contratos celebrados em *sites de e-commerce*, os referidos diplomas demonstram insuficiências para dirimir algumas questões peculiares vinculadas aos contratos eletrônicos⁹⁴. Por conseguinte, essa situação de inércia legislativa não pode perdurar por longo prazo, restando cristalina a necessidade da elaboração de normas que se destinem à colmatação das lacunas jurídicas verificadas em nosso ordenamento jurídico, de maneira a adaptar os princípios gerais do direito às peculiaridades identificadas na modalidade de contratação em análise⁹⁵. Não é crível que os consumidores se sintam desamparados ante a lacuna jurídica existente acerca das transações virtuais.

Cláudia Lima Marques, em obra específica acerca da temática envolvendo as contratações perfectibilizadas por meio de computadores⁹⁶, sugere a modificação de alguns artigos da própria Lei nº. 8.078/90, visando a preencher o vazio legislativo existente sobre os contratos eletrônicos. A emérita doutrinadora sugere a complementação do artigo 33 do Código de Defesa do Consumidor, o qual trata das informações obrigatórias que devem constar na oferta veiculada pelo fornecedor, além da inserção de novos parágrafos aos artigos 42, 43 e 49 do diploma em apreço. As alterações na legislação consumerista aqui referidas tratam expressamente de deveres de informação específicos ao comércio virtual, dilação do prazo do direito de arrependimento quando se tratar de contratação efetivada pela internet,

⁹³ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato Eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri: Manole, 2004. p. 57.

⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratos eletrônicos*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Rev. dos Tribunais, n. 9, jan./jun. 2002. p. 125.

⁹⁵ MARTINS, Flávio Alves. *Considerações acerca da proteção ao consumidor nos contratos eletrônicos*. Revista Jurídica Logos. São Paulo. n. 2. jan./dez.2006. p.115-131

⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. Porto Alegre: Rev. dos Tribunais, 2004. p. 289-300.

além de suprir expressamente a ausência de normas referentes ao cuidado com os dados pessoais do consumidor virtual.

Outrossim, a colmatação das lacunas jurídicas concernentes aos contratos eletrônicos é medida que se impõe, sob pena de queda do número de consumidores e de contratantes em geral que aderem a contratos através dos *sites* de *e-commerce*. Destarte, o direito não pode permanecer estático ante o advento e propagação das novas tecnologias. As perplexidades que exsurtem das transações efetivadas pela internet necessitam de amparo legal específico.

Portanto, necessário haver um esforço maior pelo Poder Legislativo para regulamentar a matéria e, com isso, inserir nosso país no rol daqueles cujas situações jurídicas decorrentes das transações eletrônicas encontram-se amparadas e regradas pelo ordenamento jurídico, proporcionando ao Judiciário atingir sua finalidade maior que é a correta prestação jurisdicional a todos os casos concretos levados à sua apreciação.

3.3 ENTEDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os tribunais, mesmo de forma incipiente, vêm se manifestando sobre os contratos eletrônicos, conforme exposto:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. FALTA DE ASSINATURA NA DECISÃO QUE ADMITIU O RECURSO ESPECIAL NA ORIGEM. VICIO INEXISTENTE. DOCUMENTO ASSINADO POR MEIO

ELETRÔNICO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

1. Hipótese em que se busca a anulação do procedimento recursal inaugurado nesta Corte, por suposta falta de assinatura na decisão do Tribunal de origem que admitiu o recurso especial.

2. Entretanto, diferentemente do sustentado pela embargante, extrai-se dos autos que a mencionada decisão foi proferida por meio de assinatura digital, certificada eletronicamente.

3. Não se pode reputar apócrifa a decisão proferida por meio de assinatura eletrônica.

4. Embargos de declaração rejeitados.⁹⁷

⁹⁷ STJ, EDcl no REsp 1015840/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1. T., julgado em 04.11.2008, DJe de 12.11.2008.

Portanto, o tribunal decidiu que a assinatura digital certificada eletronicamente é meio para conferir veracidade ao ato. Impossível é, então, que o ato seja considerado nulo se foi assinado digitalmente e não a próprio punho.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PROCEDENTE – DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE VENDA E COMPRA CELEBRADO POR MEIO ELETRÔNICO, EM RAZÃO DE INDISPONIBILIDADE DO PRODUTO POR PARTE DA VENDEDORA – SIMPLES DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE, EM PRINCÍPIO, NÃO GERARIA DANOS MORAIS RESSARCÍVEIS - COMPRA, TODA VIA, REALIZADA COM FINALIDADE PRECÍPUA DE PRESENTEAR O GENITOR DO AUTOR NO 'DIA DOS PAIS', E CUJA FALTA DE ENTREGA DO PRODUTO NO PRAZO ASSINALADO OU A SUBSTITUIÇÃO POR BEM EQUIVALENTE ÀS EXPENSAS DA VENDEDORA, NO CASO CONCRETO, VEIO A CAUSAR DISSABORES MORAIS AO ADQUIRENTE - NEGLIGÊNCIA DA PRESTADORA DO SERVIÇO EVIDENCIADA - INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM MONTANTE EXCESSIVO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.⁹⁸

Da mesma forma, conforme exposto anteriormente, é garantida a autenticidade ao ato realizado através do meio eletrônico. Por tal, a contratação de compra e venda celebrada no meio virtual enseja os mesmos efeitos daquelas realizadas pela forma tradicional, imputando ao inadimplente as mesmas responsabilizações.

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PAGAMENTOS NA VIA ADMINISTRATIVA. PROVA. EXTRATOS DATAPREV. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. DIVERGÊNCIA. DECLARAÇÃO. SERVIDOR. PREVALÊNCIA. DOCUMENTO ELETRÔNICO. SUCUMBÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CULPA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Os extratos emitidos pelo sistema informatizado DATAPREV fazem prova de pagamentos realizados na esfera administrativa, bem como dão azo à feitura de cálculos.

- Ante a divergência entre os dados eletrônicos e documentos emitidos por servidor da Previdência Social, que devem prevalecer os extratos emitidos pelo sistema DATAPREV, porquanto menos sujeitos à incidência de erros, alterações e até fraudes, ante o mínimo contanto humano.

- Considerando que a execução proposta se baseou em documentos inicialmente apresentados pelo INSS, que após se mostraram divergentes, levando à procedência dos embargos, não deverá haver a condenação da parte vencida em encargos de sucumbência.

- Para além, como o embargado é beneficiário da gratuidade judiciária, não há de se falar na condenação em honorários de advogado.

- Tanto na Justiça Federal quanto na Estadual, não incidem custas processuais nos embargos à execução, seja com relação à autarquia ou à pessoa física (art.6º, VI, da Lei 4.952/85, e art.1º, § 1º, e 7º da Lei 9.289/96).

⁹⁸ TJ/SP, Apel. c/ Ver. 1170354-0/2, Rel. Carlos Vieira Von Adamek, 31. C. Dir. Priv., julgado em 10.03.2009.

- Recurso do embargado conhecido e parcialmente provido.⁹⁹

Na situação exposta, aferiu-se a divergência entre o resultado de um documento emitido pelo servidor e o documento eletrônico sobre um mesmo cálculo. Os magistrados, então, atribuíram maior capacidade probante ao documento eletrônico serem menos suscetíveis a erros e fraudes em face do menor contato humano.

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. TERMO DE ADESÃO. ANTERIOR AO AJUIZAMENTO VIA INTERNET. CRÉDITOS DE ACORDO COM O CRONOGRAMA PREVISTO NA LC 110/2001. RECONHECIDA A VALIDADE DA TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

1 - A adesão ao acordo previsto na Lei Complementar nº 110/01 afasta o interesse dos titulares das contas vinculadas ao FGTS de recorrer à via judicial, em busca do pagamento integral e de uma só vez da correção monetária de suas contas, porque o acordo torna obrigatória a aceitação de descontos nos créditos, conforme os seus valores, além de fixar prazo de até cinco anos para a liquidação da obrigação.

2 - A CEF está efetuando os créditos consoante cronograma previsto na LC nº 110/2001, e pode alegar que se trata de ato jurídico perfeito.

3 - O novo Código Civil espelha uma nova mentalidade, consistente em valorizar o conteúdo em detrimento da forma, descabido, pois, recusar validade a documento eletrônico no qual não se vislumbra vício.

4 - Agravo conhecido e provido.¹⁰⁰

Ao julgar a questão, a Turma decidiu pela validade do documento eletrônico em decorrência do novo Código Civil valorizar o conteúdo em prejuízo a forma, pois não foi percebido vício.

Sendo assim, já é fácil perceber a orientação que insurge dos insígnis julgadores dos tribunais pátrios. A validade atribuída aos atos realizados por meio eletrônico mostra-se tão veras quanto às demais formas comumente utilizadas.

3.4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA CÍVEL PARA SOLUCIONAR LITÍGIOS ENVOLVENDO CONTRATOS ELETRÔNICOS

Quanto à lei aplicável e a competência jurisdicional há que se observar que o artigo 435 do Código Civil brasileiro estabelece que o contrato reputa-se celebrado no lugar em que

⁹⁹ TRF3, Apel. Cível 1154870/SP, 7. T., Rel. Juiz Rodrigo Zacharias, DJU de 06.03.2008, p.486.

¹⁰⁰ TRF4, Agr.Instr/RS 200504010526855, 3. T., Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 29.03.2006, p.707.

foi proposto. Aqui há um impasse, vez que não existem fronteiras no mundo virtual. Pessoas de diversos países podem transacionar através da internet sem qualquer limitação geográfica.

Nesse caso, há que se recorrer a Lei de Introdução ao Código Civil que em seu artigo 9º dispõe:

Art. 9º. Para qualificar e reger obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Dessa forma, uma transação comercial eletrônica celebrada entre partes situadas em países diferentes será regulada pela lei do país onde residir o proponente. Portanto, se a proposta é feita por empresa ou pessoa residente no estrangeiro e aceita por empresa ou pessoa residente no Brasil, a lei aplicável será a do país estrangeiro, e, vice-versa, se a proposta for feita por empresa ou pessoa residente no Brasil, e aceita por empresa ou pessoa residente no estrangeiro, a lei aplicável será a lei brasileira.

No tocante à competência internacional do judiciário brasileiro, quando o contrato for celebrado entre partes situadas em países diferentes, deve-se atentar ao disposto nos artigos 88, 89 e 90 do Código de Processo Civil que estabelecem que a autoridade judiciária brasileira será competente em três hipóteses.

A primeira hipótese se dará quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil. Conforme o parágrafo único do acima mencionado artigo 88, “reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal”.

A segunda hipótese é quando a obrigação tiver que ser cumprida no Brasil e a terceira é quando a ação se originar de fato ocorrido ou praticado no Brasil.

Portanto, quando o contrato eletrônico for celebrado por duas pessoas físicas ou jurídicas situadas em países diferentes, sendo a proponente sediada no estrangeiro, sem possuir agência, filial ou sucursal em território brasileiro, a lei aplicável será a do país estrangeiro.

Caso a obrigação decorrente do contrato deva ser cumprida no Brasil, a justiça brasileira será competente para processar e julgar o caso.

Contudo, pelo fato de ser um ambiente paralelo, mas com efeitos no mundo real, o ciberespaço provoca algumas celeumas em relação à jurisdição e à competência para o julgamento de litígios que envolvam contratos celebrados através da Internet. Se, no direito contratual, podem existir três situações geograficamente consideradas, e, na internet, não há limites geográficos, os contratos podem apresentar cada uma dessas situações sob ordenamentos jurídicos diferentes. Por exemplo, pode uma pessoa situada no Brasil contratar com outra que se encontra na China e escolher a jurisdição do Canadá para dirimir os conflitos decorrentes do negócio. E ainda, acrescer que a obrigação desse contrato seja realizada no meio virtual, como o *download* de um arquivo.

Então, considerando que as situações são inúmeras, alguns órgãos internacionais preveem a possibilidade de eleição da jurisdição aplicável pelas partes, tornando indiscutível aos contratantes as questões relativas a qual jurisdição será apta para julgar as causas que versem sobre o negócio jurídico. Sistema semelhante, inclusive, adotou o MERCOSUL.

A possibilidade de escolha de jurisdição e do foro competente pelas partes contratantes é uma solução prática, que os organismos internacionais – principalmente os blocos econômicos – encontraram para solucionar os problemas envolvendo contratações virtuais. Nessa linha, considerando a impossibilidade de haver um único ordenamento jurídico em todo o mundo, a cooperação entre os países passa a ser uma solução viável, e, em face disso, a ONU criou a UNCITRAL, que regula as questões envolvendo seus países signatários, conforme tratado no tópico próprio desta pesquisa (Item 3.1).

Porém, deve-se observar a impossibilidade de eleição de jurisdição para casos envolvendo imóveis, sucessões, contratos administrativos, etc. Nestes, o critério de aplicação da jurisdição é absoluto, e não pode um ordenamento se sobrepor ao outro, sob pena de violação da soberania do próprio país. O critério absoluto é questão de ordem pública e, portanto, indisponível aos contratantes.

Em relação à competência interna para o julgamento dos contratos celebrados através da Internet, essa segue a regra do Código de Processo Civil (CPC). Assim, a regra é a do domicílio do demandado, nas ações fundadas em direito pessoal e nas fundadas em direitos reais sobre bens móveis. Também é competente o lugar da sede da empresa, quando esta for ré.

Entretanto, o primeiro problema do ambiente virtual é, justamente, a localização do domicílio e da sede, pois há empresas que atuam no *e-commerce*, mas mantêm uma sede física e um patrimônio – o que garante eventuais débitos da sociedade – e outras que são exclusivamente virtuais, o que altera a noção de domicílio, já que se encontram no

ciberespaço. Nesses casos, o domicílio da empresa será a do empresário que pratica a atividade.

Por fim, quanto às normas aplicáveis à responsabilidade dos ofertantes de bens e serviços deve se atentar ao fato de que a responsabilidade por bens e serviços comercializados por meios eletrônicos se submete às mesmas normas legais aplicáveis à comercialização por outros métodos.

Quando os bens e serviços são ofertados ao público consumidor¹⁰¹, estarão as respectivas transações eletrônicas sujeitas às normas do Código Brasileiro de Proteção e Defesa Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

A aplicação deste se dará quando se tratar de relação de consumo, caracterizada simplesmente pela presença da figura do consumidor e do fornecedor¹⁰² de bens ou serviços em cada um dos polos da transação.

¹⁰¹ Pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹⁰² Pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

4 CONCLUSÃO

De um modo geral, a conclusão que chegamos ao término desta monografia é que o ordenamento jurídico brasileiro contempla normas que embasam e proporcionam a aceitação dos contratos eletrônicos como uma forma válida de celebrar negócios jurídicos.

É bem verdade que, em alguns casos, o profissional operador do direito terá que se utilizar de instrumentos de interpretação e de integração da lei para justificar este posicionamento, mas, assim procedendo, certamente logrará êxito em comprovar que não há óbice legal algum que impeça a validade jurídica dos contratos emanados por meio da rede mundial de computadores.

Assim, devem ser aplicadas ao comércio eletrônico no Brasil, seja no caso concreto ou através da analogia, os preceitos das legislações atualmente em vigor no território nacional, pertinentes aos negócios e práticas tradicionais do comércio. Da mesma forma, devem ser aplicados os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil no que for relevante, face ao caráter internacional do comércio eletrônico.

De toda sorte, a contratação eletrônica teve sua validade reconhecida pela doutrina e pelos Tribunais, que integraram a matéria aos princípios norteadores da teoria geral dos contratos, o que, no entanto, não afasta a necessidade da legislação específica.

E isso porque não basta o reconhecimento da validade dos contratos eletrônicos para amparar o maior anseio das partes envolvidas na contratação eletrônica, que se pode facilmente traduzir pela segurança nos negócios realizados via internet. Faz-se necessária a criação de regras específicas sobre a autenticidade das partes, confidencialidade e integralidade dos dados envolvidos nessa nova forma de contratar.

Ainda, resta evidenciado que, apesar da inércia da aprovação de leis e regramentos próprios no intuito de proteção das negociações que envolvem o ambiente eletrônico, a urgência de parâmetros acabou por fazer com que os operadores do Direito positivassem a matéria, utilizando-se da analogia e dos princípios gerais do Direito, em cumprimento a sua função social.

Inegavelmente, e em que pese o esforço de parte do empresariado, não há como se contestar que o setor poderia estar muito mais desenvolvido, caso existissem efetivas garantias nesse tipo de contratação, tal qual se observa na legislação de outros países.

Hoje, embora um número considerável da população se utilize dos meios eletrônicos para os mais diversos tipos de contratação, não se pode ignorar a existência de percentual bastante significativo que não se vale do segmento por absoluta falta de confiança no sistema.

A possibilidade de celebração de contratos através da internet é, indubitavelmente, uma das principais consequências do avanço tecnológico vivenciado na atualidade. A ausência de normatização específica acerca da temática se torna instigante aos operadores do direito e pesquisadores da área. A relevância do aprimoramento da investigação científica sobre as peculiaridades dos contratos eletrônicos é cristalina, na medida em que o universo representado pela pactuação de negócios jurídicos através da rede mundial de computadores se encontra em constante evolução e cabe à seara jurídica se amoldar a essa realidade.

Entendemos que a melhor solução está na unificação dos Projetos de Lei e a atualização integral de seu texto com base nas normas técnicas de segurança atualmente disponíveis, a fim de que possa gerar a esperada tranquilidade no setor de contratação eletrônica, possibilitando um mercado mais competitivo e com a agilidade necessária para as operações do mundo moderno.

Por fim, não se pode deixar de creditar que a evolução do setor se deve as empresas comprometidas com o desenvolvimento de segurança de forma a proteger seus clientes, incorporando, ainda, os preceitos que regem a teoria dos contratos, notadamente as disposições do Código de Defesa do Consumidor às suas homepages, antes mesmo da edição das Leis que deveriam reger a atividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato Eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri: Manole, 2004.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. 8ª ed. v. IV. São Paulo: F. Alves, 1955.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3. v. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. *Os contratos eletrônicos e o novo código Civil*. 2002. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/508/689>>. Acesso em: 18 set. 2011.

DIAS, Jean Carlos. *O Direito contratual no ambiente virtual*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. São Paulo: Forense, 2008.

LEAL Sheila do Rocio Cercal Santos. *Validade Jurídica dos Contratos Via Internet*. São Paulo: Atlas, 2007

LIMA, Rogério Montai de. *Peculiaridades dos contratos eletrônicos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27438-27448-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 set. 2011.

LOVATO, Luiz Gustavo. *Jurisdição e competência cível para solucionar litígios envolvendo contratos celebrados através da internet*. 2007. 23 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & internet - aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: EDIPRO, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. Porto Alegre: Rev. dos Tribunais, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratos eletrônicos*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Rev. dos Tribunais, n. 9, jan./jun. 2002.

MARTINS, Flávio Alves. *Considerações acerca da proteção ao consumidor nos contratos eletrônicos*. Revista Jurídica Logos. São Paulo. n. 2. jan./dez.2006.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet*. in Revista de Direito do Consumidor. V. 64. São Paulo: RT, 2007.

MATTE, Maurício. *Internet – Comércio Eletrônico: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de e-commerce*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. *A boa-fé nas obrigações civis*. Revista de Direito da PUCRS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

PEREIRA, Manoel J. dos Santos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor, nº 36, out.-dez. 2000.

RODRIGUES, Carlos Alexandre. Da desnecessidade de assinatura para a validade do contrato efetivado via internet. Revista dos Tribunais, São Paulo: Ed. RT, v. 784, p. 83-95, fev. 2001.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 3. v. São Paulo: Saraiva, 1979.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro* in Revista de Direito do Consumidor nº 55. 2005.

_____. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VANCIM, Adriano Roberto. *O contrato eletrônico no limiar do Século XXI*. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0112009.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2011.

VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e Contratos Eletrônicos – Aspectos Jurídicos*. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. v.1. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.