

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Renato Zenker

Professora Orientadora: Vivien Lys

**São Paulo
2016**

Renato Zenker

A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Monografia apresentada para obtenção do
título de especialista em Direito Contratual sob
a orientação da Professora Vivien Lys.

PUC/SP

São Paulo
2016

Banca Examinadora:

Resumo:

O presente trabalho teve como objetivo analisar o contrato eletrônico, seus requisitos de validade, elementos e princípios específicos. Teve como ponto de partida o desenvolvimento do comércio eletrônico em todo o país e, não obstante seu crescimento exponencial nos últimos anos carece de uma legislação específica, o que certamente poderia contribuir para maior segurança jurídica desse fenômeno socioeconômico. O assunto tem grande relevância econômica em virtude do incremento do *e-commerce*. A metodologia utilizada foi a pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Os princípios são os mesmos para os contratos em geral e, quanto aos específicos, podemos destacar, o princípio da equivalência funcional dos contratos eletrônicos, neutralidade e perenidade das normas reguladoras do ambiente digital, conservação e aplicação das normas jurídicas existentes nos contratos eletrônicos. Foram abordados os projetos de Lei em tramite no Congresso sobre o tema, bem como a Lei modelo da UNCITRAL. Os contratos eletrônicos podem ser classificados em contratos intersistêmicos, interpessoais e interativos, e o seu momento de formação pode variar de acordo com a espécie, aplicando-se a regra dos contratos entre presentes e ausentes, sendo que parte da doutrina apresenta outra classificação quanto ao momento da formação do contrato eletrônico. Ainda se abordará o local de formação do contrato, bem como a lei aplicável e se o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado de forma indiscriminada ao contrato eletrônico.

Palavras Chave: Contrato, eletrônico, comércio eletrônico.

Abstract:

This study aimed to analyze the electronic contract, its validity requirements, elements and specific principles. It took as its starting point the development of e-commerce across the country, which despite its exponential growth in recent years, however, lacks a specific legislation which would certainly contribute to greater legal certainty this socioeconomic phenomenon. The issue has great economic importance due to the increase in e-commerce. The methodology used was doctrinal and jurisprudential research. The principles are the same for contracts in general and on the specific we can point out the principle of functional equivalence of electronic contracts, neutrality and continuity of the rules regulating the digital environment, conservation and implementation of existing legal standards to electronic contracts. It was approached the Law projects that pass in Congress on the subject, as well as the Law of UNCITRAL model. Electronic contracts can be classified into intersystemic, interpersonal and interactive contracts and their time training may vary according to the species, applying the rule of contracts between and away gifts, and part of the doctrine provides a further classification as to when the formation of electronic contract. Still address the place of contract formation, as well as the applicable law and the Consumer Protection Code can be applied indiscriminately to the electronic contract.

Keywords: Contract, electronic commerce.

SUMÁRIO

1	Introdução	pág. 8
1.2.	Conceito	pág. 9
2	Requisitos e Pressupostos de Constituição do Liame Contratual	pág. 11
2.1	Princípios Gerais	pág. 12
	a) Autonomia da vontade	pág. 12
	b) Princípio da Força Obrigatória dos Contratos (<i>pacta sunt servanta</i>)	pág. 15
	c) Princípio da Relatividade dos Contratos	pág. 17
	d) Princípio da Boa-Fé	pág. 18
	e) Princípio da Função Social	pág. 18
2.2.	Requisitos e Pressupostos de Validade	pág. 20
2.2.1.	Requisitos Objetivos	pág. 21
	a) Objeto	pág. 21
	b) Forma	pág. 23
2.2.2		pág. 24
	a) Capacidade	pág. 24
	b) Consentimento	pág. 28
3.	Da Oferta e sua Vinculação	pág. 29
3.1.	Da Fase Pré Contratual ou de negociação Preliminar	pág. 29
3.2.	A Proposta e Aceitação no Código Civil	pág. 32
3.3.	Da Proposta no Código de Defesa do Consumidor	pág. 35
3.3.1.	Princípios Relacionados a Oferta	pág. 37
	a) Princípio da Vinculação	pág. 37
	b) Princípio da Transparência	pág. 38
	c) Princípio do Dever de Informar	pág. 38
4.	O Contrato Eletrônico e sua Formação	pág. 39
4.1.	Conceito e Noções Gerais	pág. 39

4.2. Princípios Específicos do Contrato Eletrônico	pág. 41
4.2.1. Princípio da Equivalência Funcional	pág. 41
4.2.2. Princípio da Neutralidade e da Perenidade das Normas Reguladoras do Comércio Eletrônico	pág. 42
4.2.3. Princípio da Conservação do Direito existente aos Contratos Eletrônicos	pág. 42
4.3. Breve enfoque sobre a lei modelo da UNCITRAL e dos projetos de lei acerca do comércio eletrônico	pág. 43
4.4. Das Espécies de Contratações Eletrônicas	pág. 46
a) Contratos Eletrônicos Intersistêmicos	pág. 47
b) Contratos Eletrônicos Interpessoais	pág. 47
c) Contratos Interativos	pág. 48
4.5. O Momento e o Lugar da Formação dos Contratos Eletrônicos	pág. 50
5. Conclusão	pág. 56
Bibliografia	pág. 58

1 - INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico é uma realidade virtual!

Atualmente no país o volume de negócios jurídicos firmados por meio do *e-commerce* cresce num ritmo que o varejo não consegue acompanhar.

O comércio eletrônico no País cresceu nominalmente 28% em 2013 ante 2012, faturando R\$ 28,8 bilhões. Além disso, 9,1 milhões de pessoas fizeram compras *online* pela primeira vez no ano passado, o que eleva para 51,3 milhões o número de consumidores que, ao menos uma vez, já utilizaram a *internet* para adquirir algum produto. Tal crescimento é alavancado pela popularização da internet de banda larga e dos *smartphones* que possibilitaram o acesso das classes C e D ao comércio eletrônico. *(De acordo com números levantados pela e-bit, empresa especializada em informações do comércio eletrônico fonte: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,comercio-eletronico-no-pais-fatura-r-28-8-bi-em-2013,179461e>)*

Fica clara a necessidade da abordagem deste tema no que tange as suas propriedades e repercussões jurídicas, em especial, a partir do momento em que a avença celebrada num ambiente virtual passa a gerar direitos e obrigações aos envolvidos. Por óbvio que o direito deve se adaptar a essa nova realidade e servir como um estímulo ao desenvolvimento socioeconômico.

O tema é atual e na maioria das vezes o Direito tem dificuldade em acompanhar as mudanças ocorridas no seio da sociedade, com o surgimento de novas tecnologias, exigindo-se a revisão, a adaptação de conceitos tradicionais a uma nova realidade e a novas casuísticas.

O contrato eletrônico é de relevante importância econômica e está cada vez mais presente na vida econômica da sociedade, motivo pelo qual se faz necessário o estudo desse fenômeno jurídico dada a sua importância.

Sem a pretensão de exaurir o tema, o presente trabalho tem por escopo analisar a situação dos contratos eletrônicos no direito, considerando a inexistência de legislação específica e os projetos de lei relativos ao tema.

1.2. CONCEITO

Não obstante o contrato ser uma das principais fontes de direitos e obrigações, o Código Civil não nos dá uma conceituação do que seja contrato, motivo pelo qual essa tarefa ficou a cargo da doutrina. Curiosamente, o referido diploma, apesar de conceituar diversas espécies, deixou de definir o que vem a ser propriamente um contrato.

Em termos gerais, o contrato pode ser conceituado como negócio jurídico bilateral particular onde prevalece a vontade das partes, devendo estar de acordo com o ordenamento jurídico para criar, modificar ou extinguir direitos.

De acordo com o Professor Flávio Tartuce¹: *“O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios”*.

A Professora Maria Helena Diniz² 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”*.

Dos conceitos acima transcritos, nota-se que o contrato tem por objetivo produzir efeitos jurídicos e possui também, a função de *“regulamentador de interesses das partes”*, como observa a Professora Maria Helena Diniz; em outras palavras, a criação do contrato vem a lume em razão da conjunção dos interesses particulares, que por meio dele se autorregulam.

¹In, Direito Civil, Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie – Volume 3, 6ª Edição, Editora Método, pág. 34.

² In, Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 3, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 27ª Edição, Editora Saraiva, pág. 32.

Essencialmente, o contrato cria norma individual entre as partes (fonte jurígena), e o seu descumprimento gera sanção à parte infratora, como via de regra.

O contrato é a materialização ou expressão da autonomia da vontade das partes (consenso) consistente no poder de decidir a sua própria esfera jurídica. Essa autonomia, todavia, encontra limitações pelo Estado ao se deparar com as normas de ordem pública, com o dirigismo contratual e o princípio da função social do contrato como norte a ser observado nos negócios jurídicos.

Ainda, da conceituação de contrato extraí-se a presença de dois elementos essenciais para a existência dos contratos: o estrutural e o funcional.

O elemento estrutural trata da necessidade de existirem mais de dois sujeitos com vontades opostas, que chegam a um consenso, não podendo nenhum dos contraentes alterar individualmente o que foi acertado quando da formação do contrato.

O elemento funcional, diz respeito à função econômica do contrato. Ele é o instrumento através do qual as diferentes partes, inicialmente, com interesses opostos, harmonizam-se para atingir uma finalidade econômica a qual resultará em reflexos patrimoniais.

2) REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO DO LIAME CONTRATUAL

Como em toda ciência, existem princípios que alicerçam e estruturam uma determinada ciência. Como o direito, e em particular, como o direito contratual. Com o direito e, em particular, com o direito contratual, não é diferente.

Cabe lembrar a precisa definição de princípio feita pelo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello³: *“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentimento harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”*.

2.1. Princípios Gerais Contratuais

a) Princípio da Autonomia da Vontade

Este princípio versa sobre a supremacia da vontade dos contratantes, ou seja, a liberdade de contratar. Tanto o conteúdo quanto a forma são livres para a escolha das partes, as quais também podem escolher com quem querem contratar.

³In, Elementos de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, pág. 230.

Assim, toda pessoa capaz poderá ser sujeita de direitos e contrair obrigações, exercendo então os poderes de autorregência dos interesses, como já mencionado alhures.

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.

A primeira se traduz pela livre escolha dos efeitos contratuais pelas partes, sem sofrerem limitações legais, em regra. Ou seja, as normas que regem o direito contratual são normas de caráter supletivo, pois se aplicam quando houver silêncio das partes ou para substituir a vontade do particular, caso não haja.

O segundo aspecto é a liberdade de escolher o outro contraente, ou seja, cada um contrata com quem quiser. Porém, em alguns casos não é possível exercer essa escolha, como nas hipóteses de prestação de serviço público monopolizados, os quais só podem ser contratados com as concessionárias prestadoras daquele serviço público.

Por fim, existe a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, que podem livremente escolher a forma que querem contratar, estipulando as cláusulas e até mesmo criando contratos atípicos, os quais são modelos de contrato ainda não previstos em lei, desde que não sejam contrários a ela. Existem exceções, como o contrato de adesão, que será estudado mais adiante.

Cumpra observar, que a liberdade para contratar não é absoluta, sofre limitações por imposição de normas de ordem pública cujo objetivo é proteger o interesse coletivo, assim como a parte contratante mais fraca numa relação contratual.

Como bem observado pelo Professor Silvio de Salvo Venosa⁴⁵: *“Em tese, a vontade contratual somente sofre limitação perante uma norma de ordem pública. Na prática, existem imposições econômicas que dirigem essa vontade. No entanto, a interferência do Estado na relação contratual privada mostra-se crescente e progressiva. No que já mencionamos no capítulo anterior, o sentido do art. 421 do Código de 2002 que dispõe que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.* (...). Mais adiante o professor conclui: *“No contrato da nossa época, a lei prende-se mais à contratação coletiva, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes. O Código de 2002 é expresso ao se referir ao sentido da função social do contrato. Assim, o ordenamento procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica. Esse sentido também está presente no Código de Defesa do Consumidor ...”.*

A intervenção do Estado na vontade dos contratantes deve ser interpretada de acordo com o caso concreto e parcimônia para que não crie distorções.

⁴In, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral das Obrigações, Volume II, 14ª Edição, Editora Atlas, pág. 407/408.

⁵ A referida intervenção estatal também é chamada de dirigismo contratual, que se justifica para assegurar a igualdade econômica dos contratantes, retratando o intervencionismo estatal nas relações particulares para fazer garantir a supremacia do interesse público.

b) Princípio da Força Obrigatória dos Contratos (*pacta sunt servanda*)

O contrato faz lei entre as partes. Esta máxima que se aprende ainda nas primeiras linhas do estudo do direito continua válida, já que, uma vez pactuado, as partes devem respeitar os termos e cláusulas contratuais, sob pena de se exigir o cumprimento da obrigação e indenização por perdas e danos.

Uma vez pactuado como expressa da livre manifestação volitiva, nenhuma das partes ou terceiros poderá alterá-lo unilateralmente.

Portanto, o contrato é intangível, mas não imutável.

Como não poderia deixar de ser, o princípio do *pacta sunt servanda* não é absoluto, sofre ponderações, pois se submete à teoria da imprevisão, que trata da possibilidade de o magistrado rever os termos do contrato, caso haja enriquecimento ilícito superveniente de uma das partes ou até mesmo resolver o contrato.

Assim, o contrato é excepcionalmente mutável, só podendo ser alterado pelo Poder Judiciário com o objetivo de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes.

c) Princípio da Relatividade dos Contratos

Via de regra, o contrato somente opera efeitos entre seus signatários.

De acordo com o magistério do Professor Silvio Rodrigues⁶: “*O princípio da relatividade das convenções contém a ideia de que os efeitos dos contratos só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. O que, aliás, é lógico. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes, é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que não lhes foi imposta nem derivou de seus querer*”.

Desta forma, o contrato só aproveita e prejudica a quem dele faz parte, não atingindo terceiros, assim entendidos por qualquer pessoa estranha à relação jurídica.

Esse princípio está intimamente relacionado à eficácia dos contratos, ou seja, à extensão dos seus efeitos.

De um lado, cumpre observar que temos os efeitos internos do contrato, que somente atingem as partes que desejaram a formação do liame contratual (*res inter alios acta, allis neque nocet neque potest*). Por outro lado, existem os efeitos externos do contrato, uma vez que, celebrada a avença, ele existe perante toda e qualquer pessoa, independente de fazer parte dele. Os efeitos externos do contrato referem-se mais quanto ao seu objeto.

⁶In, Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, volume 3, Editora Saraiva, 30ª Edição, pág. 17.

O princípio da relatividade das partes sofre algumas exceções, como nas estipulações em favor de terceiros, nas convenções coletivas de trabalhos.

d) Do Princípio da Boa-fé

Este princípio liga-se à interpretação dos contratos.

Em poucas palavras podemos afirmar que o princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem existir efeitos ou obrigações residuais.

É importante mencionar que deve haver uma colaboração mútua entre as partes, as quais devem guardar os conceitos de confiança, respeito e lealdade entre si para fazer valer a segurança dos negócios jurídicos.

O princípio da boa-fé encontra-se abarcada pela nossa legislação, com previsão expressa no art. 422 do Código Civil: *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como e sua execução, os princípios de probidade e boa fé”*.

Em verdade, estamos falando de boa-fé objetiva, que é aquela que se averigua independente da culpa de qualquer das partes, podendo dar causa ao inadimplemento do contrato.

Nas palavras do Professor Silvio de Salvo Venosa⁷:
“Como o dispositivo do art. 422 se reporta ao que se denomina boa-fé objetiva, é importante que se distinga da boa-fé subjetiva. Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que a sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele, há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado. A boa-fé objetiva, por outro lado, tem uma compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos”.

Fica claro que o princípio da boa-fé objetiva exerce uma função interpretativa, como pode ser extraído do artigo 113 do Código Civil⁸, a de controlar os limites de um exercício de um direito (exercício abusivo de um direito), como deixa indúvidoso o artigo 187 do Código Civil⁹, por fim, uma função integrativa do negócio jurídico, ante o disposto no artigo 422 do mesmo diploma legal¹⁰.

e) Do Princípio da Função Social

O vigente Código Civil adotou um sistema de normas abertas, ou seja, apresenta definição ampla, que permite realizar interpretação de grande amplitude.

⁷ In, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral das Obrigações, Volume II, 14ª Edição, Editora Atlas, pág. 412.

⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Consoante o disposto no art. 421 do Código Civil, o contrato deve ser celebrado em razão e nos limites da função social, ou seja, no contrato devem ser preservados os interesses da coletividade, sujeitando a vontade do particular aos bons costumes e às normas de interesse público.

De acordo com abalizada doutrina: *“A função social referida na lei é uma limitação da liberdade de contratar, no sentido da invalidade dos contratos que não a cumprem. Tanto assim que considera o Código, numa regra de caráter transitório, que o contrato sem função social é nulo por contrariar norma de ordem pública (art. 2035, parágrafo único)”¹¹.*

Assim será tido como nulo o contrato que violar ou sacrificar direitos metaindividuais (direitos públicos, difusos e coletivos) por imposição da Lei. A função social é cláusula geral voltada para toda coletividade. Diga-se, de passagem, que a violação do princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, interessa apenas as partes e restrita unicamente a estas, que possa leva à anulabilidade do negócio jurídico. Portanto, verifica-se uma nítida distinção no que tange à amplitude dos dois institutos jurídicos.

Convém ressaltar que o princípio da autonomia da vontade não perde a sua aplicabilidade em razão da existência do requisito da função social. Ele apenas não será observado de forma absoluta.

¹¹ Fabio Ulhoa Coelho, in, Curso de Direito Civil – Contrato – 6ª edição – Editora Saraiva o pág. 50.

2.2. REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DE VALIDADE:

O contrato somente pode ser tido como finalizado e apto a gerar efeitos no mundo jurídico quando preenchidos todos os requisitos de existência e de validade. Caso careça de alguns desses requisitos, o liame contratual não estará aperfeiçoado.

Em termos gerais, para que o contrato tenha validade é necessária a observância dos requisitos estabelecidos no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei. Além desses requisitos, a doutrina costuma elencar o consenso.

De forma sistemática, pode-se dividir os requisitos estabelecidos no artigo 104 do Código Civil em objetivos e subjetivos.

São requisitos subjetivos a presença de duas ou mais pessoas, legitimidade para contratar e o consentimento livre e espontâneo (livre de vícios de vontade). Por sua vez, os requisitos objetivos referem-se ao objeto do contrato: licitude, possibilidade jurídica, especificidade e proveito econômico.

Ainda, como requisito objetivo, pode-se incluir a forma escrita, exigida por força de lei (sob pena de nulidade) para que

determinados contratos tenham plena eficácia, geralmente para atender interesses públicos, dar publicidade, bem como para conferir solenidade ao ato.

2.2.1. Dos Requisitos Objetivos:

a) Objeto:

É inegável que o contrato gera às partes uma obrigação ou uma pluralidade de obrigações, mas o objeto de um contrato não se confunde com obrigação. É inegável que o contrato gera às partes uma obrigação ou uma pluralidade de obrigações, mas o seu objeto não se confunde com obrigação.

De acordo com o Professor Silvio de Salvo Venosa¹²: *“A obrigação constitui-se no objeto imediato do contrato. As obrigações são de dar, fazer e não fazer. A prestação contida nessas obrigações é que se constituirá o conteúdo propriamente dito do contrato, em seu objeto, ou objeto mediato do contrato. A obrigação contratual consiste sempre numa prestação (Chaves, 1984, v. 2, t. 2:2:417). Nesse sentido, as prestações importarão na entrega de uma coisa, na efetivação de um serviço, na abstenção de um fato expressamente descrito etc. O objeto do contrato, seu conteúdo propriamente dito, recai, portanto, sobre*

¹² In, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral das Obrigações, Volume II, 14ª Edição, Editora Atlas, pág. 479.

um bem econômico, coisa ou serviço, o qual, por meio do contrato, torna-se matéria de aquisição, alienação, gozo, garantia, etc. (Messineo, 1973, v. 21, t. 1:136)”.

A professora Maria Helena Diniz¹³, todavia, não faz qualquer distinção quanto à prestação ou obrigação, afirmando que o objeto de um contrato confunde-se com a obrigação assumida, *in verbis*: “*Os requisitos objetivos dizem respeito ao objeto do contrato, ou seja, à obrigação constituída, modificada ou extinta”*.”

Seguindo o escólio da Professora Maria Helena Diniz, o contrato deve ter um objeto lícito, ou seja, que não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes.

O objeto deve ser possível, ou seja, deve existir material e juridicamente, não se confundindo a impossibilidade com a indisponibilidade atual do objeto, pois esta se trata de contrato sobre coisa futura, ou seja, o contrato só será válido se objeto vier a existir. Como exemplo, tem-se a venda de safra futura.

A impossibilidade do objeto pode ser absoluta ou relativa, e apenas a primeira torna a obrigação inexigível, pois a relativa diz respeito às circunstâncias pessoais do devedor. Quanto à determinação, o

¹³ In, Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 3 – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª Edição, Editora Saraiva, pág. 36.

objeto deve ter ao menos a possibilidade de ser determinado, já que a indeterminação é causa para tornar inválido o contrato.

A economicidade trata da substancialidade do valor do bem a ser contratado. Os bens de valor ínfimo não podem ser apreciados em dinheiro e, portanto, não interessam ao direito contratual.

b) Forma:

Por último, importante mencionar a forma como elemento objetivo do contrato.

Nada mais é que a materialização, a exteriorização do contrato, a qual, em razão da rapidez que se imprime à grande gama de negócios jurídicos, acaba se concretizando de forma simples, sem solenidades e exigências legais, como ocorria no passado¹⁴.

Atualmente, a forma é, em regra, livre, como se infere pelo disposto no artigo 107 do Código Civil: *“A validade da*

¹⁴Como bem aponta o Professor Silvio de Salvo Venosa: *“No direito antigo, impunha-se uma série de formalidades, presenciadas por testemunhas. Estas, presentes ao ato, atestariam sua existência e validade. As formalidades tornavam os atos solenes e, como tal, impunham-se à sociedade. No velho Direito Romano, a forma era a regra, em que a menor desobediência implicava nulidade do ato. Os rituais substituíam a escritura. À medida que se expandem as relações comerciais, seu dinamismo não mais permite prisão à forma.”* (In, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 14ª Edição, Editora Atlas, pág. 481).

declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Por óbvio que nos contratos eletrônicos não se exige nenhuma forma específica ou palavras sacramentais para que o contrato se aperfeiçoe, sendo geralmente celebrado em ambiente virtual e informal.

Todavia, o negócio jurídico será nulo quando não observada a forma prescrita em lei, como deixa claro o disposto no artigo 166, IV e V do Código Civil.

2.2.2 - Dos Requisitos Subjetivos

Os elementos subjetivos dizem respeito às características pessoais dos contratantes, ou seja, a capacidade das partes e o consentimento não viciado.

a) Capacidade:

A capacidade dos contratantes é o primeiro requisito a ser referido para a validade dos contratos.

O contrato será válido apenas quando realizado por pessoas capazes, assim consideradas pelo Código Civil, como os maiores

de dezoito anos, desde que não estejam com as faculdades mentais comprometidas, como nos artigos 3º e 4º do mesmo diploma legal.

Assim, os atos praticados por um absolutamente incapaz são passíveis de nulidade, enquanto os praticados por um relativamente incapaz estão sujeitos à anulabilidade, como se vê nos artigos 166, inciso I e 177, inciso I, ambos do Código Civil.

Como bem observa o Professor Carlos Roberto Gonçalves¹⁵: *“A capacidade exigida nada mais é do que a capacidade de agir em geral, que pode inexistir em razão da menoridade, da falta do necessário discernimento ou de causa transitória (CC, art. 3º), ou ser reduzida nas hipóteses mencionadas no art. 4º do Código Civil (menoridade relativa, embriaguez habitual, dependência de tóxicos, discernimento reduzido, prodigalidade)”*.

Referidas normas têm por finalidade a proteção dos incapazes e, portanto, na prática, são relativizados os atos cotidianos praticados por estes, pois presume-se a aceitação dos pais.

Busca-se, em última análise, também proteger a higidez dos negócios jurídico, evitando-se que a contratação seja formalizada com pessoa incapaz de dar cumprimento à avença.

Essa questão se revela bastante peculiar nas contratações eletrônicas em que não se deve descartar a corriqueira situação em que menores incapazes formalizam a compra de bens em

¹⁵ In, Direito Civil Brasileiro – Volume 3, Contratos e Atos Unilaterais, 11ª Edição, Editora Saraiva, pág. 35.

ambiente eletrônico, principalmente se considerarmos a informalidade onde a celebração do negócio se dá através de alguns “cliques” e sem que a outra parte tenha conhecimento de que o negócio foi celebrado com incapaz por se tratar de negócio celebrado entre ausentes.

Os Tribunais do país têm entendido que a celebração de contrato eletrônico nessas condições é nulo em razão da falta de capacidade das partes:

0011985-91.2010.8.26.0526 - Apelação / Prestação de Serviços

Relator(a): William Marinho

Comarca: Salto

Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/09/2014

Data de registro: 23/09/2014

Ementa: DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Pirâmide. Propaganda enganosa. Contrato celebrado com *menor* absolutamente *incapaz*. Restituição das mensalidades pagas e danos morais. Incidência do art. 252 do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. 1. A captação de clientes que indicam outros clientes pagadores de mensalidades, mediante a promessa de benefícios futuros, revela a montagem de um esquema angariador de lucro em favor da ré sem que haja contraprestação, conhecido popularmente como "pirâmide". 2. É nulo o contrato celebrado por *menor* absolutamente *incapaz* e cujo objeto é ilícito (art. 166, I e II do Código Civil). 3. Reconhecida a nulidade do contrato, é de rigor a restituição das parcelas pagas e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da propaganda enganosa que influenciou o autor, à época com 12 anos. 4. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la. Recurso não provido

Todavia, a questão deve ser abordada sob outro prisma quando o ato praticado incapaz quando se pode presumir a aceitação dos seus responsáveis legais.

Não se pode olvidar que a incapacidade pode ser relativizada para os atos corriqueiros, lembrando que o Código Civil não inquina a nulidade na situação específica do menor que propositadamente omite a sua incapacidade, conforme o artigo 180:

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 deste artigo 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 representantes legais responderem pelos prejuízos causados.

Por conta do referido artigo, é de se indagar se toda e qualquer contratação celebrada com incapaz deve receber a pecha de nula ou anulável.

Convém destacar que em determinados negócios jurídicos é exigido dos agentes uma capacidade especial para a sua celebração, como o poder de disposição sobre a coisa ou dos direitos objeto do contrato. Assim, na compra e venda, o vendedor deve possuir legitimidade para dispor da coisa.

b) Consentimento:

O consentimento, quiçá, um dos elementos mais importantes na formação do liame contratual, na medida em que sem a vontade não há contrato. O consentimento, que se traduz pela manifestação volitiva de interesses contrapostos, consciente e livre de vícios sociais.

Nas palavras do Professor Carlos Roberto Gonçalves¹⁶: *“Deve abranger os seus três aspectos: c1) acordo sobre a existência e natureza do contrato (se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o quer vender, contrato não há); c2) acordo sobre o objeto do contrato; e c3) acordo sobre as cláusulas que o compõem (se a divergência recai sobre ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato)”*.

Atualmente, o silêncio também é tido como forma de consentimento de forma circunstanciada. Para o 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”.

Na doutrina moderna, o silêncio poderá ser interpretado como aquiescência, como observa o Professor Silvio de Salvo Venosa¹⁷: *“No tocante ao silêncio como manifestação de vontade, recordemos o que foi dito a respeito no Direito civil: parte geral (Venosa,*

¹⁶ *In*, Direito Civil Brasileiro – Volume 3, Contratos e Atos Unilaterais, 11ª Edição, Editora Saraiva, pág. 35.

¹⁷ *In*, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral das Obrigações, Volume II, 14ª Edição, Editora Atlas, pág. 479.

seção 20.2.2). Enfatizamos que a expressão “quem cala consente” é um dito popular, mas não um aforisma jurídico. O silêncio deve ser tido, como regra geral, como um fato ambíguo, na esteira do mestre Serpa Lopes (1961), que se aprofundou na matéria. Como afirmado, o silêncio só pode produzir efeitos quando acompanhado de outras circunstâncias definidoras de uma vontade negocial. Nesse sentido, o Código Civil no ‘art. 111, o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa’. Assim, não se pode admitir que quem pura e simplesmente se cala perante uma proposta contratual a aceita. Também não podemos aceitar a situação de quem cala, quando podia e devia falar, como aceitação. A maior parte da doutrina entende que ‘quem cala não afirma, mas também não nega; não rejeita, nem aceita. Disso concluímos que o silêncio apenas como exceção pode ser admitido como vontade contratual.’”

3) DA OFERTA E SUA VINCULAÇÃO

Analisado o conceito, elementos e os princípios que permeiam o liame contratual, vamos nos ater ao seu período de formação.

3.1 Da Fase Pré Contratual ou de negociação Preliminar:

Na maioria das vezes o contrato é concluído instantaneamente, todavia, em alguns casos, a formação do contrato pode se arrastar por um longo interregno temporal em virtude da complexidade

do seu objeto ou em razão de desavenças entre as partes no que tange ao conteúdo do contrato.

É um período em que as partes ficam apenas em tratativas (negociações preliminares) antes de chegarem ao arranjo final que culminará na redação do contrato.

Ao discorrer sobre o tema, o Professor Carlos Roberto Gonçalves¹⁸ observa: *“Trata-se de sondagens, conversações, estudos e debates que antecedem a realização do contrato preliminar, com o qual não se confunde, pois não geram direitos e obrigações”*.

As negociações preliminares, segundo o Professor Flávio Tartuce¹⁹, *“é a fase em que ocorrem debates prévios, entendimentos, tratativas ou conversações sobre o contrato preliminar ou definitivo.”* (Curso de Direito Civil, vol. 3, pag. 158), ou seja, consistem nas conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante, tendo em vista o contrato futuro. Alguns autores denominam essa fase como Carta de Intenções.

Essa fase caracteriza-se pela não vinculação das partes, é pré-contratual, não cria direitos nem obrigações, mas almeja o preparo do consentimento das partes para conclusão do negócio jurídico contratual.

Por não haver vínculo obrigacional, não se poderá imputar responsabilidade civil àquele que houver interrompido as

¹⁸ In, Direito Civil Brasileiro, Volume III, 2004, Editora Saraiva, pag. 49-50.

¹⁹ In, Curso de Direito Civil, volume 3 – Contratos, Editora Método, pág. 158.

negociações, pois não há proposta concreta, não foi deflagrado o processo formativo do contrato.

Todavia, poderá ocorrer excepcionalmente a responsabilização civil aquiliana ou extracontratual (responsabilidade pré-contratual) daqueles que participam de tais negociações, em caso da presença dos pressupostos para tanto, quais sejam, ação omissão, dano e nexo de causalidade entre ambos.

Nesta fase, as partes também devem pautar a sua conduta pelo comportamento leal e de boa-fé, bem como no princípio da boa-fé que deve permear as relações contratuais.

A fase de negociação preliminar se mostra necessária para o atendimento e conhecimento das necessidades recíprocas das partes, o que envolve estudos, consultas, debates sem haver um vínculo formalizado entre elas.

A fase de negociação preliminar não se confunde com contrato preliminar.

O Contrato preliminar, de acordo com a Professora Maria Helena Diniz²⁰, *“não é uma simples negociação, por ser um contrato que traça os contornos de um contrato final que se pretende efetivar no momento oportuno, gerando direitos e deveres para as partes que assumem a obrigação de um futuro contrahere, isto é, de contrair*

²⁰ In, Código Civil Anotado, 15ª Edição, Editora Saraiva, pag. 389.

contrato definitivo”. (Código Civil Anotado, 15ª Edição, Saraiva, pag. 389).

É aquele contrato em que as partes fazem um acordo para efetivação no futuro de um contrato definitivo – promessa de celebrar contrato futuro. Tem como particularidade a definição dos termos essenciais do negócio jurídico e gera responsabilidade civil contratual, inclusive para terceiros.

O Código Civil de 2002, nos arts. 462 a 466, disciplina o *contrato preliminar*, no qual dispõe que deverá conter todos os requisitos essenciais ao contrato definitivo, exceto quanto à forma (CC, art. 462).

3.2. A Proposta e Aceitação no Código Civil:

O contrato decorre de um encontro de vontades que se materializa através de um contrato.

Todavia, antes de se chegar a um resultado final, as partes devem ultrapassar duas fases para a formação do contrato. A proposta e a aceitação.

Para o Professor Silvio de Salvo Venosa²¹: “*A oferta ou proposta, também denominada policitação, é a primeira fase efetiva do contrato, disciplinada na lei. Na proposta, existe uma declaração de vontade pela qual uma pessoa (o proponente) propõe a outra (o oblato) os termos para a conclusão de um contrato. Para que este se aperfeiçoe, basta que o oblato a aceite*”.

A proposta deve ser clara e objetiva, bem como vincula o proponente, consoante a dicção do artigo 427 do Código Civil, podendo, inclusive, dar ensejo a perdas e danos caso haja desistência.

A oferta feita ao público, ou seja, a um número indeterminado de aceitantes, equipara-se à oferta comum desde que observado o disposto no artigo 429 do Código Civil:

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.

O ofertante público, para poder revogar a proposta, deverá ressaltar essas possibilidades, sob pena de responder civilmente caso alguém manifeste a sua aceitação.

A proposta deve conter todos os elementos do negócio cujo objetivo é firmar com o aceitante, sem induzi-lo a erro no momento da aceitação.

²¹ *In*, Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 14ª Edição – Editora Atlas, pág. 562/563.

Importante mencionar que a proposta poderá ser obrigatória, ou seja, o ofertante fica impedido de revogá-la por um certo período de tempo, mesmo em casos de morte, em que os herdeiros assumem as consequências jurídicas, podendo apenas exercer a retratação, que será explicada em tópico específico posteriormente.

De acordo com o Código Civil (art. 428), a oferta deixará de se obrigatória quando feita sem prazo à pessoa presente e não for imediatamente aceita; feita sem prazo à ausente com tempo suficiente para que chegue ao conhecimento do aceitante; feita à pessoa ausente, se não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; se antes ou simultaneamente a resposta do aceitante chegar ao conhecimento deste a retratação do ofertante.

Cumprir observar que o contrato entre ausentes, leva em consideração a ausência jurídica, e não a mera ausência física, ou seja, é aquele realizado por meio de qualquer meio de comunicação, como cartas, telegramas, *e-mail*, etc.

Existiu embate doutrinário para se saber qual o momento exato em que o contrato entre ausentes é tido como pronto e acabado. Para tanto surgiram duas teorias com vistas à superação desse embate: teoria da informação ou cognição e a teoria da declaração ou agnição:

- a) Teoria da informação ou cognição: em apertada síntese nos informa que o contrato tem o seu liame estabelecido a partir do momento em que o ofertante toma conhecimento da aceitação pelo oblato.

- b) Teoria da declaração ou agnição: Adotada pelo Código Civil, afirma que o contrato estará concluído no momento em que o aceitante responde concordando com a oferta.

Ao seu turno, a aceitação é a concordância do oblato quanto à proposta. A aceitação se exterioriza de forma pura e simples sem exigir que se utilizem palavras sacramentais para a sua exteriorização. Basta que o aceitante manifeste, de forma inequívoca, que concorda com os termos da proposta.

3.3. Da Proposta no Código de Defesa do Consumidor:

De acordo com a teoria do diálogo das fontes, o direito deve ser interpretado de forma unitária e coordenada e não de maneira estanque.

Assim, as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor não têm o condão de afastar a incidência de outros arcabouços jurídicos que também tratem sobre a oferta e o momento da formação do contrato.

Não se pode olvidar que a esmagadora maioria dos contratos eletrônicos tem como base uma relação de consumo, de tal sorte que é imperativa a abordagem dos preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor relativos à proposta.

A oferta, no Código de Defesa do Consumidor (art. 30)²², teve seu espectro de abrangência ampliado ao prever a inclusão da apresentação e da publicidade dos produtos e serviços colocados à disposição do mercado consumidor. Assume o caráter de obrigação pré-contratual a obrigação do proponente de manter a oferta nos termos em que foi veiculada, o que não difere muito da proposta prevista no Código Civil.

Para os Professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²³: *“Pode haver oferta por anúncio ou informação em vitrine, gôndola de supermercado, jornais, revistas, rádios, televisão, cinema, internet, videotexto, telex, catálogos, mala-direta, telemarketing, outdoors, cardápios de restaurantes, listas de preços, guias de compras, prospectos, folhetos panfletos, etc”*.

A oferta no Código de Defesa do Consumidor deveria ser vista como sinônimo de propaganda e tem como finalidade atingir um número indeterminado de pessoas.

Todavia, esse alargamento do conceito de Oferta no Código de Defesa do Consumidor é rechaçado por parte da doutrina, em especial pelo Professor Silvio de Salvo Venosa, o qual sustenta que a oferta prevista no referido diploma legal não destoa e nem inovou no mundo jurídico, *in verbis*: *“Quando o Código de Defesa do Consumidor estabelece a vinculatividade da oferta ou proposta, nada mais faz do que ratificar o estabelecido como princípio no Código Civil. Esse é mais um*

²² Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

²³ *In*, Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, 2ª Edição, São Paulo, Editora: Revista dos Tribunais – 2003, pag. 932.

aspecto da harmonização buscada e referida neste capítulo, concernente às normas do consumidor. A distinção fundamental é a destinação do Código de Defesa do Consumidor à contratação em massa, como regra geral. A proposta feita ao público em vitrinas, mostruários, catálogos, anúncios, panfletos, jornais, revistas, rádio, televisão, etc, vincula o ofertante. (...) Nos termos do art. 30 dessa lei, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos ou serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor, integrando o contrato”.

Portanto, de acordo com o referido doutrinador essa “nova” roupagem da oferta prevista no Código de Defesa do Consumidor não se justifica.

Considerando o forte caráter vinculativo que o conceito de oferta tem no Código de Defesa do Consumidor, é certo que esta ainda se insere na fase pré-contratual, na exata medida em que a oferta e a aceitação precedem o aperfeiçoamento do negócio.

3.3.1. Princípios Relacionados à Oferta:

Em apertada síntese, há os seguintes princípios que adornam a proposta ou a oferta:

a) Princípio da Vinculação:

Com base no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da vinculação nos informa que todas as

informações, escritas ou verbais, veiculadas ao consumidor, independentemente do meio, formam a oferta e vinculam o fornecedor ao dever de cumpri-la, uma vez que gera legítima expectativa ao consumidor e integrará o liame caso haja contratação.

Para que o princípio da vinculação se materialize, faz-se necessário que haja divulgação (veiculação) a um número indeterminado de consumidores, bem como que a informação seja precisa o suficiente para influenciar o poder de decisão do consumidor.

b) Princípio da Transparência

O princípio da oferta ou da proposta está relacionado à política nacional da relação de consumo, consoante o disposto no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor e centra-se na qualidade da informação prestada.

Assim, segundo esse princípio, a informação prestada deve ser clara e correta sobre o produto ou serviço, amparado ainda na boa-fé objetiva e nos deveres contratuais de cooperação, lealdade e respeito inerentes às relações de consumo.

O princípio da transparência está intimamente ligado ao princípio da informação.

c) Princípio do Dever de Informar

O dever de informação tem íntima relação com o princípio da transparência (art. 4º cc art. 6, II, ambos do Código de Defesa do Consumidor) e consiste no direito conferido ao consumidor de ter acesso à informação clara correta e precisa sobre as características e qualidades de produtos e serviços colocados à disposição no mercado consumidor.

Assim como os demais princípios que norteiam a oferta, possui íntima relação com o princípio da boa-fé.

4) O CONTRATO ELETRÔNICO E SUA FORMAÇÃO

4.1. Conceito e Noções Gerais

Qual a definição de contrato eletrônico? À primeira vista está pode ser uma tarefa simples, mas que na realidade se mostra tormentosa.

O contrato eletrônico não é aquele celebrado apenas por meio de computador, mas sim, é todo liame contratual firmado por meio da rede mundial de telecomunicações. Assim, o “contrato eletrônico” seria todo aquele firmado por telefone, fax, computador, celular, etc... Portanto, neste diapasão, essa espécie contratual ser formaria entre ausentes (a distância) e sempre por intermédio da informática.

O Professor Paulo Nader²⁴ assevera que: “*o que há de especial nos chamados contratos eletrônicos é tão somente o instrumento utilizado em sua formação: declaração de vontade expressa em rede de computadores. São contratos que se realizam, necessariamente, entre pessoas ausentes. A oferta e a aceitação se fazem mediante mensagens transmitidas por aparelhos ligados à internet*”.

Veja que o referido professor restringe o conceito de “contratos eletrônicos” àqueles firmados através de aparelhos ligados a *internet*.

A Professora Maria Helena Diniz²⁵, ao discorrer sobre o tema, afirma que: “*O contrato virtual, celebrado em rede de informática ou on line (em linha), opera-se entre o titular do estabelecimento virtual e o internauta, mediante transmissão eletrônica de dados*”.

Já para Luiz Guilherme Loureiro,²⁶ o contrato eletrônico nada mais é que pactos usuais aperfeiçoados mediante o concurso da informática.

Portanto e como se pode observar pelos conceitos emprestados da doutrina, o “contrato eletrônico” é o meio escolhido pelas partes para celebrar o contrato. É forma ou a base do liame que se dá por meio de elementos eletrônicos.

²⁴ *In*, Curso de Direito Civil – Contratos – volume 3, 7ª edição, Editora Forense, pág. 499.

²⁵ *In*, Tratado Teórico e Prático dos Contratos – volume 5, 7ª Edição, Editora Saraiva, pág. 834.

²⁶ *In*, Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie, 3ª edição – 2008, Editora Método, pág. 311-312.

O contrato eletrônico não se confunde com os contratos de informática, cujo objeto é voltado para a informática, como nos contratos de desenvolvimento de *websites*, de publicidade eletrônica, etc.

4.2. PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO CONTRATO ELETRÔNICOS

Os princípios gerais dos contratos são plenamente aplicáveis aos contratos eletrônicos, todavia existem os contratos firmados por meio eletrônico que têm princípios próprios e específicos.

4.2.1. Princípio da Equivalência Funcional

De acordo com este princípio, os contratos firmados em meio eletrônico possuem as mesmas características, efeitos e legitimidade conferida aos contratos firmados em papel. Em outras palavras, têm a mesma validade e força que os demais contratos.

Segundo o Professor Fabio Ulhoa Coelho²⁷: “*O princípio da equivalência funcional é o argumento mais genérico e básico da tecnologia jurídica dos contratos virtuais. Afirma que o registro em meio magnético cumpre as mesmas funções do papel. Assim, as certezas que podem exsurgir do contrato-e não são diferentes do contrato -p.*”

Esse princípio é referendado pelo art. 5º da Lei Modelo da UNCITRAL:

²⁷²⁷ In, Curso de Direito Comercial – volume 3, 2ª Edição - 2001, São Paulo, Editora Saraiva, pág. 39.

Não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica.

O referido princípio tem por objetivo assegurar que os contratos firmados em meio eletrônico terão a mesma eficácia que aqueles celebrados por meio tradicional, como o papel. Dada a sua importância, também é contemplado no projeto de Lei que disciplinará o comércio eletrônico.

4.2.2 Princípio da Neutralidade e da Perenidade das Normas Reguladoras do Comércio Eletrônico

Em poucas palavras este princípio nos informa quanto à desnecessidade de uma nova regulamentação sobre o comércio eletrônico a cada inovação tecnológica.

Portanto, sob o prisma desse princípio, as normas devem ser neutras para que não constituam óbices, no futuro, ao desenvolvimento de novas tecnologias em razão da constante inovação e renovação que existe neste meio.

4.2.3 Princípio da Conservação do Direito existente aos Contratos Eletrônicos

Como o próprio enunciado deste princípio informa, a existência de um contrato eletrônico não altera as normas e princípios pertinentes aos contratos em geral.

Desta forma, todos os elementos de formação e constituição válido do contrato continuam valendo, não obstante a sua celebração em ambiente virtual. Assim, o contrato sob enfoque não sofre tratamento diferenciado.

4.3. BREVE ENFOQUE SOBRE A LEI MODELO DA UNCITRAL E DOS PROJETOS DE LEI ACERCA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Diante da ausência de legislação específica sobre os contratos e comércio eletrônicos, serão feitos breves comentários sobre o direito comparado e os projetos de Lei que tramitam perante o congresso e tratam sobre o assunto.

Não dá para tocar no assunto sem mencionar a Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on Internet Trade Law), que dispõe sobre a comunicação de dados e institui normas no que pertine ao comércio eletrônico em âmbito internacional.

A referida Lei é apenas uma sugestão normativa e tem como objetivo diminuir os empecilhos ao desenvolvimento dos

instrumentos de comunicação. A referida norma inspirou projetos de Lei, como o de número 1589/99 da Ordem dos Advogados do Brasil/SP.

A Lei modelo da UNCITRAL tem visível caráter principiológico (vez que consagrou os princípios da equivalência funcional e o a neutralidade tecnológica), visando à apresentação de regras internacionalmente aceitas e com o propósito de servir de norte nas legislações de cada país quanto ao comércio eletrônico.

Fica claro que um dos objetivos da referida legislação foi uniformizar o comércio mundial eletrônico, com a adoção de definições e princípios.

No Brasil, influenciado pela Lei Modelo da UNCITRAL sobre o comércio eletrônico, existem alguns projetos de Lei tramitando no congresso. O mais importante é o Projeto de Lei nº 4906/01, que trata da disciplina jurídica da contratação eletrônica, da assinatura digital e da certificação digital com o fito de normatizar o comércio eletrônico.

Existem outros projetos ligados à mesma matéria e que foram apensados ao projeto acima referido. São Eles: Projeto de Lei nº 1589/99, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo; Projeto de Lei nº 1483/99, de autoria do Deputado Hélio de Oliveira Santos (trata da fatura eletrônica); Projeto de Lei nº 6965/02, trata da digitalização de documento no âmbito da Administração Pública e, por último, o Projeto de Lei nº 7093/02 - dispõe sobre o envio de mensagens eletrônicas, bem como veda os *spammings*, Projeto de Lei nº 2367 – de

autoria de Nelson Bornier – o qual torna obrigatório em todo território nacional para as pessoas jurídicas que comercializem produtos ou serviços pela Internet a informar seu número no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, Inscrição Estadual/Municipal, endereço e telefone de suas instalações físicas.

Ainda temos pensando ao mesmo tema o Projeto de Lei nº 3200/2012, autoria do Deputado Marcos Rogério - altera o Código de Defesa do Consumidor; Projeto de Lei nº 4189/2012 – de autoria da Deputada Iracema Portella - que dispõe sobre a oferta de produtos ou serviço a consumidor, mediante a utilização de sítio na rede mundial de computadores; Projeto de Lei nº 4509/2012 – de autoria do Deputado Wellington Fagundes – dispõe sobre a disponibilização de informações em sítios eletrônicos, blogs, fóruns e demais aplicações na internet; Projeto de Lei nº 6557/2-13 – de autoria de Simão Sessim – altera o Código de Defesa do Consumidor para instituir a obrigação, para todos aqueles que comercializem produtos ou serviços pela internet, de informar os dados essenciais para a salvaguarda de direitos do consumidor.

Pode-se destacar, também, o Projeto de Lei nº 7668/2014 - acrescenta dispositivo à Lei nº 8.078, de 1990, para obrigar a publicação do CNPJ ou CPF do fornecedor e do endereço para reclamação por parte do consumidor; Projeto de Lei nº 6965/2002 - altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para

aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais

Como se pode constatar, o principal projeto de lei acerca do comércio eletrônico está tramitando no Congresso Nacional desde 2001, ou seja, há quinze anos que o tema não possui uma disciplina jurídica própria, e isso certamente traria maior transparência nos negócios jurídicos, maior segurança e, conseqüentemente, maior desenvolvimento econômico.

4.4. DAS ESPÉCIES DE CONTRATAÇÕES ELETRÔNICAS

A doutrina, de uma forma geral, afirma que as contratações eletrônicas podem ser: interpessoais, interativas ou intersistêmicas.

Essa classificação proposta pelos Professores Manoel J Pereira dos Santos e Maria Delapieve Rossi²⁸ levam em consideração a interação humana com a máquina.

a) Contratos Eletrônicos Intersistêmicos:

Nesta espécie, as negociações e a vontade já são pré-existentes e pré-programadas, sendo realizados entre máquinas sem qualquer intervenção humana, geralmente constatado entre grandes fornecedores.

²⁸*In*, Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor. Ano 9, n.36, p.105-129. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.,2000).

Segundo Érica Brandini Barbagalo²⁹, ao se referir aos contratos intersistêmicos, afirma que: “... *formados pelo uso do computador como ponto convergente de vontades preexistentes. As partes transpõem para o computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que o equipamento interligado interfira na manifestação volitiva*”.

b) Contratos Eletrônicos Interpessoais:

Esta é a espécie que mais se aproxima da contratação tradicional.

Ocorre por meio da comunicação entre pessoas por meio de um computador, em todas as fases da efetivação do contrato e geralmente se dá em salas de bate-papo (*chats*) ou por correio eletrônico (*e-mail*). Contrato interpessoal não simultâneo.

Como exemplo, podem-se citar os sites em que os usuários oferecem produtos para venda no mercado consumidor e a transação se dá diretamente entre os interessados (Mercado Livre, OLX, etc). Neste caso, o site de compras e vendas funciona, apenas e tão somente, como um instrumento de aproximação das partes.

Nesta hipótese, a contratação é considerada a distância (entre ausentes), dada a sua semelhança com a contratação por carta, por ser efetivada por correio eletrônico.

²⁹ *In*, Contratos Eletrônicos – Contratos Formados por Meio da Rede de Computadores, Peculiaridades Jurídicas da Formação do Vínculo, Dissertação de Mestrado – USP- 2000, pág. 51.

Por sua vez, se a contratação interpessoal se der via salas de bate-papo, videoconferência, telefone ou qualquer outro meio que possibilite o conhecimento imediato da vontade das outra parte, a contratação tida como entre presentes. Contrato interpessoal simultâneo.

Essa diferenciação é de grande importância, pois em razão da classificação dos contratos (entre presentes ou entre ausentes)³⁰, os efeitos jurídicos serão diversos, causando consequências igualmente diferentes.

c) Contratos Eletrônicos Interativos:

Esta espécie, a meu ver, é a mais comum de todas as contratações eletrônicas e certamente é a mais usual.

É caracterizada pela comunicação de uma pessoa (física ou jurídica) e um sistema com interface numa página de internet, frequentemente grandes lojas de varejo.

Neste caso, a vontade é externada pela escolha do produto pelo consumidor mediante o preenchimento de formulários, que inclusive já podem estar pré-preenchidos caso já se tenha feito compra com o mesmo fornecedor.

³⁰ **Contratos entre ausentes:** As partes contratantes são consideradas ausentes, se no momento em que a outra parte toma uma decisão, a primeira não toma conhecimento desta de forma imediata. Não há comunicação instantânea. **Contratos entre presentes:** ocorre quando as partes têm ciência imediata da vontade ou decisão da outra.

A comunicação, portanto, se dá entre uma pessoa e um sistema programado, e a aceitação ocorre no momento em que o consumidor escolhe o produto de seu interesse disponibilizado no mercado consumidor.

Cumprе observar que se trata de um contrato de adesão, tendo em vista a impossibilidade de discussão e alteração de suas cláusulas por parte do aderente.

Os interativos são contratos a distância, tendo em vista a impossibilidade de as partes envolvidas externarem sua vontade de forma imediata. As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos contratos interativos.

4.5. O MOMENTO E O LUGAR DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Assim como nos demais casos, os contratos firmados em ambiente eletrônico seguem as mesmas fases e possuem os mesmos requisitos das demais espécies contratuais.

Desta forma, existirão negociações preliminares, a proposta (clara, objetiva e com a identificação detalhada do produto) do bem ou serviço disponibilizado no mercado consumidor e, por último, a aceitação da oferta pelo consumidor ou pelo comprador.

Não é demais lembrar que os contratos eletrônicos em nada diferem daqueles firmados por meios tradicionais, não obstante as suas peculiaridades, difere no que tange apenas ao meio ou ao instrumento em que tais contratos são firmados.

Mas exatamente, qual seria o momento em que o contrato eletrônico considera-se celebrado?

A resposta a essa indagação varia de acordo com as espécies (ou classificação) de contrato eletrônico, aplicando-se as mesmas regras previstas no Código Civil quanto à celebração de contratos entre presentes ou ausentes no momento da sua conclusão.

Ou seja, o momento da formação do liame contratual poderá diferir em se tratando de contratos interativos, interpessoais ou intersistêmicos.

Como já foi observado alhures, os contratos interpessoais são aqueles que mais se assemelham à forma tradicional de contratação.

Caso a contratação seja interpessoal simultânea, ou seja, firmada por telefone, chats, etc, o regime jurídico aplicável é aquele previsto no artigo 428 do Código Civil, de tal sorte que a proposta é tida como feita no momento posterior a realização, em razão da sua caracterização de contrato entre presentes.

Por sua vez, os contratos interpessoais não simultâneos, por serem considerados contratos entre ausentes, são tidos como concluídos no momento da expedição da mensagem eletrônica do aceitante confirmando os termos da proposta. Aplica-se à teoria da expedição conforme disposto no artigo 428 do Código Civil.

Já os contratos interativos, dada a sua essência em que o aceitante adere à proposta do ofertante disponibilizados em “sites” de venda, não restam dúvidas de que o regime jurídico aplicável é o da venda entre ausentes.

Assim, o contrato se aperfeiçoa no momento em que o aceitante (consumidor) confirma a compra no próprio “site” de venda disponibilizado pelo proponente e efetua o pagamento.

Por derradeiro, nos contratos intersistêmicos, por se tratarem de contrato de execução diferida ou continuada, o momento de sua formação se dá em um único momento, qual seja, quando os seus operadores externam seu desejo de firmar o contrato, de tal sorte que o regramento jurídico é da contratação entre presentes.

Melhor explicando, tais contratos são firmados entre grandes fornecedores e a contratação segue os moldes tradicionais, em razão da magnitude dos valores e da quantidade envolvida nestes contratos.

Como se trata de contratação entre computadores mediante a programação de softwares, a vontade já teria sido externada por seus operadores, e a sua execução é a mera confirmação dessa vontade.

Não obstante a ausência de regramento específico e sem mencionar que os projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional não destoam das normas atuais acerca do momento da formação do contrato eletrônico, parte da doutrina refuta em utilizar a classificação adotada pelo Código Civil em contratos entre pessoas presentes e ausentes para se determinar o momento do aperfeiçoamento do contrato eletrônico.

Neste sentido: *“A controvérsia já foi objeto de intensos estudos doutrinários, e Maristela Basso, ao analisar a formação dos contratos internacionais, manifesta opinião praticamente análoga à externada por Silvio Venosa, formulando três espécies de formação contratual: a) a instantânea, em que o intervalo entre a oferta e a aceitação pode ser desconsiderado; b) ex intervallo, em que existe um intervalo considerável entre a oferta e a aceitação; e c) ex intervallo temporis, em que há troca de contraproposta entre as partes”*³¹.

Cumprido mencionar o enunciado nº 173 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, segundo o qual *“a formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.”*

Já o projeto de Lei nº 4.906/2001, em seu artigo 26 contempla que:

Art. 26. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, a manifestação de vontade das partes contratantes, nos contratos

³¹ Carlos Roberto Gonçalves, *in* Direito Civil Brasileiro – volume 3 – Contratos Unilaterais, 11ª Edição, Editora Saraiva, pág. 88

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.

A proposta legislativa está de acordo com a sistemática prevista no Código Civil, em especial no que tange à contratação entre ausentes, como se infere pelo caput do mencionado artigo 26.

E o local em que se aperfeiçoa o contrato eletrônico?

Caso as partes tenham seu domicílio dentro do território nacional, aplica-se o disposto no artigo 435 do Código Civil.

Todavia, se um dos contratantes tiver domicílio em território nacional a lei aplicável será aquela onde foi feita a proposta, consoante o disposto no artigo 9º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

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

(...)

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

Contudo, discute-se a possibilidade de se considerar o local de origem da proposta aquele onde se encontra o computador que armazena a proposta ou aquele em que o aceitante se encontra.

O Professor Carlos Roberto Gonçalves³² é bastante elucidativo acerca do tema: “*No entanto, o contrato de consumo eletrônico internacional obedece ao disposto no art. 9º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina a aplicação, à hipótese, da lei do domicílio do proponente. Por essa razão, se um brasileiro faz a aquisição de algum produto oferecido pela Internet por empresa estrangeira, o contrato então celebrado rege-se pelas leis do país do contratante que fez a oferta ou proposta*”.

Todavia, existe jurisprudência aplicando o Código de Defesa do Consumidor mesmo que o contrato tenha sido celebrado com ofertante domiciliado no exterior.

Por óbvio que em se tratando de contrato entre ausentes (a distância), visto que celebrado fora do estabelecimento comercial e em se tratando de relação de consumo, aplica-se o disposto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

³² *In*, Direito Civil Brasileiro – volume 3 – Contratos Unilaterais, 11ª Edição, Editora Saraiva, págs. 85/86.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato no prazo de 7 (sete) 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 a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

A mens legis do referido dispositivo é propiciar ao consumidor a possibilidade de desistir do negócio celebrado a distância, muitas vezes levado a adquirir o produto em razão da publicidade, bem como pela expectativa não materializada em relação às suas características.

Não é demais que no Projeto de Lei nº 1589/99 apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil (projeto atualmente apensado ao projeto de número de Lei nº 4.906/2001) estabelece que ao comércio eletrônico são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, como deixa claro o artigo 13 do indigitado projeto de lei.

5) CONCLUSÃO

O contrato eletrônico não tem uma legislação específica, obrigando os operadores do direito a se valerem dos princípios gerais do direito contratual e da aplicação das normas já existentes, como o

Código Civil. A legislação vigente e os princípios gerais do direito contratual não criam uma situação de conflito com o contrato eletrônico.

Não obstante e como já assinalado, o contrato eletrônico tem como maior peculiaridade a sua formalização em ambiente virtual, o que destoa dos meios tradicionais nos quais o contrato costuma se materializar.

A maior dificuldade que o contrato celebrado em ambiente eletrônico padece é justamente a falta de disciplina específica, o que pode dificultar um maior desenvolvimento do setor, em especial, em se tratando de comércio exterior diante da incerteza e insegurança que a ausência de um regramento específico poderia propiciar.

Todavia, os contratos eletrônicos usualmente firmados são aqueles destinados à aquisição de produtos e serviços comuns ao varejo, e nesses casos os pressupostos e requisitos aplicáveis ao contrato tradicional são plenamente aplicáveis.

Deve-se asseverar que mesmo nesses contratos eletrônicos para a aquisição de bens e serviços disponibilizados no mercado consumidor, deve-se tomar precauções no que tange à segurança do ambiente virtual, assim como a manifestação válida do consentimento do aceitante pode acabar adquirindo um produto ou serviço que não era de seu interesse, principalmente em se tratando de relação bancária.

Outro ponto que merece destaque é quanto à eficácia probante do contrato eletrônico, em outras palavras, se o contrato firmando

em ambiente virtual terá a mesma validade e eficácia do contrato firmado em papel.

Já foi visto que pelo princípio da equivalência funcional essa questão não encontrará óbices, mesmo porque o *iter* de formação do contrato eletrônico lhe confere validade, eficácia e legitimidade. Mais a mais, a negativa de sua eficácia por uma das partes que participou em sua formação esbarraria no princípio da boa-fé objetiva.

Finalizando, atualmente se carece de uma legislação específica, haja vista que o projeto de lei o qual trata do tema está tramitando no Congresso Nacional desde 1999, e isso faz com que os operadores do direito se socorram de princípios gerais e da normatização prevista no Código Civil, o que evidentemente não é o ideal.

BIBLIOGRAFIA:

CARLOS ROBERTO GONÇALVES, Direito Civil Brasileiro – Volume 3, Contratos e Atos Unilaterais, 11ª Edição, Editora Saraiva, pág. 35.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, Elementos de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981;

ÉRICA BRANDINI BARBAGALO, Contratos Eletrônicos – Contratos Formados por Meio da Rede de Computadores, Peculiaridades Jurídicas da Formação do Vínculo, Dissertação de Mestrado – USP- 2000;

FABIO ULHOA COELHO, Curso de Direito Civil, Contrato, 6ª edição, Editora Saraiva;

FABIO ULHOA COELHO, Curso de Direito Comercial – volume 3, 2ª Edição - 2001, São Paulo, Editora Saraiva;

FLAVIO TARTUCE, Direito Civil, Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie – Volume 3, 6ª Edição, Editora Método;

GUILHERME LOUREIRO, Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie, 3ª edição – 2008, Editora Método;

LILIANA MINARDI PAESANO, Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas;

MARIA HELENA DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – volume 3, 27ª edição, São Paulo, Editora Saraiva;

MARIA HELENA DINIZ, Código Civil Anotado, 15ª Edição, Editora Saraiva;

MARIA HELENA DINZ, Tratado Teórico e Prático dos Contratos – volume 5, 7ª Edição, Editora Saraiva;

MANOEL J PEREIRA DOS SANTOS e MARIA DELAPIEVE ROSSI, Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor. Ano 9, n.36, p.105-129. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez.,2000);

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, 2ª Edição - 2003, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais;

ORLANDO GOMES, Contratos. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

PAULO NADER, Curso de Direito Civil – Contratos – volume 3, 7ª edição, Editora Forense;

PEDRO ARRUDA FRANÇA, Contratos Atípicos: Legislação, doutrina e jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989;

RIZZATO NUNES, Curso de Direito do Consumidor, 2ª edição – 2005, Editora Saraiva;

SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS LEAL, Contratos Eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via internet, São Paulo, Editora Atlas, 2007;

SILVIO RODRIGUES, Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade, 30ª edição - 2004, São Paulo, Editora Saraiva;

SILVIO DE SALVO VENOSA, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral das Obrigações, Volume II, 14ª Edição, Editora Atlas;