

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC

COGEAE – COORDENADORIA DE ESPECIALIZAÇÃO,

APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

CONTRATOS ELETRÔNICOS E SEU TRATAMENTO EM FACE DO

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RAFAEL FONSECA ALVES DE ARAUJO

Orientadora: Profa. Dra. Greice Patrícia Fuller

São Paulo

2013

RAFAEL FONSECA ALVES DE ARAUJO

**CONTRATOS ELETRÔNICOS E SEU TRATAMENTO EM FACE DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de especialista em Direito Contratual.

São Paulo

2013

RESUMO

Com a evolução tecnológica passou a fazer parte dos contratos já existentes, a espécie eletrônica, que envolve dois ou mais sujeitos valendo-se do meio eletrônico para exprimir e pactuar suas vontades e, por fim, ultimar um contrato. No trabalho em tela o escopo central visa especificar as características que monopolizam esse instituto, definir a internet como meio de comunicação e considerar o quão aplicável a legislação aqui vigente às contratações eletrônicas em especial através da internet, já que não existe especificamente legislação que verse sobre tal espécie de contrato no Brasil. Diante de falta de alicerce específico legal para regerem tais contratos, utiliza-se além daqueles aplicáveis aos contratos em geral, os princípios da equivalência operacional dos contratos eletrônicos com os habituais, perenidade e neutralidade das normas reguladoras do ambiente digital, aplicação e conservação dos preceitos jurídicos existentes aos contratos eletrônicos e boa-fé objetiva. Os contratos eletrônica se classificam em intersistêmicos, interpessoais e interativos. Especialmente, no que tange aos contratos eletrônicos de consumo, são regidos pelas regras do Código de Defesa do Consumidor. E, finalizando, tangente à legislação regulamentadora à espécie, em se tratando de contrato celebrado, cujas partes habitam em territórios diferentes, existe uma relativização do princípio da territorialidade, facultando a aplicação da lei estrangeira no território brasileiro, se fazendo mister não ferir os princípios e direitos fundamentais nacionais. O trabalho monográfico em comento apresenta, outrossim, considerações relacionadas aos contratos em geral e um sucinto histórico concernente à internet.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Contratos. Internet.

ABSTRACT

With the technological evolution has become part of existing contracts, the electronic kind, involving two or more individuals taking advantage of the electronic medium to express their wishes and agreeing and finally, finalize a contract. On screen work scope is to specify the core characteristics that monopolize this institute, set the internet as a means of communication and consider how relevant legislation in force here for electronic contracting in particular through the internet, since there is no specific legislation that addresses such kind of contract in Brazil. Given the lack of specific statutory basis for such contracts govern themselves, uses beyond those applicable to contracts in general, the principles of operational equivalence of electronic contracts with the usual continuity and neutrality of the rules of the digital environment, implementation and maintenance of the precepts existing legal contracts electronics and objective good faith. The contracts are classified in electronic intersystemic, interpersonal and interactive. Especially, when it comes to consumer electronics contracts are governed by the rules of the Code of Consumer Protection. And finishing tangent to regulatory legislation for the species, in the case of contract whose parties live in different territories, there is a relativization of the principle of territoriality, providing the application of foreign law in Brazil, do not hurt yourself doing mister principles and fundamental national rights. The monograph under discussion has, moreover, considerations related to contracts in general, and a brief history concerning the internet.

KEYWORDS: Civil Law. Contracts. Internet.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS	09
1.1 Considerações iniciais.....	09
1.2 Definição.....	09
1.3 Evolução histórica.....	10
1.4 Princípios fundamentais dos contratos em geral.....	14
1.4.1 Autonomia da vontade.....	14
1.4.2 Função Social.....	15
1.4.3 Consensualismo.....	16
1.4.4 Obrigatoriedade das convenções.....	16
1.4.5 Relatividade dos efeitos do contrato dos contratos <i>lato sensu</i>	17
1.4.6 Boa-fé.....	18
1.5 Pressupostos e requisitos dos contratos <i>lato sensu</i>	18
1.5.1 Pressupostos.....	19
1.5.2 Requisitos.....	20
1.6 Classificação.....	22
1.6.1 Contratos atípicos e contratos coligados.....	26
1.6.2 Contratos de adesão.....	27
1.7 Formação dos contratos.....	28
1.7.1 Negociações Preliminares.....	29
1.7.2 Proposta.....	31
1.7.3 Aceitação.....	32
1.7.4 Retratação.....	33
1.7.5 Momento da conclusão dos contratos entre ausentes.....	33
2 INTERNET	35
2.1 Evolução histórica.....	35
2.2 Definição e natureza jurídica.....	38
2.3 Funcionamento e sistemas de comunicação.....	40
2.4 Aspectos constitucionais, liberdade de acesso e proteção do usuário.....	43

2.5 Delitos e responsabilidade na rede	44
2.6 Principais características jurídicas da internet	46
2.6.1 Relativização das noções de espaço e tempo	46
2.6.2 Liberdade de uso e vazios de regulamentação	47
2.6.3 Tendência à dispensabilidade dos documentos físicos	48
3 CONTRATOS ELETRÔNICOS	50
3.1 Definição	50
3.2 Princípios específicos da contratação eletrônica	51
3.2.1 Princípio da equivalência funcional dos contratos realizados em meio eletrônico com contratos realizados por meios tradicionais	51
3.2.2 Princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital	52
3.2.3 Princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos	53
3.2.4 Princípio da boa-fé objetiva e os contratos eletrônicos	54
3.3 Classificação	55
3.3.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos	55
3.3.2 Contratos eletrônicos interpessoais	56
3.3.3 Contratos eletrônicos interativos	57
3.4 Validade dos contratos eletrônicos	58
3.4.1 Elementos subjetivos	59
3.4.2 Elementos objetivos	61
3.4.3 Elementos formais	62
3.4.4 Requisitos de validade dos documentos eletrônicos	64
3.4.5 Valor probante	65
3.5 O Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de consumo	66
3.6 Formação e conclusão dos contratos eletrônicos	71
3.6.1 Local de formação	73
3.7 Legislação aplicável aos contratos eletrônicos	74
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

É comum afirmar que os contratos sempre foram componentes do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, com o advento da internet, e com ela a possibilidade de troca de informações entre as pessoas, passou a existir o instituto dos contratos eletrônicos, nomenclatura que lhe foi concebida pela doutrina contemporânea, apresentando em seu bojo a problemática de sua normatização ante a conflitos que porventura possam surgir.

O tema desta monografia cuida especialmente da conjuntura dos contratos eletrônicos no direito pátrio, em razão da falta de legislação exclusiva pertinente ao assunto e a obrigação de regulamentar tais contratos, hoje fato notório no modo de viver dos cidadãos brasileiros que se valem dos meios eletrônicos para dirimirem seus interesses, não só ao que tange aos contratos, estendendo-se as mais cotidianas situações.

Com a existência da contratação eletrônica, questionamentos são patentes, tais quais: seria a internet um meio ou um local? As condições dos contratos eletrônicos equiparam-se as dos contratos em geral? Em havendo ocasionalmente quaisquer tipos de conflitos abrangendo os contratos eletrônicos, qual a legislação a ser aplicável, já que inexiste legislação específica?

Justifica-se o assunto em debate já é imprescindível solução dos conflitos oriundos dos contratos celebrados eletronicamente, notadamente no nosso país, e, ainda, esclarecer questões relevantes que conduzem esse assunto, com o fito de proporcionar o seu desenvolvimento com cada vez mais garantias e segurança no comércio no ambiente virtual.

Sob o prisma internacional, os Estados Unidos foram os pioneiros na elaboração de leis para disciplinar o tema em questão, publicando a Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on Internet Trade Law) que trata do comércio eletrônico, servindo de parâmetro para vários países, inclusive o Brasil, hoje com inúmeros projetos de lei em andamento, exemplificando-se o Projeto 1.589/99 da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo.

O motivo que encadeia a eleição deste tema é a contemporaneidade e imediação do assunto na seara jurídica e a carência de conhecimento tangente à contratação eletrônica de modo sistematizado e didático.

Nesse contexto, o ensaio monográfico está dividido em três capítulos compostos de forma dissertativa. O primeiro capítulo trata do instituto dos contratos em geral, adentra em seu aspecto histórico, classificação, requisitos e pressupostos e, ainda, na estrutura principiológica que os cingem.

O segundo capítulo trata do advento da internet, meio virtual que a cada dia vem crescendo de maneira galopante, mudando os hábitos dos indivíduos, em virtude das facilidades que tal progresso virtual lhes oferecem, inclusive no que concerne às formas de efetivar contratos.

O terceiro e último capítulo, cuida designadamente dos contratos eletrônicos, com todas as suas particularidades, mormente quanto à possibilidade de aplicar a legislação pertinente aos contratos em geral e sua equiparação aos celebrados eletronicamente. Finalmente, concluir-se-á o presente estudo com fulcro do Código de Defesa do Consumidor, apreciando os contratos eletrônicos de consumo.

1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

1.1 Considerações iniciais

Antes de se adentrar na origem do contrato é imperiosa a compreensão de negócio jurídico, isto é, o ato jurídico lícito decorrente de uma ou mais vontades, criando, modificando, transferindo ou extinguindo direitos.

Existem duas espécies de negócios jurídicos: unilaterais, quando é necessária somente a manifestação da pretensão de uma das partes, ou ambas as partes, quando é preciso mais de uma vontade para que se concretize o negócio. É nessa última espécie que se encontram os contratos.

Logo, pode-se afirmar que o contrato é uma condição do qual o negócio jurídico é gênero, diferenciando-se especificamente deste pela cobrança do encontro das vontades de duas ou mais pessoas.

1.2 Definição

Entende-se por contrato o negócio jurídico bilateral particular onde predomina a vontade das partes, devendo estar em consonância com o ordenamento jurídico, para, modificar, criar ou extinguir direitos.

Silvio Rodrigues (2004, p. 9) define contrato como “*o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos*”.

Assim, o contrato tem por escopo causar efeitos jurídicos e, possui ainda, a função de “ato regulamentador de interesses privados”, apresentada por Maria Helena Diniz (2005, p 24). Então, a criação do contrato surge a partir da conjunção dos interesses particulares que através dele se auto-regulam.

Fundamentalmente, o contrato gera lei entre as partes, e o seu descumprimento não gera sanção, pois o mesmo não constitui uma norma

autônoma, mas refere-se à pressuposição para aplicação de sanção pela norma jurídica geral.

Maria Helena Diniz (2005, p. 24) define o contrato como:

[...] o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Da definição acima verifica-se a presença de dois elementos efetivos para se fazer valer a existência dos contratos: o estrutural e o funcional (DINIZ, 2005, p. 24-27).

O elemento estrutural trata da necessidade de existir mais de dois sujeitos com vontades contrárias, que chegam a um consenso, não podendo nenhum dos contratantes particularmente modificar o que foi ajustado quando da elaboração do contrato (DINIZ, 2005, p. 24-26).

Somente em um caso pode haver o autocontrato, ou seja, contrato consigo mesmo, quando a mesma pessoa figura em um dos pólos da relação em seu próprio nome e no outro pólo representando a vontade de outrem. Nesta hipótese, não se trata de uma única vontade, mas de vontades distintas, mesmo que expressadas pela mesma pessoa (DINIZ, 2005, p. 25).

Refere-se o elemento funcional à função econômica do contrato, ou seja, através deste as partes, inicialmente, com interesses diversos, harmonizam-se para alcançar um fim econômico que resultará em reflexos patrimoniais.

1.3 Evolução histórica

A doutrina contratual contemporânea surgiu a partir da influência de várias escolas clássicas, em especial a escola dos canonistas e a escola do Direito Natural (GOMES, 1998, p. 5).

Os princípios da autonomia e do consensualismo foram trazidos pelos canonistas após contemplarem o acordo e a fé jurada. Segundo essa escola o querer é essência da obrigação.

Em relação à corrente de pensamento dos canonistas, Orlando Gomes (1998, p. 5) leciona que:

A estimação do consenso leva à idéia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração. O respeito à palavra dada e o dever de veracidade justificam de outra parte, a necessidade de cumprir as obrigações pactuadas, fosse qual fosse a forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, mesmo os nascidos do simples consentimento dos contraentes.

Igualmente outra escola que teve grande influência no direito contratual moderno foi o Direito Natural, cuja ideologia plainava nas idéias de racionalismo e individualismo, e com isso, defendeu que o fundamento do obrigacional do contrato estava na livre vontade, bastando o consentimento para que surgisse a obrigação.

Orlando Gomes transcreve em sua obra que um dos grandes pensadores da escola do Direito Natural, Pufendorf, o qual defende que: *“o contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é de Direito Natural”* (GOMES, 1998, p. 5-6).

Conclui-se, pois, que o acordo de vontades cria um vínculo jurídico entre as partes, as quais devem aceitar o princípio defendido por Pothier de que o contrato tem força de lei entre as partes, o qual foi expresso como norma no Código Napoleônico (GOMES, 1998, p. 5-6).

O avanço econômico trouxe em seu bojo a obrigação de regulamentação das relações de troca entre os indivíduos, surgindo, então, a definição de negócio jurídico. Assim, diante do que já foi apresentando, é gênero do que o contrato é uma espécie.

Assim sendo, passar a existir o contrato como instrumento a ser utilizado por todas as pessoas, independentemente de classe social e regulando todos os tipos de obrigações. Nesse diapasão, Orlando Gomes afiança com domínio a ideia adiante, vejamos:

Não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos, se pertenciam ou não a certa classe, se eram ricos ou pobres, nem se consideravam os valores de uso mas somente o parâmetro da troca, a equivalência das mercadorias, não se distinguia se o objeto do contrato era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário: tratava-se do mesmo modo a venda de um jornal, de um apartamento, de ações ou de uma empresa (GOMES, 1998, p.06).

Não obstante ser esta o alicerce para o nascimento do contrato, recentemente, o instituto tem se distorcido de sua origem, deixando de ser tão generalista como no seu surgimento outrora no período clássico.

Contemporaneamente, a descoberta de que a isonomia pregada pela escola clássica não tinha aplicação prática, o que motivou a mudança da noção de contrato. Em virtude do evidente desequilíbrio formado entre as partes, principalmente em contratos trabalhistas, o Estado se viu no compromisso de intervir nas relações contratuais, modificando a sua estrutura (GOMES, 1998, p. 7).

Assim, partindo dessa intervenção estatal, a autonomia particular aclarada pela liberdade de contratar, viu se padecer em diversas limitações, em grande parte, na liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

Orlando Gomes (1998, p. 7) preleciona que:

Determinado a dirigir a economia, o Estado ditou normas impondo o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de certas cláusulas, e exigindo, para se formar, sua autorização, atribuindo a obrigação de contratar a uma das partes potenciais e mandando inserir na relação inteiramente disposições legais ou regulamentares.

Diante de tais conjunturas apareceu, um exemplo novo de contratação que tem por embasamento a despersonalização das relações jurídicas, por meio da criação de contratos em massa.

As novas técnicas de contratação trazem o tratamento desigual como forma adotada, especialmente no Direito do Trabalho, a crescente intervenção estatal, restringindo e limitando a vontade dos contratantes e a criação de diversas leis de proteção ao hipossuficiente, ou seja, aquela parte desprovida economicamente ou socialmente (GOMES, 1998, p. 8).

Logo, é nessa ocasião que aparece a dissociação entre o ajuste de vontades e negócio jurídico particular estabelecido pelas partes e mudança do ponto central do legislador para criar contratos mais rígidos.

Conclui Orlando Gomes (1998, p. 8), perpetrando um comparativo entre o período contratual clássico e o contemporâneo:

Em relação ao contrato nos moldes clássicos, empresta maior significação às normas sobre o acordo de vontades, detendo-se na disciplina cuidadosa da declaração de vontade e dos vícios que podem anulá-la, e limitando a proteção legal aos que não têm condições de emití-la, livre e conscienciosamente (menores e enfermos). Em relação aos contratos nos moldes contemporâneos, que se realizam em série, a preocupação é a defesa dos aderentes (contratos de adesão), mediante normas legais que proíbam cláusulas iníquas, até porque as regras sobre a declaração da vontade e os vícios do consentimento quase não se lhe aplicam.

Após esse momento, a nova estrutura contratual trilha para o sentido de dissociar-se cada vez mais da autonomia privada trazendo intrinsecamente circunstância que espelham o antagonismo das partes, tais como empregadores e empregados, consumidores e fornecedores etc. Sobre esta nova concepção de contrato, Orlando Gomes menciona Barcellona, o qual afirma:

[...] em virtude da política interventiva do Estado hodierno, o contrato, quanto instrumento de relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes. (GOMES, 1998, p.15)

É o funcionamento do contrato como instrumento de conciliar os interesses das partes envolvidas no pacto, pertencentes a classes distintas. Tal condição somente é admissível, com a intervenção estatal, atribuindo equilíbrio à relação jurídica estabelecida entre os contratantes.

1.4 Princípios fundamentais dos contratos em geral

Os princípios do direito contratual compõem-se em número de seis, quais sejam: função social, autonomia da vontade, obrigatoriedade das convenções, consensualismo relatividade dos efeitos do negócio jurídico e boa-fé.

1.4.1 Autonomia da vontade

Tal princípio pressupõe a supremacia da vontade dos contratantes, isto é, a liberdade de contratar. Tanto o conteúdo quanto a forma são livres para a escolha das partes, as quais igualmente podem eleger com quem querem contratar.

Destarte, toda pessoa capaz poderá ser sujeito de direitos e adquirir obrigações, exercendo assim os poderes de auto-regência dos interesses que envolvem o contrato.

São três os aspectos em que se apresenta a liberdade de contratar: liberdade de contratar propriamente dita, liberdade de escolher o outro contraente e liberdade de determinar o conteúdo do contrato (GOMES, 1998, p. 23).

A primeira se traduz pela livre escolha dos efeitos contratuais pelas partes, sem passarem por limitações legais, em regra. Então, as normas que regem o direito contratual, são normas de caráter supletivo, pois se aplicam quando tiverem silêncio das partes ou para substituir a vontade do particular, caso não haja (GOMES, 1998, p. 23).

Nas lições de Orlando Gomes (1998, p. 23):

Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes. Permite-se que regulem seus interesses por forma diversa e até oposta à prevista na lei. Não estão adstritas, em suma, a aceitar as disposições peculiares a cada contrato, nem a obedecer às linhas de sua estrutura legal. São livres, em conclusão, de determinar o conteúdo do contrato, nos limites legais imperativos.

Trata o segundo aspecto da liberdade de escolher o outro contratante. Logo, cada um contrata com quem bem lhe aprouver. Contudo, em alguns casos não é viável exercer esta opção, nas teorias de prestação de serviço público monopolizados, os quais só podem ser contratados com as concessionárias prestadoras daquele serviço público.

Por derradeiro, há a liberdade de cravar o teor do contrato, as partes podem livremente escolher a forma que desejam contratar, determinando as cláusulas, podendo, também até criar contratos atípicos, que são formas de contratos ainda não esculpidos na lei, evitando contrariedade a esta. Ressalta-se que há exceções, tal qual o contrato de adesão, que adiante será estudado.

É importante frisar que a liberdade contratual, entretanto, não é absoluta, encontrando na ordem pública limite, ao proteger o interesse coletivo. Por ordem pública, entende-se na concepção de Silvio Rodrigues (2004, p. 16): *“aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar”*.

Esse fato é chamado de dirigismo contratual, que se justifica para afirmar a coincidência econômica dos contratantes, retratando o intervencionismo estatal nas relações particulares para fazer assegurar a supremacia do interesse público.

1.4.2 Função social

Conforme esculpido no artigo 421 do Código Civil, o contrato tem a obrigação de ter por escopo a função social, ou seja, dar a serventia, que as partes devem dar ao pacto contratual, conservando os interesses da coletividade. Destarte, devem sujeitar a sua liberdade e vontade de contratar aos bons costumes e às normas de interesse público.

Prescreve o Enunciado nº 23 da I Jornada De Direito Civil:

[...] a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana.

Isto é, o princípio da autonomia da vontade não perde a sua aplicabilidade em virtude da existência da condição da função social. Tal princípio somente não será observado de maneira absoluta.

Frise-se que a função social do contrato é um derivado do princípio da função social da propriedade, previsto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que regem a ordem econômica.

1.4.3 Consensualismo

O princípio em tela versa sobre a impossibilidade de qualquer requisição, apenas a manifestação da vontade dos contratantes é que se faz prevalecer para que o contrato seja verdadeiro. Ainda que a lei exija forma específica para alguns contratos, a regra é que as partes são livres para compactuarem da forma que melhor lhes aprouver.

1.4.4 Obrigatoriedade das convenções

O contrato é considerado intangível, e, por conseguinte, se já consolidado, os contratantes tem o dever de respeitá-lo e cumpri-lo em todos os seus termos as cláusulas nele consignadas, e se assim não acontecer a parte prejudicada poderá valer-se, conforme faculta a lei, do pedido de proteção ao Estado, uma vez que o contrato gera lei entre as partes. Essa “lei” enseja a provocação do Judiciário, salvo apenas em hipótese de caso fortuito ou força maior.

Vale lembrar que o princípio do *pacta sunt servanda* não tem caráter absoluto, eis que sujeito à teoria da imprevisão, isto é, fica a mercê da possibilidade de o magistrado reapreciar os termos do contrato, se porventura houver enriquecimento ilícito superveniente de uma das partes ou até mesmo resolver o contrato.

O requerimento da revisão contratual somente se torna inadmissível àquele que se encontrar em mora, como preceitua Maria Helena Diniz (2005, p. 40):

[...] não poderá requerer a revisão contratual aquele que, no momento da alteração da circunstância, estiver em mora, conseqüentemente, nem os efeitos da revisão contratual se estenderão às prestações satisfeitas, mas somente alcançarão as devidas, resguardando-se porém os direitos adquiridos por terceiros.

Assim, conclui-se que o contrato é excepcionalmente mutável, cabendo somente sua alteração judicialmente com o escopo de restituir o equilíbrio entre os contratantes.

1.4.5 Relatividade dos efeitos do contrato

Certo é que o contrato só aproveita e prejudica a quem dele faz parte integrante, não abrangendo terceiros, e, afora a isso, entendido por qualquer pessoa estranha à relação jurídica. Tal princípio versa sobre a eficácia dos contratos, isto é, a extensão dos seus efeitos.

Vale frisar a diferença entre efeitos internos do contrato e efeitos a existência deste, porquanto o contrato existe ante a toda e qualquer pessoa, independentemente de fazer ou não parte dele. Por outro lado, os seus efeitos, apenas alcançam as partes que dele de integram.

Nas lições de Silvio Rodrigues (2004, p. 17): *“tal princípio representa um elemento de segurança, a garantir que ninguém ficará preso a uma convenção, a menos que a lei determine, ou a própria pessoa o delibere”*, diante de tal assertiva, o terceiro não poderá ficar vinculado de maneira obrigacional a uma relação jurídica que não almejou.

Deste modo, verifica-se relatividade das implicações do contrato, eis que possui uma eficácia relativa, ou seja, inter partes. Esse princípio não é absoluto, acolhendo exceções, como por exemplo, o contrato coletivo de trabalho.

1.4.6 Boa-fé

A interpretação do contrato não deve ser realizada de modo literal, pois prevalecerá a intenção das partes, ainda que esteja expressa ou que tenha sido transcrita de maneira contrária no pacto. A partir dessa aceção que se fala de condições subentendidas.

Cumprido salientar que mister se faz uma cooperação mútua entre as partes, as quais precisam preservar os conceitos de respeito, lealdade e confiança entre si, para fazer valer a segurança dos negócios jurídicos.

Nessa esteira, Maria Helena Diniz (2005, p. 41-42) explana:

As partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, denodo e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas, etc.

De fato, o assunto agora narra a boa-fé objetiva, que é aquela que se analisa em separado da culpa de qualquer das partes, que poderá acarretar a inadimplência do pacto contratual.

Esculpido no art. 422 do Código Civil está o princípio da boa-fé, assim disposto: *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como e sua execução, os princípios de probidade e boa fé”*.

1.5 Pressupostos e requisitos

Para a existência válida do contrato, este deve conter determinados elementos, externos e internos, quais sejam respectivamente, os requisitos e os pressupostos.

1.5.1 Pressupostos

Nas lições de Ferrara, citado por Orlando Gomes (1998, p.45): *“pressupostos são as condições sob as quais se desenvolve e pode se desenvolver o contrato”*.

a) Capacidade das partes

O contrato pressupõe a existência de agente capaz, isto é, a pessoa que tem aptidão para cumprir um negócio jurídico. Capacidade essa que se subdivide em genérica e específica.

A capacidade genérica é aquela conferida de modo geral a todos para realizar os atos da vida civil. Deste modo, a concretização de um contrato por um relativamente ou absolutamente incapaz, torna o negócio jurídico nulo ou anulável (arts. 166, I e 171, I, CC).

Por outro lado, a capacidade específica é uma aptidão diferenciada para realizar aquele ato jurídico. Se mostra indispensável, pois, por vários momentos, a legislação fixa restrições à liberdade de contratar, tais como quando impede que os descendentes e ascendentes realizem entre si contrato de compra e venda (art. 496, CC).

b) Idoneidade do objeto

O contrato deve ter um objeto lícito, segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2005, p. 28), é aquele: *“que não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes”*.

Entende-se por objeto possível aquele que pode existir jurídica e materialmente, não se confundido com indisponibilidade atual do objeto, eis que esta trata de contrato sobre coisa futura, de modo que o contrato só será válido se o objeto vier a existir. Para exemplificar faz-se a contratação da colheita de soja, cuja a plantação ainda ocorrerá.

A impossibilidade do objeto pode ser absoluta ou relativa e, apenas a primeira torna a obrigação inexigível, pois a relativa se reporta às circunstâncias pessoais do devedor. Em relação à determinação, o objeto necessita ter ao menos a

probabilidade de ser determinado, eis que a indeterminação é causa para tornar inválido o contrato.

c) Legitimação

A definição de legitimação veio embasada do direito processual, que assevera que parte legítima é toda aquela que possui idoneidade para movimentar a relação processual, tendo em vista o seu interesse naquela demanda.

Adentrando-se no campo do direito material este reza que uma pessoa pode ter a prática de certos atos extraída da sua esfera de direitos em decorrência da falta de relação que possui com o objeto do contrato.

Em seus ensinamentos, Orlando Gomes distingue capacidade de legitimidade:

No problema da capacidade, o que se discute são as qualidades intrínsecas da pessoa, que a habilitam ou não, ao exercício dos atos da vida civil, enquanto no problema da legitimação o que conta é a posição da pessoa em relação a determinados bens que podem ser objeto de negócios jurídicos em geral, ou em relação às especiais categorias de negócios (GOMES, 1998, p. 47).

Dividi-se em legitimação indireta e direta, esta trata-se de competência pessoal para dispor sobre os seus direitos e para contrair obrigações. Afirma-se que só haverá limites nesse tipo de legitimidade se a pessoa estiver impedida de adquirir algum tipo de direito.

Já, a legitimação indireta é aquela conferida a um terceiro para atuar em nome de outrem. Este terceiro dispõe de poderes necessários e específicos, para, por meio de autorização ou representação, agir em razão de disposição legal ou delegação de um interessado.

1.5.2 Requisitos

Segundo preceitua Orlando Gomes, requisitos são: “*condições para o contrato cumprir sua função econômico-social típica*” (GOMES, 1998, p. 45).

a) Consentimento

O consentimento se exprime pela manifestação da vontade e é imprescindível que esteja ausente de vícios, como coação, erro e dolo. Existe, outrossim, quem o defina como não apenas a manifestação da vontade, mas o acordo de vontades de cada uma das partes envolvidas no contrato.

Certo é que no contrato tais vontades são sempre interesses antagônicos, se fazendo necessária a comunicação para que se forme o consentimento, que pode ocorrer de maneiras distintas, tais como verbal, escrita, direta e através do silêncio.

As declarações escritas são feitas por meio de um documento, manuscrito, digitado ou expresso, e que para se fazer válido necessário se faz seja aposta assinatura daquele que a declara, permitindo-se a sua substituição por impressão digital.

Hoje em dia, o silêncio também é aceito como espécie de consentimento de forma circunstanciada. No direito Canônico, prevalecia o preceito de “*quem cala consente*”, já para o direito Romano, se dizia que: “*quem cala nem sempre consente, mas também é certo que não nega*” (GOMES, 2004, p. 52).

Assim, atualmente entendemos que o silêncio poderá ser interpretado como consentimento, dependendo das circunstâncias em que será interpretado, atribuindo-o valoração “*quando quem cala tem o dever de falar*” (GOMES, 2004, p. 52).

Ademais, diferencia-se o consentimento expresso e tácito através da forma da expressão. Destarte, o consentimento poderá ser tácito, salvo se a lei a forma expressa.

b) Objeto

Certo é que todo contrato deve possuir um objeto que não se confunde com a prestação, pois esta seria o objeto da obrigação enquanto aquele:

[...] é o conjunto de atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não em seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois esta é a causa (GOMES, 1998, p. 54).

Deste modo, o objeto do contrato deve ser aceito como um todo, isto é, um conjunto de atos, e não como habitualmente se traduz o que na verdade seria o objeto da prestação, tal qual a entrega de algo ou a prestação de um serviço.

c) Forma

No que concerne ao requisito formal, a regra é a liberdade da forma contratual. Contudo, a lei pode exigir forma específica, conforme reza o art. 107 do Código Civil.

As lições de Orlando Gomes (1998, p. 53) traz um exemplo, afirmando que: *“Nulo é, por exemplo, o contrato de compra e venda de bem imóvel de valor superior a certa quantia, se não celebrado por escritura pública”*.

A despeito de não ser obrigatória, a forma escrita, sempre que possível, será preferida às demais, eis que propicia grande clareza, e, por conseguinte facilita a prova da existência do contrato. Sua autenticidade goza de presunção relativa, também chamada de *juris tantum*.

1.6 Classificação

Várias são as classificações doutrinárias existentes, mas optou-se por adotar àquela trazida na obra de Orlando Gomes, por entendermos tratar de forma mais abrangente as espécies de contrato e, assim, poderá ser feita uma distinção entre elas sob diversos aspectos.

a) Unilaterais e bilaterais

Existe muita divergência em relação à classificação, porém, essencialmente de diferenciam por ser o contrato unilateral, em sua formação, gerador de obrigações para apenas uma das partes, enquanto o bilateral forma obrigações recíprocas.

No contrato bilateral, ambas as partes têm direitos e obrigações e nos ensinamentos de Orlando Gomes (1998, p. 71): *“ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor”*. Por sua vez, no unilateral, os efeitos passivos e ativos são divididos separadamente para cada lado.

b) Onerosos e gratuitos

No contrato oneroso, ambas as partes possuem vantagens e desvantagens, ao passo que no gratuito somente uma das partes afere vantagens e outra só terá desvantagens. Segundo, Orlando Gomes (1998, p. 73), nos contratos gratuitos: “*via de regra, à vantagem corresponde um sacrifício, [...] e o sacrifício nem sempre importa diminuição patrimonial*”.

São exemplos de contratos gratuitos o comodato e o mútuo, onde não há diminuição patrimonial, e a doação, onde existe tal diminuição.

No entanto, há autores que defendem ainda uma terceira categoria denominada de natureza mista, onde se enquadram o depósito e o mandato, que eventualmente, podem ser onerosos ou gratuitos.

Em comparação, todo contrato bilateral é oneroso, mas nem todo contrato unilateral é gratuito, como exemplo, o mútuo *oneratício*.

Os contratos onerosos podem ser comutativos ou aleatórios. Naquele, as prestações são subjetivamente equivalentes e, neste, nem sempre se sabe se a vantagem será proporcional ao sacrifício.

c) Consensuais e reais

O contrato consensual, é aquele que torna perfeito e concluído com a unificação das vontades das partes, tais quais os contratos de mandato e locação. No que tange aos contratos reais, estes precisam afóra a manifestação da vontade, a entrega da coisa para poder se dá por ultimados, como ocorre nos casos de comodato, depósito, dentre outros.

Segundo a elocução de Orlando Gomes (1998, p. 75): “*Em princípio, o consentimento é bastante para formar o contrato, mas alguns tipos contratuais exigem que se complete com a entrega da coisa que será objeto de restituição*”.

Cumprе destacar que a existência desta classificação não vai de encontro ao princípio do consensualismo, o qual estabelece que para a formação do contrato, o consentimento de ambas as partes já é o bastante.

d) Solenes e não solenes

Em atendimento ao princípio da liberdade das formas, em geral os contratos são não solenes, isto é, não carece de forma específica para que se torne válido. Porém, a lei excepcionalmente pode exigir que os contratos deverão obedecer à determinada forma, exemplificando, o contrato de compra e venda de um bem imóvel necessita do registro no cartório do registro de imóveis para que se constitua o direito real sobre tal bem.

Destarte, para os contratos solenes, caso não satisfaçam a forma exigida em lei, serão nulos, desde que “[...] a solenidade se exigir na declaração de vontade” (GOMES, 1998, p. 78).

e) Principais e acessórios

O contrato principal é aquele que possui existência própria e do qual outros dependem, chamados acessórios, cujo papel fundamental é garantir o cumprimento das obrigações do principal.

Cita-se como exemplo de contratos acessórios ou dependentes, o penhor e a anticrese. Destarte, a extinção do contrato principal, fatalmente afeta o contrato acessório, contudo, o contrário não acontece.

f) Instantâneos e de duração

Em suma, os contratos instantâneos se concretizam em um só momento, enquanto que os contratos de duração, são aqueles que pela sua natureza, não são possíveis cumprir a prestação em um só momento.

Orlando Gomes (1998, p. 79) leciona que:

É a natureza da prestação que determina a existência dos contratos de duração. Tais serão, tão-só, aqueles nos quais a execução não pode cumprir-se num só instante. Por esse motivo, somente há contratos de duração por sua própria natureza.

Os contratos de duração podem ser de execução periódica, quando se perfaz por prestações sucessivas, ou de execução continuada, quando só existe uma prestação, porém ela é exercida de forma continuada.

Já, os contratos instantâneos se dividem em contratos de execução imediata, quando a execução ocorre no mesmo momento da conclusão do contrato e, de execução diferida, onde o momento da execução é retardado. Esses últimos são também chamados de contratos à prazo.

g) Típicos e atípicos

Os contratos típicos, também conhecidos como nominados, são aqueles que estão previstos na lei, já os atípicos, denominados também como inominados, não têm existência prevista, contudo, não quer dizer que a existência deles não tenha validade.

h) Pessoais e impessoais

Contratos pessoais ou *intuitu personae* são aqueles cuja pessoa com quem se contrata é essencial para a validade do contrato, isto é, ela é insubstituível, e o contrato é efetuado especificamente para ela.

No que tange aos contratos impessoais, são aqueles em que não importa quem seja a pessoa contratada, eis que dispensáveis suas características pessoais.

Orlando Gomes sustenta uma terceira categoria intermediária, senão vejamos:

Entre as categorias dos contratos pessoais e impessoais, poder-se-ia admitir classe intermediária, na qual se incluiria, dentre outros, o contrato de trabalho. Deste, embora, se considere personalíssima a obrigação fundamental do empregado, decorrendo dessa circunstância as conseqüências próprias do contrato *intuitu personae*, a rigor, não se conclui as mais das vezes, tendo em vista as qualidades pessoais do trabalhador (GOMES, 1998, p. 83).

Deste modo, nota-se que a categoria em que se incluiu como exemplo, os contratos de trabalho, se caracteriza como sendo o meio termo entre os contratos pessoais e impessoais, muito embora se trate de contato personalíssimo, em tese, na prática não ocorre a verificação dos aspectos pessoais do trabalhador para que se firme o contrato de trabalho.

i) Autocontrato

Esta é uma forma peculiar de contrato, pois ambos os pólos da relação jurídica, serão ocupados pela mesma pessoa. A princípio, pode-se pensar que há

uma afronta ao próprio conceito de contrato, quando diz ser este um negócio jurídico bilateral, porém, o autocontrato é aquele em a mesma pessoa ocupa ambos os pólos da relação jurídica, representando, porém, duas vontades distintas (GOMES, 1998, p. 85).

Isso só é possível por meio da representação. Deve-se, porém, proceder com cautela quando do uso dessa forma de contrato. Orlando Gomes assevera com propriedade que:

[...] graves perigos que encerra em vista da contraposição de interesses conciliados pela mesma pessoa colocada em posições antagônicas. Se esses perigos não justificam sua proibição, contudo, só muito prudentemente se deve permiti-lo (GOMES, 1998, p. 85)

Destarte, o uso do autocontrato só será lícito quando o sujeito que o está firmando e ao mesmo tempo representando a parte contrária, não possa dispor sobre o conteúdo deste, isto é, não poderá existir interesses opostos na proposta, somente mera adesão a esta.

1.6.1 Contratos atípicos e contratos coligados

Tratam-se de contratos que, de forma sintética, são criados, com fundamento no princípio do consensualismo e no princípio da liberdade de contratar, para disciplinar os interesses que não foram ainda regulados pela lei.

Deve-se diferenciá-los dos contratos inominados, uma vez que estes são somente aqueles que não possuem nomes próprios. Quanto aos atípicos, estes alteram elementos característicos de um contrato típico, e assim, desfigurando-o.

Os contratos atípicos se subdividem em mistos e atípicos propriamente ditos. Os primeiros se formam pela junção elementos de contratos típicos.

Neste âmbito, vale ressaltar a diferença entre contratos mistos e contratos coligados, já que nestes, a junção não forma um contrato unitário, como ocorre naqueles.

Como trata Orlando Gomes (1998, p. 105):

Em resumo, distinguem-se na estruturação e eficácia as figuras dos contratos coligados e dos contratos mistos. Naqueles há combinação de contratos completos. Nestes, de elementos contratuais, enquanto possível a fusão de um contrato completo com simples elemento de outro. Pluralidade de contratos, num caso; unidade, no outro.

Existem, também, os contratos com cláusulas atípicas, ou seja, são contratos plenamente típicos, com a inserção de uma cláusula que não é própria daquele contrato. Temos como exemplos a venda de controle acionário e, de fundamental importância para o nosso estudo, os contratos da informática.

1.6.2 Contratos de adesão

Constitui figura peculiar no âmbito contratual, tendo em vista o seu principal traço que é a indiscutibilidade da proposta por parte do aceitante, o qual deverá aderir às cláusulas previamente estabelecidas pelo peticitante.

Isto, por si só, gera discussões, já que estaria afrontando o princípio autonomia da vontade, pois, o peticitante estaria limitando a liberdade de discutir as cláusulas contratuais por parte do oblato.

1.7 Formação dos contratos

Em suma, o contrato surge no momento em que há o encontro das vontades livres das partes contratantes. No entanto, não basta apenas a manifestação das vontades, é preciso um consentimento recíproco.

Existem duas fases na formação dos contratos, a proposta e a aceitação, mas antes, os contratantes passam por uma negociação preliminar (DINIZ, 2005, p. 48).

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2005, p. 48) preleciona:

Como na formação do contrato temos que considerar duas declarações de vontade sucessivas, e é sempre uma das partes que toma a iniciativa, manifestando à outra seu desejo de celebrar o contrato, sua declaração recebe o nome de proposta, enquanto a da outra parte chama-se aceitação. Portanto, a oferta e a aceitação são elementos indispensáveis à formação de qualquer contrato, visto que o consentimento de cada um dos contratantes, convergindo para um ponto, se encontra e forma o nexa contratual; assim, manifesta-se, de um lado, pela proposta, o ponto inicial do contrato, e, de outro, pela aceitação, o seu ponto final.

No que tange ao momento da constituição do contrato, é de suma importância saber se este fora concretizado entre presentes ou entre ausentes. No primeiro caso, ocorre quando, proponente e o aceitante emitem o consentimento no mesmo ato, independentemente da distância física entre eles. Isto é, pode acontecer contrato entre presentes por telefone ou por outro meio qualquer de comunicação, conforme previsto no art. 428, I, do Código de Processo Civil.

Existe exceção quando há oferecimento de prazo por parte do proponente para que o aceitante se manifeste e o prazo da resposta coincida com o que lhe fora proposto, tem-se o contrato como formalizado entre presentes.

Já, o contrato entre ausentes leva em consideração a ausência jurídica, e não a mera ausência física, isto é, refere-se aquele realizado através de distintos meios de comunicação, como cartas, telegramas etc.

1.7.1 Negociações Preliminares

Advindo a necessidade ou vontade de se concretizar algum negócio que para o qual o contrato se faz mister, imperiosas se fazem as negociações preliminares ou tratativas, onde os contratantes buscam informações sobre suas possibilidades econômico-financeiras, sem estabelecer vínculo jurídico entre as partes. Ou seja, a mera existência de negociações preliminares não cria direito nem obrigações para os contratantes (DINIZ, 2005, p. 51).

Embasado nos princípios da autonomia, o Código Civil consente que as partes realizem prévios acordos, sem, contudo, possuir força vinculante. Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2005, p. 51):

Dessas negociações não decorre, portanto, a obrigação de contratar. Logo, não se poderá imputar responsabilidade civil àquele que houver interrompido essas negociações, pois, se não há proposta concreta, se nada existe de positivo, o contrato ainda não entrou em seu processo formativo, nem se iniciou.

Confirmado o interesse da transação, as partes tem a faculdade de elaborar uma minuta dos pontos já por elas explanados, podendo, inclusive, tal minuta ser reaproveitada como base para o contrato. Apesar de toda essa tramitação nesse momento, não há vinculação nem responsabilidade entre os contratantes.

Destaca-se que a responsabilidade civil aquiliana é viável quando for gerada uma expectativa de contrato em que uma das partes tenha tido prejuízo em razão desta expectativa. Assim, aquele causou o prejuízo será obrigado a reparar independentemente de culpa, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e nos moldes dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

1.7.2 Proposta

Igualmente denominada de policação, a proposta é a manifestação de vontade preliminar do contrato, dirigida à parte contrária, para a devida apreciação e posterior resposta positiva ou não. No primeiro caso, ou seja, resposta positiva, o contrato tornar-se-á definitivo. Porém, se o recipiente aceitá-la com reservas ou alterando-a, estará surgindo uma nova proposta.

Maria Helena Diniz, citando Orlando Gomes, que este define proposta, policação ou oferta como: [...] *uma declaração receptícia de vontade, dirigida por uma pessoa a outra (com quem pretende celebrar um contrato), por foca da qual a primeira manifesta sua intenção de se considerar vinculada, se a outra parte aceitar* (DINIZ, 2005, p. 58).

O ato inicial do contrato possui cinco características. Primeiramente, a proposta é a expressão unilateral de uma vontade, devendo conter todas as informações necessárias para que aceitante por meio de um simples ato, seja capaz de aderir à tal oferta (DINIZ, 2005, p. 59).

Possui força vinculante para o proponente apenas, tendo vista que nesse momento, ainda não existe contrato, mas os eventuais prejuízos causados ao aceitante pela retirada da oferta podem ser passíveis de perdas e danos (DINIZ, 2005, p. 59).

É notório dizer que a proposta faz parte das declarações de vontade receptícias, que, nas palavras de Orlando Gomes (1998, p. 57): “*são [...] somente eficazes no momento em que chegam ao conhecimento da pessoa a quem se dirigem*”. Destarte, é um negócio jurídico receptício, já que precisa do aceite pela outra parte, para produzir efeitos.

Frisa-se que a policitação é uma oferta de caráter pessoal, e, o fato de ser dirigida ao público não a desnaturaliza. Este tipo de proposta se distingue das demais por possuir um número indeterminado de oblatos ou aceitantes, porém o Código Civil, em seu artigo 429, abaixo transcrito, prevê que ela se equipara a uma policitação comum, desde que estejam presentes todos os seus requisitos.

Art. 429. A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

Quando se trata da oferta ao público, para ter o direito de revogá-la, o policitante deverá fazer a ressalva de possibilidade de revogação, sob pena de responder, caso um terceiro venha manifestar a sua aceitação.

Ademais, a proposta, a despeito de ainda não compor o negócio jurídico, deve conter todos os elementos necessários para a formalização do negócio cujo objetivo é firmar com o aceitante, sem, contudo, induzi-lo a erro, quando da finalização da transação com o respectivo aceite.

E, derradeiramente, nos ensinamentos de Maria Helena Diniz, a proposta deve ser “*séria, completa, precisa ou clara e inequívoca*” (DINIZ, 2005, p. 61),

propiciando ao aceitante ter uma noção real do negócio jurídico que se transacionará, se porventura sua decisão for o acolhimento da proposta.

É de grande importância frisar que a proposta poderá ser obrigatória, isto é, o ofertante fica impedido de revogá-la por certo período de tempo, mesmo em casos de morte, cabendo aos herdeiros responder pelas conseqüências jurídicas, podendo apenas exercer a retratação, que adiante, em tópico que será explicada em tópico exclusivo será explanado.

Maria Helena Diniz (2005, p. 62) ensina que:

A obrigatoriedade da proposta consagrada pelo Código Civil, art. 427, tem por escopo assegurar a estabilidade das relações sociais, pois se fosse permitido ao ofertante retirar, arbitrariamente e injustificadamente, a oferta, ter-se-ia insegurança no direito, poder-se-ia causar prejuízo ao outro contratante, que de boa-fé estava convicto da seriedade da policação.

Se encontram esculpido nos artigos 427, 2ª parte e 428 e seus incisos do Código Civil, as hipóteses em que a proposta não será obrigatória, quais sejam, quando houver uma cláusula expressa no contrato que retire esta possibilidade, quando pela natureza do negócio carecer de obrigatoriedade ou, nas circunstâncias específicas de cada caso, previstas no artigo 428 do Código Civil.

1.7.3 Aceitação

Por fim, após as formalidades cabíveis ao proponente, inicia-se a fase final das manifestações de vontade, com a respectiva aceitação, que ocorre quando o oblato firma a oferta, fazendo valer todos os seus termos, conforme transacionado.

Em caso de morte ou incapacidade do aceitante após a manifestação da vontade pela aceitação da proposta, finalizado está o contrato, porém, se a aceitação não tiver sido feita antes de morrer ou se tornar incapaz, ao contrário do que ocorre na proposta, o contrato não se formará, independentemente do prazo que resta para que os herdeiros se manifestem (2005, p. 64).

A vinculação que decorre da aceitação se dá, tanto por parte do oblato quando do polícitante, isto é, a partir dela, o ato jurídico está perfeito e acabado, formando um negócio jurídico bilateral, que é o contrato.

Maria Helena Diniz traz em sua obra citação de Serpa Lopes, retratando os dizeres de Silvio Rodrigues:

A aceitação vem a ser a manifestação da vontade, expressa ou tácita, da parte do destinatário de uma proposta, feita dentro do prazo, aderindo a esta em todos os seus termos, tornando o contrato definitivamente concluído, desde que chegue, oportunamente, ao conhecimento do ofertante (DINIZ, 2005, p. 65).

A aceitação possui como requisitos a desnecessidade de forma específica, afora nos contratos solenes, que antagonicamente poderá ser tácita, como ensina Washington de Barros Monteiro no exemplo transcrito por Maria Helena Diniz (2005, p. 66):

[...] certo viajante telegrafa a um hotel para reservar acomodações dizendo que chegará em tal dia; se não receber aviso contrário, se o hoteleiro não expedir a tempo a negativa, o contrato estará concluído. Salvo essas hipóteses, o proponente não poderá impor a falta de resposta como aceitação de sua proposta (RF, 74: 64).

Além disso, é necessário que seja feita dentro do prazo concedido pelo polícitante, se houver. Tal prazo pode ser arbitrário, quando o ofertante o impõe, ou moral, quando é dado um tempo para que oblato reflita sobre a proposta.

Depois do decurso do prazo, a oferta se suprime naturalmente, exceto por causas alheias à vontade do aceitante. Ocorrendo tal exceção, caso o proponente não tenha interesse em continuar com a oferta, deverá de imediato avisar ao oblato, sob pena de responder por perdas e danos, de acordo com o disposto artigo 430 do Código Civil.

Cumprido destacar que para ser válida, a aceitação deverá ser feita em todos os termos da proposta, havendo uma coincidência total entre as vontades do oblato e do polícitante. Ademais, Maria Helena Diniz afirma que: “*Se porventura a oferta for*

alternativa, o oblato deverá indicar, na resposta, a sua opção, pois do contrário o ofertante poderá entender que consentiu em qualquer delas” (DINIZ, 2005, p. 67).

E, finalmente, o derradeiro requisito é que seja a aceitação feita de forma conclusiva, pois a imposição de condições caracteriza nova oferta.

1.7.4 Retratação

Afiança Maria Helena Diniz (2005, p. 69) que “[...] *retratação vem a ser a recusa oportuna do negócio aceito, pois se chegar tardiamente a seu destino, o remetente continuará vinculado ao contrato*”.

Desse modo, o instituto da retratação nada mais é do que a probabilidade do arrependimento do oblato, desde que a comunicação do arrependimento chegue ao conhecimento do policitante antes ou em momento igual ao da aceitação.

1.7.5 Momento da conclusão dos contratos entre ausentes

A dificuldade é enorme, por parte da doutrina, para determinar o ocasião correta em que o contrato reputa-se formado quando este é realizado entre ausentes, pois no contrato entre presentes, não há qualquer dúvida, já que os momentos da oferta e da aceitação coincidem, formando o contrato desde então; e o mesmo não ocorre quando se trata de contrato entre ausentes, conforme já explicado alhures.

Com o propósito de solucionar tal alarido, surgiram duas teorias de grande importância, que tomam por base o momento da aceitação. São elas a teoria da informação ou cognição e a teoria da declaração ou agnição.

a) Teoria da informação ou cognição

Acreditam os defensores desta teoria que o contrato se forma apenas quando o ofertante toma conhecimento da aceitação por parte do oblato, pois antes disso não se pode dizer que existe acordo de vontades.

Nas lições de Maria Helena Diniz:

[...] apesar de ser a que melhor corresponde à lógica jurídica, encontra-se, atualmente, em franca decadência, por ter o inconveniente de deixar ao arbítrio do policitante o momento de abrir a correspondência e tomar conhecimento da resposta, positiva e geradora do vínculo obrigatório, favorecendo, assim a fraude e a má fé do ofertante, que p. ex., conhecendo uma aceitação num momento que lhe seria desfavorável, em razão de alta no mercado, quando propusera uma venda na baixa, poderia dar como não lida a resposta do oblato (DINIZ, 2005, p. 70).

Não obstante, essa situação se perpetuaria, já que o oblato iria exigir que tomasse conhecimento se o policitante recebeu a sua aceitação e assim, sucessivamente.

b) Teoria da declaração ou agnição

Frise que esta teoria, adotada pelo Código Civil pátrio, agasalha o contrato entre ausentes dizendo que ele estará concluído no momento que o oblato aceita a proposta. Ademais, deve enviar a sua resposta ao policitante, adquirindo assim uma presunção de que o aceitante já fez tudo que lhe era possível para que a aceitação chegasse ao conhecimento do proponente, como se conclui da sub-teoria da expedição.

Nos ensinamentos de Bassil Dower, citado por Maria Helena Diniz (2005, p. 72):

[...] poder-se-á afirmar que o vínculo contratual se torna obrigatório, em nosso direito, no momento da expedição da aceitação, salvo algumas exceções, quando se aplica a teoria da recepção.

Nesse diapasão, o artigo 434 do Código Civil traz algumas exceções, à teoria da declaração, tais como quando a aceitação não chega ao prazo convencionado ou se o proponente tiver se comprometido de aguardar a resposta. Todavia, em geral, aplica-se a teoria da declaração.

2 INTERNET

2.1 Evolução histórica¹

A descoberta dos meios de comunicação de massa, tais como o telégrafo em 1838, demarca o surgimento de uma nova área denominada de universo da informação. Por conta disso, ficou constatada a necessidade de difundir tais informações por meio de aparelhos que unissem a comunicação com o processamento de informações.

Neste contexto social surgiu a internet, tendo como instrumento necessário para o seu uso o computador, que por sua vez, data da época da Segunda Guerra Mundial nos Estados Unidos da América, período em que a difusão de informações começou a ser feita pelos militares, através do envio de mensagens para altos comandos. Esse primeiro computador foi denominado de ENIAC (*Electronic Numerical Integrator Analyzer and Computer*).

No ano de 1951 foi lançado na Inglaterra o LEO – *Lyons Electronic Office*, o primeiro computador para uso comercial. A partir de então, a evolução do mundo virtual se deu de forma mais rápida, tendo sido projetada a primeira rede de computadores nos anos 60.

É uma tendência social a organização em torno de redes e, nesse contexto, surgiu a ARPAnet (*Advanced Research Project Agency Network*), com o intuito de descentralizar o armazenamento de informações militares, evitando assim, que uma possível invasão à capital norte-americana de Washington, colocasse em risco a segurança nacional.

No final dos anos 80, ARPAnet foi perdendo seu caráter militar, passando a ser financiada pela NASA, instituição americana responsável por pesquisas espaciais e, em 1990 foi oficialmente denominada de Internet.

¹ Subitem baseado no livro de Sheila Leal (2007).

Apenas oito anos depois do seu lançamento, a internet agora disponibilizada para uso comercial, atingiu a marca de 148 milhões de usuários no mundo inteiro, surgindo assim, o comércio eletrônico através da utilização de contratos eletrônicos.

No Brasil, a internet foi inicialmente restringida às universidades e centros de pesquisa, passando em 1995 para o uso comercial e, logo depois, com a disponibilização do acesso à rede através dos provedores de acesso, a movimentação comercial atingiu a casa dos bilhões.

Para Flávio Cardinelle Oliveira Garcia (2013):

O barateamento dos equipamentos de informática e a constante melhora de qualidade nos serviços de telecomunicações têm atraído milhares de brasileiros à rede mundial de computadores que, com o passar do tempo, vem se tornando economicamente mais acessível a todos.

Desta forma, a internet possibilitou o surgimento de uma nova forma de comunicação entre as pessoas, onde alguém de dentro de sua própria casa poderá receber uma mensagem de outra pessoa do outro lado do mundo em questão de segundos, e com um baixo custo.

Nos dizeres de Jeremy Rifkin citado por Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 07):

[...] a propriedade sobre as coisas, embora importante, é menos importante do que obter acesso comercial em trabalhos interligados em interesses mútuos, teias de relações humanas e comunidades compartilhadas. Pertencer é estar conectado a muitas redes que fazem parte da nova economia global. Ser um subscritor, membro ou cliente torna-se tão importante quanto ser proprietário. Isto é, maior acesso do que propriedade tem crescentemente determinado o status de alguém nesta era.

Assim, na fase pós-moderna em que vivemos, o mundo não é mais dominado pelos possuidores de terras e meios de produção. Aqueles que detêm a informação possuem o poder de controlar o acesso a esta.

Diante deste fato, o Direito viu-se diante de uma situação fática sem regulamentação, tendo que verificar, de acordo com a legislação já existente e os costumes, se aquela prática estava de acordo com a realidade jurídica do país e, proteger os cidadãos dos riscos trazidos pela nova tecnologia.

Esse novo espaço até então inexistente, que se convencionou chamá-lo de “ciberespaço” ou espaço virtual, para Rodney de Castro Peixoto, transcrito por Sheila Leal, seria “*o conjunto de sites, computadores, pessoas, programas e recursos que formar a Internet*” (LEAL, 2007, p. 10).

Suas principais características são: intangibilidade, velocidade, quebra das barreiras geográficas e jurisdicionais, interatividade, facilidade de acesso e insegurança.

A intangibilidade significa que o mundo virtual não é um espaço físico perceptível aos nossos sentidos; ele constitui uma ficção do mundo da informática que se traduz por bits e bytes.

Posteriormente, no que tange à velocidade, um dado transmitido pela internet, pode chegar de um lado ao outro do globo terrestre em questão de segundos, emendando assim, na terceira característica, qual seja, a quebra das barreiras geográficas e jurisdicionais, onde as pessoas de diferentes partes do mundo podem transacionar sem precisar sair de suas casas.

Com isto, surge uma dificuldade em determinar qual seria a legislação aplicável às mais diversas situações que ocorrem no ciberespaço.

Essa comunicação de forma rápida e eficiente retrata a característica da interatividade, onde pessoas e sistemas se comunicam, em tempo real ou não, e tendo em vista a facilidade do acesso, com a crescente redução nos preços dos computadores, este meio de comunicação e comércio se tornou popular.

Por fim, quanto à insegurança, apesar dos crescentes avanços, o espaço virtual ainda é um ambiente vulnerável, tendo em vista o surgimento de pessoas, denominadas hackers ou crackers, que têm a intenção de cometer fraudes utilizando-se da falta de regulamentação própria aos crimes cometidos através da internet e facilidade do acesso.

2.2 Definição e natureza jurídica

Para entender o conceito de Internet, primeiro é necessário entender o significado de rede de computadores, tendo em vista a confusão que, por vezes, se faz entre os dois institutos.

De acordo com Paulo César Bhering Camarão citado por Flávio Garcia (2013), rede de computadores é *“um complexo consistindo de duas ou mais unidades de computação interconectadas.”*

Essas unidades são interligadas por meio de programas (softwares) e outros equipamentos eletrônicos, podendo trocar informações entre si. Como exemplo, pode-se citar uma empresa, onde todos os computadores do local ficam interligados a um servidor principal e compartilham dados entre si (GARCIA, 2013).

Dito isto, internet pode ser definida como uma rede de computadores de grande proporção e ilimitado acesso às informações disponíveis no ciberespaço. Observa-se, assim, que nem toda rede de computadores constitui internet, pois a internet proporciona acesso irrestrito, enquanto uma rede de computadores dentro de uma determinada empresa, como citado no exemplo acima, fica limitada àqueles que têm autorização para acessá-la (GARCIA, 2013).

A Norma nº 004/95 publicada pelo Ministério das Comunicações, aprovada pela Portaria nº 148/95 do Ministério da Ciência e Tecnologia, que regulamenta o uso da rede pública de telecomunicações para acesso à internet, trouxe uma definição pouco técnica deste termo, no seguinte sentido:

Internet: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o "software" e os dados contidos nestes computadores; (grifo do autor)

Como já foi explicitado anteriormente o conceito de rede de computadores não se confunde com o de internet, sendo assim, autores como Flávio Garcia criticam tal conceito, afirmando que *“a definição dada pelo legislador é falha na medida em que considera qualquer conjunto de redes de computadores interligadas, mesmo particulares e de amplitude restrita, como sendo internet”* (GARCIA, 2013).

Coadunamos com o pensamento do citado autor, acrescentando que a internet seria uma espécie de rede de computadores, na modalidade pública, enquanto que uma rede doméstica a seria na espécie privada.

Na comunidade europeia, diz-se que a Internet é “a rede das redes”, fazendo surgir um novo ramo do Direito, ora chamado por uns de Direito do Ciberespaço, Direito da Informática ou até mesmo Direito Virtual, tendo em vista a grande proporção que tem tomado e, enquanto não desfruta de autonomia efetivamente reconhecida.

Passando para a análise da natureza jurídica da internet, os pensamentos doutrinários divergem se seria um meio ou um lugar. O posicionamento de Luiz Henrique Ventura explicitado por Flávio Garcia (2013) é de que:

Se entendermos que a Internet é um lugar, muitas das questões já previamente definidas pelo Direito, tais como o foro competente, deveriam ser redesenhadas. Imagine um contrato celebrado entre uma empresa alemã e outra brasileira. Se a Internet é um lugar, onde seria assinado o contrato? A resposta, então, é nem no Brasil e nem na Alemanha, mas na Internet. A proposta e a aceitação também seriam realizadas na Internet. E, nesse caso, como definir o foro?

Tal pensamento levanta a seguinte questão: sendo a internet um lugar, qual o meio utilizado nela para efetuar contratos? Por este motivo, entendemos como mais correta a interpretação da Internet como um meio de comunicação, podendo ser utilizado como forma de efetivação de um contrato.

Essa afirmação se fundamenta em um dos requisitos de validade do contrato, qual seja o requisito formal. De acordo com o exposto no Capítulo anterior no que tange ao requisito formal, a regra é a liberdade da forma contratual, desde que não prescrita ou defesa em lei.

Flávio Garcia (2013) cita com propriedade um artigo publicado na Revista Consulex, que diz o seguinte:

Acompanhando o ritmo dinâmico e crescente da INTERNET, as informações jurídicas têm conquistado um relevante espaço na rede, tornando a INTERNET um dos mais novos e eficazes instrumentos de cidadania e trabalho jurídico
Diversos serviços, como a declaração de impostos via net, o oferecimento de denúncias nos sites do PROCON e do Ministério Público e o

fornecimento, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da certidão negativa da dívida ativa da União pela INTERNET, têm sido criados no sentido de apaziguar a burocracia, evitando que o cidadão gaste horas perambulando por repartições públicas.

Através da INTERNET, tem-se acesso direto a diversos órgãos estatais, possibilitando o acompanhamento de processos e a pesquisa, bem como pode-se, nas centenas de home-pages jurídicas, pesquisar leis, doutrinas e jurisprudências; consultar escritórios de todo o Brasil e do mundo; realizar conferências e discussões virtuais com operadores do Direito, visitar bibliotecas, autores; trocar informações; e permanecer informados sobre as mais recentes novidades do mundo jurídico.

Assim, entende-se que a natureza jurídica da Internet é de meio de comunicação e, portanto, um contrato celebrado por meio da internet apenas difere de outro contrato qualquer, pelo meio de comunicação escolhido para a sua efetivação.

2.3. Funcionamento e sistemas de comunicação²

Para Walter Douglas Stuber e Ana Cristina Paiva Franco, trazidos na obra de Sheila Leal: *[...] a interligação física das redes é feita por meio das linhas dos sistemas telefônicos que podem ser cabos de cobre, fibras óticas, transmissão via satélite ou via rádio, o que interfere na qualidade do funcionamento da rede* (LEAL, 2007, p.15).

Ademais, além dos materiais acima trazidos, o usuário para ter acesso à Internet necessita de um modem para converter o sinal emitido pelo telefone em sinal possível de identificação pelo computador, conexão a um servidor de rede e browser, cujo mais conhecido mundialmente é o MS Internet Explorer.

Quanto à conexão, pode ser feita de forma direta pelo usuário, através da linha telefônica ou de forma indireta através de um computador denominado servidor, que por sua vez está conectado à internet.

Sobre os servidores, Sheila Leal assevera: *“Estes são chamados de provedores de acesso, que possibilitam o acesso do usuário e de outros provedores à Rede, utilizando-se do serviço de telecomunicações existente”*. (LEAL, 2007, p. 16)

² Subitem baseado no livro de Sheila Leal (2007).

Atualmente, os provedores de acesso fornecem uma infinidade de serviços com a finalidade de angariar mais usuários, tais como correio eletrônico, transferência de arquivos entre outros.

Em relação aos sistemas de comunicação, diversas são as classificações existentes no campo doutrinário. Neste estudo, será adotada a classificação proposta por Paloma Llana González, presente na obra de Sheila Leal (LEAL, 2007, 19).

São seis os sistemas de comunicação na Internet: correio eletrônico, lista de correio eletrônico, base de dados de distribuição de mensagens, comunicação em tempo real, utilização remota de ordenadores em tempo real e obtenção remota de informações (LEAL, 2007, 19).

O correio eletrônico ou e-mail assemelha-se ao correio convencional, tendo em vista que estabelece uma troca de mensagens interpessoal. Difere, porém, em outros aspectos, pois, segundo Sheila Leal, no correio eletrônico:

[...] as mensagens não encriptadas (escritas em código) podem ser acessadas pelos ordenadores intermediários que as transmitem, não se revestindo do sigilo das cartas enviadas pelo correio, as quais, salvo erro de remessa, chegam fechadas ao destinatário (LEAL, 2007, p. 19).

Ademais, a mensagem passa por vários caminhos antes de chegar ao destinatário ou destinatários e, não necessita que estejam o remetente e os destinatários, necessariamente conectados simultaneamente.

A lista de correio eletrônico funciona, em sua maior parte, de forma automática, possibilitando a troca de informações entre pessoas que compartilhem interesses entre si, bastando apenas estar inscrito nela para enviar e receber mensagens de forma direta ou indiretamente, por meio de um moderador.

Outro sistema de comunicação é a base de dados de distribuição de mensagens (*user sponsored newsgroups*), que muito se assemelha ao anterior, diferindo apenas na forma de realizar a comunicação (LEAL, 2007, 19).

Segundo Sheila Leal (2007, p. 20):

Os USENET newsgroups utilizam conexões par a par/ ponto a ponto, entre aproximadamente 200.000 ordenadores, chamados de servidores USENET. Caracterizam-se por discussões abertas que diferem das listas de correio porque os usuários não necessitam inscrever-se previamente, podendo acessá-las a qualquer momento.

Os USENET em sua maioria são livres para o acesso, armazenando as mensagens durante um tempo no servidor e, após esse período, são permanentemente excluídas do sistema.

A comunicação em tempo real, cujo programa mais conhecido é o Internet Relay Chat (IRC), onde uma ou mais pessoas conectadas à rede comunicam-se em tempo real, ocorre de forma que esses usuários digitam suas mensagens que se tornam visíveis para os demais usuários quase que instantaneamente.

O emprego distante de ordenadores em tempo real, também é um sistema que proporciona o acesso a informações disponíveis na Rede que se dá por meio de TELNET, um protocolo que permite obter um acesso remoto a um computador.

Por fim, tem-se a obtenção remota de informações por meio de FTP (file transfer protocol), Gopher e World Wide Web.

O primeiro disponibiliza os arquivos localizados em um ordenador remoto, permitindo a transferência ao ordenador do usuário. O Gopher é uma forma de acessar a Internet, direcionando as buscas de acordo com as informações disponibilizadas em um ordenador remoto.

O sistema de obtenção remoto mais difundido mundialmente é a *World Wide Web*, popularmente conhecido como WWW. O acesso se perfaz por meio do protocolo de transferência de hipertexto (HTTP), que por sua vez faz a comunicação entre usuário e rede por meio da HTML (*Hipertext Markup Language*), que é a linguagem padrão geral na Internet.

2.4 Aspectos constitucionais, liberdade de acesso e proteção do usuário

O artigo 220 da Constituição Federal Brasileira atual traz o seguinte: “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*”.

Assim, é garantia constitucional o direito à informação sob qualquer forma ou meio, sendo o acesso atualmente tratado como um serviço prestado à pessoa, que muito se assemelha aos institutos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Qualquer legislação nesse âmbito deve ser no sentido de assegurar o direito de escolha pelo consumidor dos seus fornecedores (provedores de acesso) e destes, prepararem dos mais extensos meios para que torne disponível o melhor acesso sem superfaturamento.

De acordo com Liliana Minardi Paesani (2006, p. 33):

O Brasil conta com mais de oito milhões de internautas e previsões de movimentar US\$ 100 bilhões no comércio eletrônico futuramente. Entretanto, muitos consumidores têm medo de comprar por esse meio, especialmente de colocar seu número de cartão de crédito na rede mundial. Em consequência desse justificado receio, o maior desafio dos fornecedores de produtos e serviços é justamente conquistar e reter o consumidor e estabelecer com ele, de fato, um relacionamento, uma parceria, e investir numa política de confiança.

Essa informação denota que o principal percalço nas transações pela Internet ainda continua sendo o aspecto de insegurança que ela ocasiona para os que usam. Por isso, está havendo uma grande preocupação com a regulamentação da situação dos contratos eletrônicos, o quanto antes, tendo em vista que o comércio virtual tende a crescer cada vez mais.

Nesse sentido, a OAB seccional São Paulo (Projeto 1589/99) desenvolveu um projeto de lei por meio de sua Comissão Especial de Informática Jurídica, que visa regulamentar o comércio eletrônico. Tal projeto foi apresentado na Câmara dos Deputados, possuindo como fundamento as leis existentes nesse sentido em diversos países, como Portugal, Estados Unidos e Itália.

As disposições deste projeto incluem a proteção do usuário da Internet que se utiliza do comércio virtual, com base em dispositivos já existentes no Código de Defesa do Consumidor para regular o comércio habitual. Além disso, traz uma proteção especial, tendo em vista a vulnerabilidade da transmissão de informações nas transações virtuais.

Percebe-se o surgimento de medidas protetivas ao usuário, com a introdução da assinatura digital como forma substitutiva da assinatura manual, um instituto ainda não disciplinado em nenhuma lei no Brasil.

Já no âmbito internacional, os Estados Unidos saíram na frente ao aprovar no ano de 2000 uma lei que reconhece como adequados documentos assinados pela internet.

Assim, nos dizeres de Liliana Paesani (2006, p. 34):

A assinatura produzida com um clique no mouse vale tanto quanto sua versão tradicional. Dessa forma, o governo americano está incentivando o uso da Internet para procedimentos corriqueiros, como realizar contratos, preencher formulários de empresas de seguros etc.

Esta foi a solução mais eficaz encontrada pelos estudiosos do tema, para garantir a segurança jurídica dos documentos virtuais. De fato, o Brasil também “caminhou” no mesmo sentido ao aprovar a MP nº 2.200-2/2001, introduzindo a infra-estrutura das Chaves Públicas Brasil/ CP, atribuindo fé pública e presunção relativa de veracidade à assinatura digital.

2.5 Delitos e responsabilidade na Rede

É de amplo conhecimento que a internet ainda seja considerada como um “espaço” desconhecido pelos usuários; ela não pertence a ninguém, não é regulamentada e não se sabe precisar se é um meio ou um lugar.

Eventualmente, podem acontecer situações típicas de crimes na Internet e, então surge o problema da responsabilização dos agentes. Assim, como há uma

dificuldade de identificação dos autores ou gestores das redes, a Web se torna uma anomalia no mundo dos meios de comunicação.

Para Lilitana Paesani (2006, p. 36):

A Internet foi programada para funcionar e distribuir informações de forma ilimitada. Em contrapartida, as autoridades judiciárias estão presas às normas e instituições do Estado e, portanto, a uma Nação e a um território limitado. Configura-se o conflito e a dificuldade de aplicar controles judiciais na rede e surge o problema da aplicação de regras.

A questão da soberania é um dos maiores entraves para a criação de uma legislação supranacional, pois, o Direito Internacional não tem caráter punitivo obrigatório; apenas para os Estados que concordarem em firmar tratados.

Devido à propagação da Internet, a privacidade das pessoas passou a ser invadida de forma corriqueira, pois, na Rede podem ser encontradas informações sobre qualquer pessoal em uma quantidade surpreendente.

Tem início, então, os problemas de crimes virtuais, com a criação da figura dos invasores dos sistemas, denominados hackers. Estes, ora atuam para solucionar os problemas de uma empresa, descobrindo e consertando falhas nos seus sistemas – hackers éticos, ora atuam com o intuito de destruir ou prejudicar pessoas, obtendo informações para as quais não teve autorização – hackers não éticos ou crackers.

São práticas comuns na Internet a ocorrência de crimes de racismo, por meio de sites de divulgação de grupos como os Skinshead, a invasão da privacidade por meio de correntes de sorte, que chegam aos nossos e-mails sem autorização, porém não há nenhuma lei que proíba a sua existência, golpes bancários e crimes de pedofilia.

Ao redor do mundo, os países estão preocupados em reprimir essas práticas, como é o caso do Brasil com a criação unidades especiais para o combate de crimes virtuais, tais como a Delegacia de Crimes Praticados por Meios Eletrônicos da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Já em países como Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, as suas unidades policiais têm formado os cypercops, que são agentes da polícia especializados em crimes digitais (PAESANI, 2006, p. 40).

Em 18 de janeiro de 1999 a ONU realizou uma conferência para discutir a disseminação da pornografia infantil e da pedofilia na Internet. Após discussões, os Estados participantes chegaram à conclusão de que é necessário criar um código de ética para minimizar a divulgação de imagens de conotação sexual de crianças na Rede (PAESANI, 2006, p. 40).

Porém, há países, como o Japão, em que não existe nenhuma legislação a esse respeito, causando uma confusão geral da situação. No Brasil, a veiculação de imagens de criança para a exploração sexual não é disciplinada por legislação pertinente à internet, mas o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe tal prática (PAESANI, 2006, p. 40).

Desta forma, entende-se que *“enquanto não forem criadas leis específicas, as condutas dos crimes digitais deverão ser adequadas ao Código Penal”* (PAESANI, 2006, p. 41).

2.6 Principais características jurídicas da internet

Na era da pós modernidade, a Internet passou a ser um dos meios de comunicação mais difundidos no mundo, tendo em vista a sua facilidade de acesso, rapidez na aquisição de informações, praticidade, entre outras características.

A seguir, serão tratadas as principais características jurídicas desta Rede.

2.6.1 Relativização das noções de tempo e espaço

Sobre a relativização dos conceitos de tempo e espaço, Sheila Leal, com propriedade, diz o seguinte:

Para o Direito, o tempo é relevante na determinação do momento da aquisição e/ou extinção dos direitos, na fixação da vigência das leis e dos negócios jurídicos, no estabelecimento das regras para a contagem dos prazos em geral (LEAL, 2007, p. 23)

Desta forma, a Internet veio quebrar os paradigmas que regem os contratos em geral, ao relativizar as noções de espaço e tempo, dissolvendo barreiras geográficas e admitindo que o mundo inteiro se comunicasse de forma mais rápida.

As definições do espaço e do tempo são relevantes para determinar qual será a lei aplicável no caso concreto e qual o foro competente para eventuais conflitos.

Em relação ao tempo, uma das vantagens trazidas pela Rede, é a possibilidade de efetuar transações comerciais, mesmo fora do horário comercial do estabelecimento físico do seu fornecedor.

2.6.2 Liberdade de uso e vazios de regulamentação

O uso da Internet é ilimitado aos seus usuários, não possuindo fronteiras ou barreiras. Não há, nesse sentido, um órgão internacional responsável pela regulamentação de seus atos, ficando a critério de cada país disciplinar no seu ordenamento jurídico da forma mais conveniente.

Apesar disso, alguns países ainda não possuem nenhuma regulamentação para as transações efetuadas de forma virtual, criando o que pode se chamar de “vazio de regulamentação”.

Segundo Sheila Leal, os posicionamentos doutrinários divergem quanto à necessidade de legislação específica para tratar as questões travadas no ciberespaço. Os EUA adotaram a posição de deixarem a critério do setor privado a regulamentação de tal meio, porém, defendendo a necessidade de criação de um código comercial de regras fundamentais, para nortear o comércio eletrônico (LEAL, 2007, p. 27).

De forma oposta, há quem defenda que a Internet deve ser regulada por meio de analogia e direito comparado, sendo a Internet um meio auto-regulável. E

por, fim, existem posicionamentos, como os de Arnaldo Wald e Ronaldo Lemos da Silva Júnior, citados na obra de Sheila Leal, que defendem a “*necessidade de uma legislação e regulamentação específicas, sem a perenidade dos códigos*” (LEAL, 2007, p. 27).

Na atualidade, temos o Código de Conduta de Portugal, apresentado em 2000, como modelo de auto-regulamentação, porém, este não é o ideal, como bem afirma Sheila Leal:

[...] o ideal seria mesmo uma regulamentação supranacional, neutra, que transcendesse os limites territoriais dos países e alcançasse todo o mundo. Porém, essa solução, ao mesmo por ora, não se apresenta como viável, seja porque se está ainda muito longe de alcançar uma neutralidade, seja em razão da soberania dos Estados e de suas peculiaridades de ordem social, econômica e cultura, das quais derivam necessidades diversas que os distinguem dos demais Estados (LEAL, 2007, 28).

Nesse sentido, qualquer legislação proposta deverá estabelecer normas de caráter geral, permitindo uma mobilidade maior do aplicador do direito para adaptar às diferentes e permanentemente mutáveis situações que surgem na Internet com reflexos no âmbito jurídico.

A lei modelo da UNCITRAL, lei que surgiu nos Estados Unidos e que será tratada posteriormente neste estudo, tem sido tomada como referencial por vários países, inclusive o Brasil, que possui dois projetos de lei em tramitação, o Projeto 1589/99 da OAB seccional São Paulo e o Projeto 4906/01.

2.6.3 Tendência à dispensabilidade dos documentos físicos

Os serviços bancários, as compras, e até mesmo a processualística brasileira, caminha para dispensabilidade do uso de documentos físicos, representados por papel, e a utilização de dados digitais.

Sobre a relevância desta característica para o presente tema, Sheila Leal afirma que:

[...] é relevante no âmbito do presente trabalho no que diz respeito à segurança e à validade das contratações em meio eletrônico, à medida que se indaga se tais transações, como todos os riscos que apresentam, têm ou não a mesma validade jurídica das transações documentadas em papel. Estudos desenvolvidos pelo IDC – Instituto de Direito do Consumidor – revelaram que quase 37% dos brasileiros que acessam a Internet não se utilizam da Web para fazer compras por não confiarem na segurança dos sites de comércio eletrônico (LEAL, 2007, p. 32).

Desta forma, reitera-se o que já foi dito antes, acerca da emergente necessidade de desenvolver um sistema de proteção ao usuário mais eficaz, com o intuito de aumentar a confiabilidade destes no sistema de comércio eletrônico.

3 CONTRATOS ELETRÔNICOS

3.1 Definição

A doutrina não possui uma definição comum de contrato eletrônico, variando desde sua nomenclatura até suas características. Contudo, por ser a mais utilizada no Brasil e internacionalmente, é mais apropriado empregar a expressão contrato “eletrônico” do que contrato “virtual”.

De início, esbarre-se com dois entendimentos: o primeiro sustenta que contrato eletrônico deve ser entendido somente como aquele concretizado através do computador e, por sua vez, o segundo defende que o contrato se realiza “*de modo audiovisual através de uma rede internacional de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio de interatividade*” (ITEANU *apud* LEAL, 2007, p. 78).

Este último entendimento refere-se aos contratos eletrônicos *lato sensu*, abrangendo como forma de efetivação dos mesmos quaisquer meios de telecomunicação, ou seja, além do computador, como por exemplo, telefone, fax etc. (ITEANU *apud* LEAL, 2007, p. 78).

Sob outro prisma, verifica-se que “eletrônico” é o meio pelo qual as partes optaram para concretizar o contrato, já que a lei não estabelece forma específica, podendo o contrato ser efetivado sob qualquer modo, desde que não contrarie à legislação (art. 425, CC).

Nas lições de Sheila Leal: “*pode-se entender por contrato eletrônico aquele em que o computador é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes*” (LEAL, 2007, p. 79).

Importante notar a diferença entre os contratos eletrônicos e os contratos da informática. Esses últimos não são necessariamente realizados por meio do computador, mas o objeto está relacionado ao ambiente de digital, cita-se como exemplo os contratos de desenvolvimento de websites e de publicidade na internet. (LEAL, 2007, p. 79-81).

De igual modo, deve-se distinguir os contratos firmados pelo computador dos executados por computador, nesses o contrato não é efetivado eletronicamente, mas a concretização do objeto é realizada através do computador. O contrato é firmado de maneira comum, porém deve ser executado eletronicamente (LEAL, 2007, p. 79-81).

Já, nos contratos firmados pelo computador, trata-se este de ferramenta para a formação do contrato, ou seja, o computador é uma parte necessária para a formação da relação jurídica (LEAL, 2007, p. 79-81).

Dessa forma, *“se as partes manifestarem a vontade através de veiculação de mensagens eletrônicas, tais contratos, independentemente da natureza do objeto contratual, integram-se à categoria de contratos eletrônicos”* (LEAL, 2007, p. 81).

O que influi para que o contrato seja considerado como eletrônico ou não, na visão de Sheila Leal, é se a manifestação das vontades ocorreu virtualmente, isto é, através de um computador (LEAL, 2007, p. 81).

3.2 Princípios específicos da contratação eletrônica

Conforme já visto, os princípios aplicáveis aos contratos em geral regem também à contratação eletrônica. Contudo, existem princípios específicos que disciplinam esses contratos e, em virtude de não existirem muitas leis regulando o assunto, os princípios são de grande importância, eis que servirão como base para a elaboração de uma legislação específica em nosso país.

3.2.1 Princípio da equivalência funcional dos contratos realizados em meio eletrônico com os contratos realizados por meios tradicionais

Entendemos que o contrato realizado eletronicamente, possui basicamente as mesmas características e os mesmos efeitos que um contrato comum. Sendo

assim, a legislação confere validade jurídica de igual modo que os contratos já disciplinados possuem.

É nesse sentido o que aborda o art. 5º da Lei Modelo da Uncitral feita pelos Estados Unidos em 1996, o art. 3º do Projeto de Lei 1.589/99 da OAB/SP e os arts. 28 e 32 do Projeto de Lei 4.906/2001.

Nessa esteira, o art. 5º da Lei Modelo da Uncitral estabelece que: “*Não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica*”. Destarte, confere-se validade e eficácia jurídica aos contratos eletrônicos exatamente como um contrato comum.

3.2.2 Princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital

É cediço que o ambiente digital está em constante evolução, em virtude dos avanços tecnológicos e o surgimento de modernos softwares. Nesse cenários, o princípio em tela exerce um papel muito relevante.

Sheila do Rocio ensina que por esse princípio:

As normas devem ser neutras para que não constituam em entraves ao desenvolvimento de novas tecnologias e perenes no sentido de se manterem atualizadas, sem necessidade de serem modificadas a todo instante (LEAL, 2007, p. 91)

Assim, conforme disposto no art. 13 da Lei Modelo Uncitral, futura legislação deverá ser permanecer aberta a novas descobertas, apesar disso sem precisar sofrer alteração toda vez que houver um avanço tecnológico, devendo, assim, ser flexível para suportar as mudanças jurídicas.

3.2.3 Princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos

Diversas situações jurídicas cotidianas não podem ficar desamparadas pelo Direito. Levando-se em consideração que os contratos eletrônicos possuem todas as características básicas do contrato comum, logo as normas relativas a esses devem ser aplicadas às contratações eletrônicas.

Exemplificando-se, um contrato de compra e venda, independentemente de ser celebrado no mundo virtual, não será descaracterizado apenas por ter sido realizado eletronicamente.

Nesse contexto, Jorge Lawand ensina que:

Os elementos essenciais do negócio jurídico – consentimento e objeto, assim como suas manifestações e defeitos, além da própria tipologia contratual preexistente, não sofrem alteração significativa quando o vínculo jurídico é estabelecido na esfera do comércio eletrônico (LAWAND, *apud* LEAL, 2007, p. 92)

Deste modo, entendemos que presentes os elementos essenciais, não há razão para dar tratamento distinto ao contrato eletrônico, sobretudo quando não existe legislação específica que discipline o tema.

Lawand conclui que:

A internet não cria espaço livre, alheio ao Direito. Ao contrário, as normas legais vigentes aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que a quaisquer outros negócios jurídicos. A celebração de contratos via Internet se sujeita, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro (Código Civil). Tratando-se de contratos de consumo, são também aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor (Código de Defesa do Consumidor). (LAWAND, *apud* LEAL, 2007, p. 93)

Os operadores do Direito, portanto devem valer-se da hermenêutica, ou seja, das formas interpretativas da legislação, como a analogia e a integração, para solucionar eventuais conflitos que possam ocorrer com base na legislação contratual vigente.

Entretanto, existem elementos dos contratos eletrônicos que não se adéquam à legislação, como por exemplo, a prova e formas de pagamento. Sendo assim, ainda é necessário a elaboração de leis específicas para regular a contratação eletrônica.

3.2.4 Princípio da boa-fé objetiva e os contratos eletrônicos

Considerando-se a vulnerabilidade do mundo virtual, as partes na contratação eletrônica ficam sujeitas a maiores riscos e expostas a fraudes. Nesse contexto, justifica-se o emprego da boa-fé objetiva nos contratos eletrônicos.

O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma a trazer específica e expressamente o princípio em apreço, em razão da hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor. É o que se compreende da leitura do art. 4º do diploma legal em comento:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (grifo do autor)

Em resumo, trata-se do princípio que objetiva a proteção da parte mais fraca da relação jurídica, esperando que a parte hipersuficiente atue de maneira justa e leal, respeitando a confiabilidade depositada.

O Código Civil também prevê a boa-fé objetiva em seu artigo 422. Nesse diapasão, vale a pena trazer à baila os ensinamentos de Nalin quanto ao momento de sua averiguação no processo civil, vejamos:

Sempre caberá ao aplicador – juiz – o dever de, em consulta aos seus próprios valores éticos comportamentais, manifestar-se caso a caso, se as partes agiram segundo um standart da boa-fé objetiva, estabelecido a partir do seu próprio imaginário (NALIN, *apud* LEAL, 2007, p. 96).

Noutras palavras, a aferição da observância a este princípio deverá ser feita pelo juiz casuisticamente, no julgamento da lide, considerando a sua própria concepção da definição de boa-fé.

3.3 Classificação

A seguir, analisar-se-á a classificação dos contratos eletrônicos, inicialmente sugerida por Mariza Delapieve Rossi e Pereira dos Santos, mencionada na obra de Sheila Leal (LEAL, 2007), na qual divide tais contratos em relação à interação humana com a máquina.

3.3.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos

Resumidamente, os contratos eletrônicos intersistêmicos são aqueles celebrados automaticamente entre máquinas, após terem sido preestabelecidas determinadas configurações nos sistemas pelo homem. São geralmente empregados por grandes empresas para, por exemplo, diminuir o trabalho de reposição de estoque (LEAL, 2007, p. 83).

Sheila do Rocio explica que:

Usualmente, as empresas envolvidas na contratação, via EDI, precedentemente ao início das operações comerciais eletrônicas, já disciplinaram e detalharam os direitos e obrigações e as atribuições de cada parte. Contudo, após a programação dos programas aplicativos, não há mais manifestação de vontade humana. As máquinas operam, automaticamente, sem qualquer intervenção do homem (LEAL, 2007, p. 83).

A tradução literal do termo EDI (*Electronic Data Interchange*) seria “Troca Eletrônica de Dados”. Trata-se da forma de comunicação em que vários aparelhos eletrônicos trocam informações por meio de protocolos.

A doutrina italiana sustenta que nos contratos eletrônicos intersistêmicos é fundamental a inexistência de pretensão humana, uma vez que nas aquisições de produtos, as decisões como marca e quantidade são assumidas pelos computadores e não pelas máquinas. Nessa esteira, Moreno Navarrete (2002, p. 53) defende a existência de uma “vontade informática”.

No entanto, esse entendimento não é o mais acertado, eis que foi o ser humano que predeterminou as linhas gerais do processo de contratação, ou seja, houve, anseio humano na criação e configuração dos programas executados pelas máquinas. Portanto, inevitavelmente, nos contratos eletrônicos intersistêmicos, ainda que de maneira indireta, haverá participação da vontade humana (LEAL, 2007, p. 84).

Na hipótese de falha sistêmica, dever-se-á averiguar esta ocorreu em razão de defeito em um ou ambos os sistemas ou, se de fato, emanou de inadimplemento de obrigação contratual, o que enseja a imediata rescisão do contrato (LEAL, 2007, p. 84).

3.3.2 Contratos eletrônicos interpessoais

O contrato eletrônico interpessoal é caracterizado por comunicação entre pessoas através do computador em todas as fases da concretização. É usualmente celebrado em salas de bate-papo (chat) ou correio eletrônico (e-mail) (LEAL, 2007, p. 86).

Também são chamados de *contratos à distância*, tendo em vista a grande similaridade dos contratos eletrônicos interpessoais via e-mail com os efetuados por carta (correio convencional), já que a mensagem percorre, através de servidores, até atingir o seu destinatário, assim são equiparados (LEAL, 2007, p. 86).

No que diz respeito aos contratos concluídos em salas de bate-papo, as partes se comunicam em tempo real, assemelhando-se, assim, aos contratos concretizados pelo telefone. A similaridade é tão grande entre tais contratos, que por

vezes, existe a possibilidade de a conversa nos bate-papos serem por voz, além de ser digitada, a depender do software usado.

Quanto à classificação, Erica Brandini Barbagalo citada por Sheila Leal, leciona que:

Os contratos eletrônicos interpessoais podem ser simultâneos, quando “celebrados em tempo real, on line”, propiciando interação imediata das vontades das partes, a exemplo dos contratos em salas de conversação ou videoconferência, e, como tal, considerados entre presentes; não simultâneos, quando entre a manifestação de vontade de uma das partes e a aceitação pela outra decorrer espaço mais ou menos longo de tempo. A esta última categoria pertencem os contratos por correio eletrônico, equiparados aos contratos entre ausentes, já que mesmo estando as partes se utilizando de seus computadores, concomitantemente, faz-se necessária nova operação para se ter acesso à mensagem recebida. (LEAL, 2007, p. 86)

É extremamente relevante a diferenciação em apreço, já que os efeitos jurídicos serão diversos, causando consequências igualmente distintas, a depender da classificação dos contratos (entre presentes ou entre ausentes).

3.3.3 Contratos eletrônicos interativos

Contrato eletrônico interativo se perfaz mediante comunicação entre uma pessoa e um sistema, ocorrendo frequentemente nas lojas virtuais (e-commerce), onde é realizado operações automáticas com o contratante, pois tal sistema já foi previamente programado pelo seu criador ou seu operador (LEAL, 2007, p. 87).

No que tange à oferta de bens e serviços no ambiente digital, Sheila Leila, afirma que:

No momento em que tais informações são disponibilizadas na Internet considera-se feita a oferta ao público e, conseqüentemente, manifestada a vontade do fornecedor. Já a vontade do consumidor é manifestada no momento em que ele acessa o sistema aplicativo e com ele interage, preenchendo os campos eletrônicos à sua disposição. Ao confirmar os dados, o consumidor conclui a aceitação. (LEAL, 2007, p. 87)

Nesta última espécie, predomina um mercado de consumo, sendo anunciados os produtos com todas as suas particularidades, o consumidor já poderá efetivar a compra através do preenchimento dos seus dados bancários para pagamento em um simples formulário disponibilizado pela própria loja virtual (LEAL, 2007, p. 88).

Também são denominados de *contrato por clique*, tendo em vista que através do clique do mouse a pessoa confirma seus dados e concretiza o contrato (LEAL, 2007, p. 88).

Cumpra salientar que trata-se de contratos de adesão, pois não existe a possibilidade de discussão das cláusulas por parte do contratante. O consumidor simplesmente aceita ou não as cláusulas unilateralmente elaboradas pelo fornecedor (LEAL, 2007, p. 88).

Os contratos interativos, do mesmo modo que os interpessoais, são contratos à distância, eis que são firmados através do computador, não estando presente nenhuma das partes contratantes. Assim, aplica-se aos contratos de consumo firmados por esta modalidade as normas relativas à contratação a distância previstas no Código de Defesa do Consumidor (LEAL, 2007, p. 88).

3.4 Validade dos contratos eletrônicos

Entendemos que a validade é pressuposto que está ligado diretamente à segurança e estabilidade que se espera dos contratos na seara jurídica. É a possibilidade de se valer do contrato como título representativo de uma obrigação ou como prova processual.

Por si só ciberespaço gera insegurança por parte dos usuários para efetuação de transações comerciais, tendo em vista as incertezas da internet em relação às partes da relação contratual, à forma do documento, à oferta dirigida ao público etc.

Portanto, entendemos que válido é tudo aquilo que está em consonância com o ordenamento jurídico em vigor e que observe aos princípios gerais do direito, à justiça e à ética sociais. Para analisar tal validade, mister se faz avaliar os

elementos de validade das contratações eletrônicas, os quais podem ser subjetivos, objetivos ou formais.

3.4.1 Elementos subjetivos

Os elementos subjetivos referem-se às características pessoais dos contratantes, ou seja, a capacidade das partes e o consentimento sem vícios.

De início, vale trazer novamente à baila o que já foi visto quanto à capacidade das partes para os contratos em geral, sendo somente considerado como válido o contrato firmado por pessoas capazes, de acordo com o previsto no Código Civil, como os maiores de dezoito anos, desde que não estejam com as faculdades mentais comprometidas, nos termos dos artigos 3º e 4º do diploma legal em comento.

Sendo assim, os atos exercidos por pessoa absolutamente incapaz estão sujeitos à nulidade, ao passo que os praticados por indivíduo relativamente incapaz são passíveis de anulabilidade, consoante as artigos 166, I e 171, I, ambos do Código Civil.

Os referidos dispositivos legais têm por escopo a tutela dos incapazes e, assim, na prática, os atos cotidianos exercidos por estes são relativizados, porquanto presume-se a aceitação dos pais ou responsáveis.

Todavia, com relação aos contratos eletrônicos, a aquisição de produtos por menores através em ambiente virtual não pode ser considerada como corriqueira, uma vez que é patente a facilidade de navegação e acesso. No caso concreto, deverá ser avaliado se o ato cometido pelo incapaz pode presumir a aceitação de seus representantes legais.

Destaca-se que é excepcional a relativização da incapacidade para os atos cotidianos, devendo ser analisada a intenção das partes, ou seja, a realidade fática da situação. Portanto, os atos em tela são juridicamente passíveis de anulação ou anulabilidade, desde que solicitada pelo responsável legal.

O Código Civil, em seu artigo 180, traz a hipótese específica do menor que celebra contrato ocultando a sua idade ou fazendo-se passar por indivíduo capaz:

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Depreende-se da leitura do dispositivo legal que, ao menor aplicar-se-á o princípio da boa-fé e a máxima de que ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza, devendo seus responsáveis legais responderem pelos prejuízos ocasionados.

Por esse motivo conta disso é que as lojas virtuais apresentam formulários que exigem o preenchimento de alguns dados pessoais do consumidor, dentre eles a data de nascimento e, também, advertem que é vedada a contratação com menores de dezoito anos.

No tocante à manifestação de vontade realizada no ambiente virtual, esta se dá através da troca de informações eletrônicas entre os contratantes, que, segundo o disposto no art. 2º da Lei Modelo da Uncitral, trata-se de *“informação gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente, por meio óptico ou similares”*.

Nos contratos intersistêmicos, a formação do consentimento sucede no momento da celebração do acordo entre ambas as partes operadoras dos sistemas que, após irão efetuar a troca de mensagens eletrônicas automaticamente. De outro lado, nos contratos interpessoais, o consentimento se perfaz com o envio do e-mail de confirmação para a outra parte. Por sua vez, nos contratos interativos, comumente ocorre com um clique no botão “confirma” ou qualquer outro equivalente (LEAL, 2007, p. 83-88).

Com o Projeto de Lei nº 4.906/200, o Brasil deu um passo à frente, ao dispor acerca da segurança nas contratações virtuais, trazendo pressupostos de validade às mensagens enviadas eletronicamente:

Título V – Do Comércio Eletrônico
Capítulo I – Da contratação no âmbito do comércio eletrônico
[...] Art. 26. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, a manifestação de vontade das partes contratantes, nos contratos celebrados em meio eletrônico, dar-se-á no momento em que o destinatário da oferta enviar

documento eletrônico manifestando, de forma inequívoca, a sua aceitação das condições ofertadas.

§1º A proposta de contrato por meio eletrônico obriga o proponente quando enviada por ele próprio ou por sistema de informação por ele programado para operar automaticamente.

§2º A manifestação de vontade a que se refere o caput deste artigo será processada mediante troca de documentos eletrônicos, observado o disposto nos artigos 27 a 29 desta lei.

Art. 17. O documento eletrônico considera-se enviado pelo remetente e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço eletrônico definido por acordo das partes e neste for recebido.

Art. 28. A expedição do documento eletrônico equivale:

I – à remessa por via posta registrada, se assinado de acordo com os requisitos desta lei, por meio que assegure sua efetiva recepção; e

II – à remessa por via postal registrada com aviso de recebimento, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente e por este recebida.

Diante disso, os atos concluídos eletronicamente serão considerados válidos, desde que atendidas as referidas condições. Ademais, os contratos são regidos pelo princípio da liberdade das formas, desde que não contrária à legislação.

Não obstante, o consentimento manifestado pelos contratantes deverá estar livre de vícios, considerando como tais, todos aqueles aplicáveis aos contratos em geral.

No que tange especificamente à contratação eletrônica de consumo, por trata-se, em sua maioria, de contratos de adesão, é exigido que essa concordância seja confirmada, conforme disposto nos artigos 6º, III, 30, 31, 46 e 48, todos do Código de Defesa do Consumidor.

3.4.2 Elementos objetivos

Os elementos objetivos dizem respeito ao objeto da relação jurídica contratual e as formas eletrônicas de pagamento usadas pelas partes.

A contratação eletrônica, assim como todos os contratos em geral, deve ter um objeto lícito, possível e determinável ou determinado, conforme já estudado, para a caracterização dos elementos dos contratos usuais ou, serviços, que são exemplos de bens imateriais.

Determinado o objeto do contrato, passa-se para a apreciação dos meios eletrônicos de pagamento. Nesse contexto, a parte aceitante da oferta, se identifica realizando *login* com sua senha, escolhe a forma de pagamento que lhe convém e, a partir de então, são transferidos os valores para o contratado.

Nessa esteira, Rodney de Castro Peixoto afirma que:

[...] os sistemas mais utilizados de pagamento em meio eletrônico são: cartões de crédito, cartões de uso exclusivo para uso em ambiente virtual (cartões inteligentes – e-card), carteiras eletrônicas, dinheiro eletrônico – e-cash e cartão de débito. (PEIXOTO *apud* LEAL, 2007, p. 143)

Essas formas de pagamentos eletrônicos se sujeitam a vários procedimentos instituídos pelos fornecedores, para garantir ao contratante a validade e segurança de suas transações financeiras, como por exemplo, assinatura, certificação digital, criptografia etc.

Com relação ao provedor de acesso à internet, há uma relação jurídica de prestação de serviços, concretizada mediante contrato e tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, portanto responde de maneira objetiva pelos danos suportados ao usuário em virtude de má prestação do serviço, cita-se como exemplo, falhas do sistema que impeçam o envio de e-mails.

Por outro lado, o provedor de acesso não é parte na relação jurídica firmada entre duas pessoas no ambiente virtual, tendo em vista que a sua função limita-se ao fornecimento dos endereços de IP. Assim, seria o mesmo que reconhecer a companhia telefônica como parte no contrato celebrado entre duas pessoas através do telefone (LEAL, 2007, p. 144).

3.4.3 Elementos formais

Na contratação eletrônica, o elemento formal possui duas vertentes. A primeira diz respeito a forma de efetivação do contrato, que conforme o disposto no art. 107 do Código Civil, é livre, desde que a lei não imponha forma específica, tem-se como exemplo o contrato de compra e venda de imóvel.

A segunda refere-se a segurança de que o contrato eletrônico celebrado tem validade, que não fora adulterado e, que as partes contratantes são de fato quem dizem ser.

Sheila do Rocio explica que:

No mundo virtual, o original de um documento não distingue de uma cópia não há assinatura de próprio punho sobre um papel, como ocorre com os contratos escritos, o que leva a um enorme potencial de risco para ocorrência de fraudes [...] (LEAL, 2007, p. 148).

A tecnologia empregada no ambiente virtual facilita a alteração de documentos, assim devem ser disciplinados por lei específica, já estão sujeitos às características específicas. No entanto, enquanto isso não acontece, aplicam-se, no que couber, as leis existentes em nosso ordenamento.

A insegurança gerada pela internet também reflete na relação entre os contratantes. Exemplificando-se o consumidor não sabe ao certo se, realizando o pagamento, a mercadoria será entregue pelo fornecedor, bem como este não sabe se está firmando um contrato com indivíduo capaz.

Isso acaba gerando dificuldade para o avanço do comércio eletrônico. Nessa esteira, em 2001, Renato Opice Blum levantou os seguintes dados:

Segundo pesquisa da Módulo, 30% das empresas brasileiras já foram atacadas por hackers, entre as empresas que contabilizaram prejuízos com invasões 13% tiveram perdas acima de R\$ 1 milhão. [...] Os principais pontos de invasão são as redes internas (41%), Internet (38%) e acesso remoto (14%) (BLUM, *apud* LEAL, 2007, p. 150).

É por essa razão que as empresas, que comercializam pela internet, têm cada vez mais investido em segurança digital e, as grandes, ditas confiáveis, empresas adquirem certificações de segurança digital, assegurando a integridade das transações financeiras e também o sigilo das informações fornecidas pelos seus consumidores.

3.4.4 Requisitos de validade dos documentos eletrônicos

As transações eletrônicas geram um documento, do qual se espera validade de possibilidade de servir como prova processual no futuro. Devido a ausência de lei regulando os requisitos de validade de tais documentos, porém são recomendadas a verificação de alguns requisitos.

De início, os fornecedores devem assegurar aos seus clientes o sigilo dos dados, para que não sejam aproveitados além do fito contratado. Dados esses, na maioria das vezes envolvem números de cartões de crédito, senhas de contas bancárias, endereço etc., portanto responderá o fornecedor pela má-utilização (LEAL, 2007, p. 155).

Consecutivamente, a autenticidade de um documento deve ser garantida, com identificação dos contratantes e da origem das mensagens. Nesse sentido, Cesar Viterbo Santolim explica que:

Para que a manifestação de vontade seja levada a efeito por um meio eletrônico (isto é, não dotado de suporte cartáceo, que se constitui no meio tradicional de elaboração de documentos), é fundamental que estejam atendidos dois requisitos de validade, sem os quais tal procedimento será inadmissível:

- a) o meio utilizado não deve ser adulterável sem deixar vestígios; e
- b) deve ser possível a identificação do(s) emitente(s) da(s) vontade(s) registrada(s) (SANTOLIM *apud* LEAL, 2007, p. 155).

Assim, o fornecedor deve garantir aos seus consumidores que a eventual alteração por um terceiro de má-fé, dos documentos por ele gerado, não poderá ser feita de forma a gerar a impunidade deste (LEAL, 2007, p. 155).

Dando continuidade analisar-se-á a integridade, que está fortemente relacionada com a autenticidade do documento, eis que tem a ver com a implementação de medidas por parte do fornecedor, para que o documento emitido possua atributos que impeçam ou dificultem a sua alteração (LEAL, 2007, p. 155).

Finalmente, o não repúdio refere-se à garantia que o emissor de uma mensagem não poderá negar que o fez e, o receptor não terá como se escusar do seu recebimento. Assim, para Angela BRASIL: *“o que o Não Repúdio traz de novo é*

quase um seguro contra a alegação de que o negócio não foi feito e a certeza que se houver uma disputa judicial a cláusula será uma garantia para as partes” (BRASIL *apud* LEAL, 2007, p. 157).

Assim, as partes serão solicitadas que, expressamente, concordem com a não rejeição, utilizando-se, para tanto, de uma empresa certificadora que comprove a integridade do documento, para que seja possível sua utilização como meio de prova perante terceiros.

3.4.5 Valor probante

Eduardo Cambi define prova de três formas:

Como atividade prova é sinônimo de instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão. [...] Como meio, a prova é vista como um instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo. [...] Como resultado, a prova é sinônimo de êxito ou de valoração, consubstanciado na convicção do juiz (CAMBI *apud* LEAL, 2007, p. 169).

Assim, como provas de um processo, o juiz poderá fazer uso de quaisquer documentos, utilizando-se do princípio probatório do livre convencimento motivado, valorando-as da forma que julgar necessária.

Nesse contexto, o art. 371 do Código de Processo Civil prevê:

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.

Conforme já visto, os documentos eletrônicos particulares podem ser adulterados e, por essa razão, não podem ser equiparados aos documentos

particulares escritos, já que não se pode identificar se quem o enviou é realmente a pessoa que está descrita nele.

Então, para efeitos de prova, esses documentos se assemelham a um contrato por telefone ou oral. Frisa-se que, via de regra, a prova da validade em um processo cabe a quem alega, entretanto, se tratar de relação de consumo, e havendo as hipóteses do art. 6º, VIII do CDC, o ônus da prova será invertido.

Na hipóteses de alegação de falsidade ou adulteração de documento, o juiz deverá determinar a realização de perícia técnica para verificar se o documento é válido ou não.

Enfim, vale destacar que, quando houver legislação que regule os documentos eletrônicos, estes terão garantida eficácia probatória em consonância com o artigo 332 do Código de Processo Civil, segundo todos os meios de prova admitidos em direito são cabíveis.

3.5 O Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de consumo

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, em seu artigo 2º define o que vem a ser consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único: Equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Percebe-se que o conceito utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor acerca do que vem a ser consumidor foi o econômico.

O Código de Defesa do Consumidor levou em conta somente “o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final” (PELLEGRINI, 2001, p. 27), ou seja, aquele indivíduo que adquiriu produtos ou serviços por necessidade própria, não para revender o produto ou serviço, mas sim para utilizá-lo.

Da mesma forma que o CDC trouxe o conceito de consumidor, esse também o fez com o conceito de fornecedor, em seu artigo 3º, *caput*:

Art. 3º- Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Pelo artigo supramencionado é possível depreender que fornecedor é aquela pessoa, física ou jurídica, que oferta produtos ou serviços a serem adquiridos pelos consumidores.

Tal entendimento está de acordo com a interpretação de José Geraldo Brito Filomeno que traz que fornecedores “são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores” (GRINOVER, et all, 2001, p. 30).

A relação de consumo nada mais é que a relação jurídica entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto, produto ou serviço adquirido. Entretanto não podemos esquecer que esse consumidor precisa ser o destinatário final, ou seja, o consumidor precisa utilizar o bem ou serviço adquirido em “proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal e não para revenda ou então para acrescentá-lo à cadeia produtiva” (GRINOVER, et all, 2001, p. 30), como demonstra o entendimento jurisprudencial:

ART. 6º PERICIA PROVA ONUS RECURSO INC. VIII CODIGO DE PROTECAO E DEFESA DOCONSUMIDOR PROVA - Ônus - Inversão de realização de perícia envolvendo contrato celebrado com instituição financeira para aquisição de casa própria - Possibilidade, já que caracterizada a relação de consumo onde o consumidor age com vista ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial - Hipossuficiência econômica dos requerentes também comprovada pelo requerimento de justiça gratuita formulado - Art. 6º, inc. VIII do CDC - Recurso improvido. WTCN/vl - 07.06.00 (1º TAC, processo nº 895779-3, julgado em 15/12/1999, Relator: Oséas Davi Viana).

Portanto, percebe-se que a relação de consumo é restrita, sendo somente aquela relação em que o consumidor adquire um produto para seu uso próprio ou de sua família.

O objeto da relação de consumo, entre o consumidor e fornecedor, abrange tanto ofertas de produtos ou bens, como também a oferta de serviços.

Nesse caso o Código de Defesa do Consumidor também traz em seus dispositivos os conceitos de produtos e serviços em seu artigo 3º, §§ 1º e 2º:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Referente aos produtos discute-se a utilização do termo correto pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que esta não abrange todas as coisas ofertadas.

Dessa forma, a maioria dos doutrinadores considera que o termo utilizado deveria ter sido “bens”, devido ao fato deste ser mais abrangente e genérico. Isso ocorre porque o termo “bem” alcança tanto os objetos de interesse quanto os que possuem certa utilidade aos homens, sendo estes objetos suscetíveis de apropriação.

Sendo assim, o termo “produtos” (bens) deve ser entendido como “qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente como destinatário final” (GRINOVER, et all, 2001, p. 44).

Já, em relação aos serviços, estes devem ser compreendidos como atividades oferecidas aos consumidores, tais como ofertas de corte de cabelos, consertos, manutenções, serviços bancários (exemplo: transferência efetuada via *Internet*), entre outras.

A relação entre o Código de Defesa do Consumidor e a internet fica mais fácil de compreender após a abordagem anterior sobre o que são consumidores, fornecedores, produtos e serviços.

A internet oferece aos seus usuários não só produtos a serem adquiridos, como também serviços. Tanto que existem sites específicos para compra de bens e

serviços. Dessa forma, os usuários passam a serem consumidores no momento em que adquirem bens via internet, ou quando estão expostos às ofertas.

Quanto à publicidade, em qualquer meio de mídia, é o veículo utilizado pelo fornecedor para atrair a atenção do consumidor para que este adquira seus produtos ou serviços. Entretanto, o fornecedor, no momento em que anuncia, obriga-se a fornecer o bem ou executar o serviço conforme o anunciado.

Uma vez anunciado o produto ou o serviço, não se discute o consentimento ou a vontade do anunciante (fornecedor), pois esse consentimento, essa vontade, opera-se de forma implícita no momento em que esse decidiu veicular a propaganda.

A diferença na internet é que nesta existe a possibilidade de utilizar buscadores para encontrar o bem ou o serviço desejado pelo consumidor. Contudo, alguns *sites* são programados para, ao ser colocado determinada palavra no campo de pesquisa de produtos, aparecerem páginas e produtos sem relação alguma com o que foi pesquisado. Essa forma de publicidade é considerada publicidade enganosa, pois é uma forma de fazer com o que o usuário seja exposto a outros produtos, que não o requerido, tentando persuadi-lo a adquirir bem e/ou serviço diferente do desejado.

Como tal procedimento é considerado propaganda enganosa, o fornecedor poderá sofrer as sanções previstas no artigo 56 do CDC, ou seja, o anunciante que utilizar tal forma de propaganda poderá ser multado ou ter suspensa sua atividade, entre outras punições.

Uma das grandes dúvidas existentes no comércio via internet ocorre quando o produto adquirido não condiz com as expectativas de seus adquirentes.

De acordo com artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 49 O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou domicílio.
Parágrafo único - Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer prazo durante o prazo de reflexão, serão desenvolvidos, de imediato, monetariamente atualizado.

Portando, qualquer consumidor pode desistir da contratação dos produtos e serviços no prazo mencionado, desde que tal contratação ocorra fora do estabelecimento comercial. É exatamente o que ocorre nos contratos celebrados via rede.

Tal esta de acordo com o melhor entendimento conforme ementa que segue:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS. PROVA. ARREPENDIMENTO. O arrependimento de que trata o art. 49 do CDC somente é possível nos casos ali elencados, ou seja, somente se a compra se deu por telefone ou internet. No caso aqui posto a venda se deu diretamente na loja da operadora, não incidindo a regra do art. 49, caput do CDC. Pedido de cancelamento de linha que não veio comprovado nos autos. Preliminar rejeitada, apelação improvida. (Apelação Cível Nº 70029597242, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 21/07/2009)

A discussão, no entanto, ocorre quando da contagem do prazo para o arrependimento do consumidor acerca do produto ou serviço adquirido. Discute-se, se é a partir da celebração do contrato ou da entrega do produto ou serviço.

No caso dos contratos efetuados por meio eletrônico (via digital), fica prejudicada a verificação pelo consumidor da compatibilidade do produto ou serviço com a oferta e com suas expectativas, antes do recebimento deste.

Dessa forma, o prazo para que o arrependimento do objeto da relação de consumo deve ser contado a partir da entrega do bem ou do fornecimento do serviço (art. 49, CDC).

Por fim, existe previsão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos no artigo 13 do Projeto de Lei 1.589/99 da OAB/SP, o qual diz que *“aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de proteção e defesa do consumidor”*.

3.6 Formação e conclusão dos contratos eletrônicos

Os contratos eletrônicos possuem as mesmas fases de formação dos contratos em gerais, quais sejam: oblação, negociações preliminares, policação ou oferta e aceitação.

A primeira fase ainda não obriga os contratantes, havendo apenas especulações sobre a eventual concretização do contrato, gerando responsabilidade pré-contratual pelos possíveis prejuízos causados, tendo em vista a expectativa de negócio criada. Tal responsabilidade extracontratual se funda no princípio da boa-fé (LEAL, 2007, p. 112).

A oferta ou policação inicia o contrato, que, no caso da internet, se faz quase sempre em sites ou lojas virtuais, ficando o produto ou serviço disponível de forma permanente para que o oblato venha a contratar (LEAL, 2007, p. 112).

Luís Lorenzetti preleciona que:

Em primeiro lugar, é necessário precisar se o website contém uma série de elementos essenciais e suficientes para constituir uma oferta. Em caso afirmativo, é uma oferta ao público, vinculatória se for um contrato de consumo, que se conclui no momento em que o usuário transmite a declaração de aceitação. Se não contiver os elementos constitutivos de uma oferta, trata-se de um convite a ser oferecido; o “navegante” é quem oferece e o contrato se completa a partir do momento em que ele recebe a aceitação da parte do provedor (LORENZETTI *apud* LEAL, 2007, p. 112).

Dessa forma, é necessário averiguar se existem os requisitos para constituir a oferta, os quais devem ser mais delineados do que nos contratos em geral, devido à incerteza de se saber com quem se está contratando em ambiente virtual.

O art. 4º do Projeto de Lei nº 1.589/99 da OAB/SP traz os requisitos em comento:

Capítulo II – Das Informações Prévias

Art. 4º A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre:

a) nome do ofertante, e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime

- de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;
- b) endereço físico do estabelecimento;
- c) identificação e endereço físico do armazenador;
- d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico;
- e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante;
- f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e
- g) os sistemas de segurança empregados na operação.

Em caso de aprovação do referido Projeto de Lei, o rol previsto neste artigo, deve ser interpretado de maneira exemplificativa, uma vez que o fornecedor tem o dever de informar o consumidor de todos os detalhes sobre o produto ou serviço objeto da relação contratual.

Finalmente, a fase ulterior é a aceitação ou oblação, que revela o encerramento do contrato, com a aceitação do oblato à proposta realizada pelo peticitante. Os contratos eletrônicos, de igual modo aos contratos usuais, poderão ser considerados “entre presentes” ou “entre ausentes”, a depender do momento que se consideram concluídos.

Nesse contexto, analisando-se quanto à classificação dos contratos eletrônicos, o art. 428 do Código Civil com relação aos contratos interpessoais simultâneos, que são aqueles realizados por meio de salas de bate-papo (chat), reputam-se formados no momento exatamente posterior à proposta, já que considerados como contratos entre presentes.

Por sua vez, os contratos interpessoais não simultâneos, consideram-se formados no momento da expedição da mensagem eletrônica. Nessa hipótese, é assumida a Teoria da Expedição, prevista nos arts. 428, III, e 434, *caput*, do Código Civil, já que esses contratos são tidos como entre ausentes, como é o caso do contrato celebrado através de e-mail.

Já, os contratos interativos são, por certo, nomeados de contratos entre ausentes, eis que o consumidor e o fornecedor não se encontram presentes simultaneamente no mesmo estabelecimento (lojas virtuais), assim, se constituem no momento da expedição da aceitação pelo oblato.

Por derradeiro, nos contratos intersistêmicos, efetivados entre computadores, o momento da conclusão ocorre quando da programação dos

sistemas pelos seus operadores, que serão posteriormente executados automaticamente e fielmente ao que foi programado.

Cumpra salientar que a contratação eletrônica traz um problema quanto à confirmação de que a mensagem atingiu aos seus destinatários, tendo em vista que a sua transmissão percorre diversos caminhos até chegar ao destinatário final.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 1.589/99 da OAB/SP, em seu artigo 7º determina que, “Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida antes pelo destinatário, e confirmando seu recebimento”.

Assim, o peticionante deverá tomar todas as providências possíveis para assegurar que a aceitação do contrato chegou ao seu conhecimento, transcrevendo a sua aceitação e enviando-a por meio de mensagem automática ao contratante (LEAL, 2007, p. 113).

3.6.1 Local de Formação

O local de formação de um contrato em geral, não encontra maiores divergências na doutrina, sendo previsto que estará concluído o contrato no local onde fora proposto (art. 435, CC).

Entretanto, na contratação eletrônica nem sempre tem esses alcances instituídos, pois não raro os contratantes se encontram em países distintos e a conclusão do contrato ocorre em outro local distinto.

A Lei Modelo da Uncitral, para dirimir os conflitos decorrentes da falta de especificação do lugar de formação do contrato, em seu artigo 15³ traz solução possível para o problema.

³ 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:

Em comento ao referido dispositivo legal, Sheila Leal afirma que:

De acordo com este dispositivo, uma declaração eletrônica será considerada expedida e recebida no local onde o remetente e o destinatário, respectivamente, tenham seu estabelecimento. Assim, não se leva em consideração nem o endereço do website, nem o endereço físico do servidor, mas o local do domicílio ou estabelecimento das partes. Caso uma das partes ou ambas possuam mais de um estabelecimento, considera-se como formado o contrato naquele que guarde relação mais estreita com seu objeto, ou o estabelecimento principal. Caso o remetente ou o destinatário não possuam estabelecimento, considera-se como tal o local de sua residência habitual. (LEAL, 2007, p. 118)

O ideal seria que os contratantes escolhessem previamente o local de formação do contrato ou definissem na proposta, onde ela está sendo consolidada, contudo, sendo inviável de se realizar desta maneira, o artigo 15 enumera possibilidades e suas possíveis soluções.

3.7 Legislação aplicável aos contratos eletrônicos

Em consonância com o que foi exposto, o comércio eletrônico, realizado através de contratos celebrados na internet, alcançou uma dimensão universal. Todos os dias concretizam-se contratos entre pessoas que se encontram em países

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.

distintos e dessas relações jurídicas surge o problema acerca da legislação de qual país deverá ser aplicada às transações comerciais eletrônicas.

Nesse contexto, Marco Aurélio Greco ensina que:

Qualquer pessoa de qualquer lugar do mundo, pode acessar um site na Internet. Isto põe em dúvida onde estará o consumo, e qual o tipo de consumidor com o qual os agentes econômicos terão de tratar. Este é o desafio de hoje. Quando havia um consumidor certo, por exemplo, no Brasil, o exportador na origem procurava atender a todos os requisitos da legislação brasileira [...] Hoje não se sabe, a priori, quem é o consumidor, não se sabe quais são, por exemplo, as exigências que vigoram num país distante quanto à linguagem utilizável, imagens consideradas ofensivas e etc. Há, portanto, uma mobilidade no consumo. [...] Em suma os agentes econômicos não têm mais um local físico ao qual obrigatoriamente se reportem. Eles podem estar alocados fisicamente em qualquer lugar do mundo, e virtualmente num endereço apenas eletrônico (GRECO *apud* LEAL, 2007, p. 118/119).

Diante da inexistência ou dificuldade de localização de um local físico onde se estabeleça o fornecedor e a falta de uniformidade das legislações na seara internacional, é imprescindível a análise do instituto da legislação aplicável aos contratos eletrônicos.

Nessa esteira, José de Oliveira Ascensão defende que dever-se-ia dirimir os conflitos com normas do Direito Internacional Privado, já que esse é o ramo do direito que estabelece um *“conjunto de regras que demarcam a competência de várias ordens jurídicas potencialmente aplicáveis à disciplina das relações de direito privado”* (ASCENSÃO *apud* LEAL, 2007, p. 119).

Assim, há uma relativização do princípio da territorialidade admitida pelos Estados, para que, em consonância com os limites impostos pelos ordenamentos jurídicos de cada nação, sejam aplicadas leis estrangeiras dentro dos seus territórios, não podendo tais leis desprezar princípios e direitos fundamentais nacionais.

No Brasil, existe a possibilidade da aplicação do direito estrangeiro no território nacional, ou não sendo viável esta hipótese, a supremacia da lei brasileira sobre as estrangeiras, encontra-se disciplinada em diversos institutos jurídicos, como a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código Civil, o Código de Defesa do

Consumidor e inclusive a jurisprudência já firmou seu entendimento no caso concreto.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 9º, traz a possibilidade da extraterritorialidade com a finalidade de facilitar as negociações internacionais. Conudo, o art. 17 do diploma legal em comento, prevê que não serão aplicáveis as leis estrangeiras se houver ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Além disso, nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII, assenta à categoria de direito fundamental os direitos do consumidor e aos contratos eletrônicos de consumo, aplicam-se as normas constantes no Código de Defesa do Consumidor, pois tais normas “[...] são de ordem pública, cogentes e indisponíveis, e, nessas condições, aplicáveis aos contratos internacionais de e-commerce, para a proteção dos direitos dos consumidores brasileiros” (LEAL, 2007, p. 121).

Inclusive é esse o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(REsp 63981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296)

Em que pese o posicionamento da Corte, o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, prevê que a aplicação obrigatória da lei brasileira em outros países depende de autorização expressa destes.

Destarte, atualmente, a arbitragem e a auto-regulamentação tem sido bastantes utilizadas como forma de solução dos conflitos, sendo a primeira mais célere e a segunda mais efetiva, eis que as partes envolvidas na lide decidem acerca das peculiaridades das controvérsias, respeitando a Constituição Federal, as legislações infraconstitucionais e os princípios que regem os contratos gerais e eletrônicos.

Em relação a competência, o artigo 111 do Código de Processo Civil institui que o foro competente será aquele eleito pelas partes. Em não havendo eleição de foro, a ação deverá ser proposta no domicílio do réu, consoante o disposto no artigo 94 do citado diploma legal. Caso a ação seja fundada em direito pessoal, o foro competente será no local onde a obrigação deva ser satisfeita, na hipótese de cumprimento forçado desta (art. 100, IV, “d”, CPC).

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expostos na presente pesquisa, resta demonstrada a possibilidade de aplicação da legislação brasileira em vigor, especialmente às normas que regulam os contratos em geral, aos contratos eletrônicos.

Tais contratos são firmados utilizando a internet como meio de comunicação, tendo em vista que o contrato eletrônico não é uma nova modalidade de contrato, mas sim, um contrato como outro qualquer, efetivado de forma virtual, possuindo suas peculiaridades.

Os contratos eletrônicos são classificados em: intersistêmicos, interpessoais e interativos. Os primeiros são aqueles celebrados automaticamente entre máquinas, após terem sido preestabelecidas determinadas configurações nos sistemas pelo homem.

Os interpessoais são caracterizados por comunicação entre pessoas através do computador em todas as fases da concretização.

Finalmente, os interativos se perfazem mediante comunicação entre uma pessoa e um sistema, ocorrendo frequentemente nas lojas virtuais (e-commerce), onde é realizado operações automáticas com o contratante, pois tal sistema já foi previamente programado pelo seu criador ou seu operador

Como ficou evidenciado, o contrato eletrônico preenche todas as condições e pressupostos aplicáveis aos contratos tradicionais, devendo ser tomados alguns cuidados quanto à segurança dos procedimentos pré-contratuais, tendo em vista a vulnerabilidade do ambiente digital.

É importante mencionar o princípio que fundamenta a existência dos contratos eletrônicos, qual seja a liberdade das formas. Assim, como os contratos podem ser pactuados de qualquer forma, desde que não esteja prevista ou proibida em lei forma específica, torna-se perfeitamente válida a existência dos contratos eletrônicos no mundo jurídico.

Portanto, os contratos eletrônicos serão válidos, desde que estejam em consonância com o ordenamento jurídico em vigor e que observem aos princípios gerais do direito, à justiça e à ética sociais.

Contudo, deve-se analisar com cautela a internet como ambiente inseguro. O contratante, primeiramente, para dar garantia a segurança do contrato, devem procurar conhecer a procedência da parte com quem está contratando, bem como certificar-se, em contratos mais sensíveis, a existência de certificado digital de segurança na loja virtual, quando for caracterizada a relação de consumo ou do banco, quando tratar-se de operações bancárias.

Em se tratando de contratos de consumo, esses têm dominado o instituto dos contratos eletrônicos no mundo moderno, tendo em vista a facilidade de se comunicar com um indivíduo, mesmo que fiquem em lados contrários do mundo.

Assim, tendo em vista que os contratos celebrados de forma virtual, como já dito, preenchem os requisitos dos contratos em geral, aos contratos eletrônicos de consumo, devem ser aplicadas as normas constantes do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, em casos de conflito de legislação de países diversos, o Brasil adota, excepcionalmente, o princípio da extraterritorialidade, para que seja aplicada a legislação estrangeira no território brasileiro, desde que esteja de acordo com os princípios e garantias fundamentais nacionais.

Nos contratos eletrônicos de consumo, tem-se aceitado, até mesmo pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro ao estrangeiro, tendo em vista serem os direitos do consumidor normas de ordem pública.

Dessa forma, conclui-se que poderão ser compactuados por meio de contratos eletrônicos, tudo aquilo que a lei não preveja forma específica nem proíba expressamente.

A legislação aplicável, portanto, será a brasileira vigente, principalmente as normas respectivas aos contratos em geral e aos contratos de consumo, e, subsidiariamente, a legislação estrangeira pertinente aos contratos eletrônicos, tendo em vista que países como os Estados Unidos, já possuem normas relativas à contratação eletrônica em vigor em seu ordenamento jurídico, enquanto que o Brasil ainda não as possui.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. 2 ed. Ampliada. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BLUM, Renato M. S. Opice. *A Internet e os Tribunais*. Disponível em: <http://www.ibpbrasil.com.br/news/inf14.htm>.

BRASIL, Ângela Bittencourt. *Contratos Virtuais*. Disponível em: <http://www.advogado.com>.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos Atípicos: Legislação, doutrina e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Da validade jurídica dos contratos eletrônicos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 264, 28 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4992>. Acesso em: 20 jan 2013.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

ITEANU, Olivier. *Internet et lê droit*. Paris: Eyrolles, 1966.

LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos Eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: RT, 2008.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NAVARRETE, Miguel Angel Moreno. *Derecho-e: Derecho del Comercio Electrónico*. Marcial Pons Librero Editor, 2002.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. (Temas Jurídicos)

PEIXOTO, Rodney de Castro. *O Comércio Eletrônico e os Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PELLEGRINI, Ada; Nery, Nelson e Outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações*. 30 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 3 v.

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