



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os Contratos Eletrônicos e o Direito do Consumidor

Flavia Vitovsky Guimarães

Rio de Janeiro
2009

FLAVIA VITOVSKY GUIMARÃES

Os Contratos Eletrônicos e o Direito do Consumidor

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Flavia Vitovsky Guimarães

Graduada pela Faculdade de Direito
da Universidade Cândido Mendes- Centro.

Advogada. Pós-graduada em
Direito Civil e Processo Civil pela
Universidade Estácio de Sá.

Resumo: A informática possui importância essencial para vida em sociedade. Com a evolução dos meios de informação, sobretudo com a internet, se possibilitou um intercâmbio de informações entre usuários de variados locais do planeta, que utilizam linguagens padronizadas nessas transmissões. O crescimento das relações pessoais da internet fez surgir contratações realizadas por meio eletrônico, sendo certo que o comércio eletrônico avança a cada dia. O presente trabalho versa sobre a temática dos contratos eletrônicos, que se caracterizam pela celebração através da tecnologia informática, podendo seu objeto consistir em obrigação de qualquer natureza e como deve o Direito abrigar este no tipo contratual que surge, originando obrigações e deveres das mais variadas espécies, e que ainda possui muitas dúvidas a serem sanadas.

Palavras-chaves: Direito Civil, Obrigações, Contratos, Contratos Eletrônicos.

Sumário: Introdução. 1. 1 Breves Considerações Acerca dos Contratos. 1.2 Natureza jurídica do contrato. 1.3 Elementos constitutivos do contrato. 1.4 Pressupostos de validade do contrato. 1.5 Fatores de eficácia do contrato. 2 Contratos Eletrônicos - Conceito, Pressupostos de Formação e Validade. 2.1 Conceito de contrato eletrônico. 2.2 Pressupostos de Formação e Validade dos Contratos Eletrônicos. 3 Considerações específicas dos Contratos Eletrônicos no Código de Defesa do Consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Através dos tempos a ciência jurídica vem acompanhando a evolução da sociedade e regulando as novas relações surgidas.

Atualmente, a informática possui importância essencial para vida em sociedade.

O avanço dos meios de informação, que teve como ápice a internet, rede mundial de computadores possibilitou um intercâmbio de informações entre usuários de variados locais do planeta, que utilizam linguagens padronizadas nessas transmissões.

O crescimento das relações pessoais da internet fez surgir contratações realizadas por meio eletrônico, sendo certo que o comércio eletrônico avança a cada dia.

O presente trabalho versa exatamente sobre a temática dos contratos eletrônicos, que se caracterizam pela celebração por meio da tecnologia informática, podendo seu objeto consistir em obrigação de qualquer natureza e como deve o Direito abrigar este novo ramo que surge de forma abrupta na sociedade, originando obrigações e deveres das mais variadas espécies, e que ainda possui muitas dúvidas a serem sanadas.

Objetiva-se chamar a atenção do leitor para este tema e demonstrar as conseqüências jurídicas dessa modalidade contratual e sua relação com o Direito Consumerista, já que cada dia encontra-se mais presente na vida dos consumidores.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: a validade do documento eletrônico, sua aplicação no âmbito do Direito do Consumidor, a questão da jurisdição, da prova em juízo e da assinatura digital. A metodologia será pautada pelo método qualitativo e bibliográfico.

O presente trabalho é muito oportuno, devido as atuais discussões acerca do Direito Eletrônico, que tem como um dos temas relevantes o contrato eletrônico. E visa sobretudo, discutir as indagações que ainda perduram, trazendo ao leitor mais uma fonte de informação sobre o tema.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CONTRATOS

1.1 CONCEITO DE CONTRATO

A palavra contrato vem do latim “contractus” e significa ajuste, convenção. Juridicamente, podemos conceituar contrato como o negócio jurídico bilateral através do qual as partes, objetivando atingir determinados interesses patrimoniais, manifestam seu acordo de vontades, estabelecendo prestações e obrigações recíprocas, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer) e deveres jurídicos anexos, decorrentes dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, conforme ensinamentos de De Plácido e Silva(2004).

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO

Contrato é espécie de negócio jurídico.

A corrente dominante no Direito brasileiro é voluntarista, inclusive foi a posição adotada, tanto no Código Civil de 1916, quanto no Novo Código Civil.

Critica-se tal corrente sob a alegação de não ser verdadeira a premissa de que o declarante sempre manifesta a sua vontade dirigida a um determinado fim querido e previamente conhecido.

Pioneiros na tentativa de explicar a natureza do negócio jurídico sob a ótica objetivista contrapondo-se aos partidários da corrente voluntarista foram BRINZ e THON, conforme lições de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2005).

Para os objetivistas o negócio jurídico é um meio permitido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, que propriamente um ato de vontade.

Segundo GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, (2005, p.17) “para os objetivistas, o negócio jurídico, expressão máxima da autonomia da vontade, teria conteúdo normativo, consistindo em um poder privado de autocriar um ordenamento jurídico próprio.”

Nessas circunstâncias, acirrou-se a disputa entre os partidários da teoria da vontade e da teoria da declaração.

Para os partidários da teoria da vontade, o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a vontade real, de forma que a sua declaração seria simplesmente a causa imediata do efeito perseguido, e não havendo correspondência entre a vontade real e a declaração emitida, prevalecerá a intenção.

Já os seguidores da teoria da declaração negam que a intenção tenha caráter de vontade propriamente dita, afirmando que o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a declaração.

Dizer se prevalece a vontade interna ou a vontade declarada não possui finalidade prática, pois o negócio jurídico, enquanto manifestação humana destinada a produzir fins tutelados por lei é fruto de um processo cognitivo que se inicia com a solicitação do mundo exterior, passando pela fase de deliberação e formação da vontade, culminando, ao final, com a declaração da vontade, parece que não há negar-se o fato de que a vontade interna e a vontade declarada são faces da mesma moeda.

Além disso, a vontade deve ser manifestada, não tendo valor para o direito objetivo a que, posto que legitimamente formada, se não exteriorizou. Somente com a sua manifestação, o agente pode provocar a desejada reação jurídica e esta exteriorização, que torna visível a vontade e lhe dá existência objetiva, é o que nós chamamos declaração ou manifestação, sendo indiferente que se faça com palavras, gestos ou até com o simples silêncio.

Portanto, feitas as observações acima podemos conceituar o negócio jurídico como a manifestação de vontade, realizada com observância aos seus pressupostos de existência,

validade e eficácia, com a finalidade de produção de efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.

Tal conceito está adequado a idéia de contrato. Todavia, sendo o contrato espécie do gênero “ negócio”, deve-se convir que em certo aspecto encontra-se particularizado dos demais negócios jurídicos.

Aspecto, este, consistente na convergência de manifestações de vontades contrapostas que forma o consentimento, que é o núcleo do negócio jurídico contratual. Consequentemente, sem consentimento, o mencionado negócio jurídico será inexistente.

1.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO

Baseando-se nos ensinamentos de Azevedo (2000), chegamos a conclusão de que para um negócio jurídico (gênero do qual o contrato é espécie) existir é necessário a presença de quatro elementos simultâneos. Esses são os chamados elementos do contrato ou plano de existência do negócio jurídico.

O primeiro dos elementos constitutivos do contrato é a manifestação de vontade, pois sem querer humano não existirá negócio jurídico.

O segundo elemento é um agente para manifestar tal vontade, uma vez que a vontade contratual não possui a possibilidade de se manifestar sozinha, necessitando de sujeitos para declará-la.

O terceiro elemento é o objeto do contrato, que nada mais é que a prestação da relação obrigacional estabelecida.

O quarto elemento é a forma, que é o veículo de condução da vontade.

Estando presentes estes quatro elementos, podemos afirmar que o contrato existe dentro da realidade fática.

1.4 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO CONTRATO

Existente um contrato, é necessário analisar se este é válido.

Trata-se do exame do plano da validade do negócio jurídico, que se dá por meio dos pressupostos de validade, consistentes nos próprios elementos de existência adjetivados.

Desta forma, a manifestação de vontade para que um contrato seja considerado válido, está necessariamente condicionada a que esta vontade seja emanada de maneira livre e de boa-fé, caso contrário estará caracterizado o vício de consentimento, bem como da boa-fé objetiva.

O agente deve ter capacidade para manifestar sua vontade através do contrato. Tal capacidade não é apenas a capacidade genérica, mas também a específica, qual seja a legitimidade.

Já o objeto do contrato deve ser idôneo, ou seja, lícito, possível e determinável ou determinado.

No que diz respeito à forma, esta deve ser a prescrita ou não defesa em lei.

1.5 FATORES DE EFICÁCIA DO CONTRATO

Neste momento se faz necessário proceder a análise dos fatores de eficácia do negócio jurídico.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO(2005), lecionam que via de regra, existente e válido um negócio jurídico, o mesmo passa a produzir efeitos imediatamente. Entretanto, há alguns contratos, que eventualmente, inserem-se elementos acidentais que ocasionam a limitação da produção imediata de efeitos ou fazem cessá-los, se acontecerem certos fatos preestabelecidos.

Os mencionados doutrinadores indicam os seguintes os elementos acidentais:

- a) Termo- é o evento futuro e certo, que protai o início da produção de feitos (termo inicial) ou faz cessá-los (termo final);
- b) Condição- é o evento futuro e incerto que, se ocorrente, poderá dar início à produção de efeitos (condição suspensiva) ou fazer cessá-los (condição resolutiva);
- c) Modo- determinação acessória acidental de negócios jurídicos gratuitos, que obriga ao beneficiário da liberalidade um ônus a ser cumprido, em proveito de uma liberalidade maior.

2 CONTRATOS ELETRÔNICOS - CONCEITO, PRESSUPOSTOS DE FORMAÇÃO E VALIDADE

2.1 CONCEITO DE CONTRATO ELETRÔNICO

Pelas lições de FÉRNANDES(2008) contratos eletrônicos são conceituados como aqueles cuja celebração necessite do uso da tecnologia informática e seu objeto podendo consistir em qualquer obrigação. Sendo utilizada a expressão "contratos eletrônicos" tanto para os contratos que possuam estipulações referentes a bens ou serviços informáticos como para os contratos diretamente firmados entre computadores.

Portanto, são dois os tipos de contratos eletrônicos: os que dizem respeito a serviços (assistência, programas, etc.) e os dizem respeito a bens (periféricos, equipamentos, periféricos, etc.).

Sendo assim, a autora tece importante observação quanto a terminologia "contrato eletrônico" que pode ser entendida em dois sentidos: em sentido amplo e ou objetivo, que se revela em qualquer contrato cujo objeto seja um bem ou serviço informático ou relativo à informática; em sentido estrito ou formal, que é aquele realizado por meios eletrônicos independentemente de seja o seu objeto.

Salienta-se que há grandes problemas enfrentados no meio da contratação eletrônica, dentre as quais se destacam: a legislação específica e adequada sobre o assunto e a segurança , já que os meios eletrônicos ainda são muito vulneráveis a fraudes de qualquer espécie.

Por sinal a principal dificuldade no que concerne à finalização dos contratos eletrônicos consiste na ausência de segurança na internet.

Ressalta-se que os dispositivos legais do Direito Pátrio aplicáveis à matéria não regulamentam de forma adequada a utilização da assinatura digital, como também deixam no vácuo a problemática da validade jurídica de documentos assinados via digital. A ausência de

legislação específica contribui para dilacerar a confiabilidade do usuário, o que acaba por travar o desenvolvimento comercial via Internet no Brasil.

Assim, constata-se que os grandes sites que destinam produtos ao consumidor de modo geral possuem mecanismos criptográficos capazes de possibilitarem uma maior segurança jurídica à relação de consumo. De ressaltar também que em 28 de junho de 2001 o Presidente da República baixou a Medida Provisória n.º 2.200 instituindo a infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil, disciplinando a integridade, autenticidade e validade dos documentos eletrônicos, consistindo num considerável passo para a questão em destaque, apesar de merecer maior atenção por parte do legislativo brasileiro.

Desta forma a conceituação mais clara para o contrato eletrônico é que se utiliza para os contratos em sentido amplo somente, no que tange à forma de sua efetivação, que vem a ser, através de meio eletrônico.

Sendo assim, conceitua-se como um acordo de vontades, realizada eletronicamente e que cria obrigações entre as partes.

2.2 PRESSUPOSTOS DE FORMAÇÃO E VALIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS:

Tendo as características comuns aos contratos, os requisitos de validade dos contratos eletrônicos são os mesmos dos contratos já conhecidos, pois a presença de duas ou mais pessoas, a vontade livre e manifestada, além da capacidade civil para o ato, devem estar presentes para o ato se perfazer de forma válida. Igual sistemática e aplicada aos requisitos objetivos de validade, como a licitude do objeto, o seu conteúdo econômico, a possibilidade física e jurídica de seu acesso.

Destaca-se que todo ato de negócio pressupõe uma declaração de vontade, sendo a capacidade do agente também essencial à validade jurídica dos contratos eletrônicos, porque se encontra intimamente ligado à existência ou não de uma vontade válida. Sendo assim: se um menor de 16 anos, sem assistência, aceitar uma oferta veiculada na Internet, este ato jurídico será anulável, pois todo ato negociar pressupõe uma declaração de vontade, a capacidade do agente é indispensável à validade dos contratos eletrônicos na seara jurídica, uma vez que está intimamente ligada à existência ou não de uma vontade válida. Entretanto não se pode admitir tal regra em caráter geral.

Certo é que não é a forma escrita que exterioriza o contrato, mas sim a reunião de duas declarações de vontades, constituindo, regulando ou extinguindo, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial de mútua conveniência.

O sistema jurídico brasileiro adotou o princípio do consensualismo ou da liberdade das formas, portanto, dando-se validade, quando a lei não exigir formalidade legal, tanto para os contratos celebrados por escrito, mediante escritura pública ou instrumento particular quanto para os realizados na forma verbal.

Logo, uma vez cumpridos os requisitos do art.104 do Código Civil de 2002 e excetuadas as hipóteses em que a lei exige forma especial, são perfeitamente válidos os negócios jurídicos constituídos eletronicamente.

Salienta-se que o contrato eletrônico é firmado sem o contato entre as partes, não existindo a pessoalidade no uso do mesmo computador entre fornecedor e consumidor, já que ambos podem fazer uso de aparelho diferente do que existe na sede do fornecedor ou da residência do consumidor, o que gera insegurança em face da possibilidade deste último ser enganado por um hacker que acessa um fornecedor idôneo, obtendo informações como número de cartões de crédito, bem como senhas que podem vir a lesionar o consumidor.

Como consequência para a obtenção de uma maior segurança surge a assinatura digital por meio de criptografia, assim evitando que má-fé venha ocorrer.

Faz-se necessário destacar o requisito do consentimento dos interessados em que as partes deverão consentir, expressa ou tacitamente, para a formação de uma relação jurídica sobre determinado objeto, sem que se apresentem quaisquer vícios de consentimento, como erro, dolo e coação, ou vícios sociais, como simulação e fraude contra credores. O acordo de vontades, essencial para a formação da relação contratual, se revela de um lado pela oferta e de outro pela aceitação, sendo esses dois os elementos indispensáveis para a formação dos contratos.

Cumprido salientar que a proposta ou oferta consiste na declaração de vontade, fornecida de uma parte a outra, através da qual a primeira manifesta a sua intenção de se vincular, caso a outra parte venha a aceitar. Sendo a declaração unilateral de vontade oriunda do proponente, que possui por característica vincular aquele que a formula, salvo se o contrário resultar dos próprios termos da proposta, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso concreto e por ser vinculante, deve conter todos os elementos indispensáveis do negócio jurídico proposto, devendo ser séria, completa, precisa e inequívoca.

Entretanto, apesar do contrato eletrônico ser um documento com menor número de formalidades que o contrato escrito, nossos doutrinadores, via de regra têm definido o documento como algo material com a finalidade de reproduzir determinada manifestação do pensamento. Logo, chega-se a duas conclusões: o contrato eletrônico, igualmente ao físico, se enquadra no conceito legal de documento e a sua respectiva plenitude depende da capacidade de manter-se íntegro, pois perderá parte de sua confiabilidade, caso se apresente apto a sofrer adulterações, ainda que imperceptíveis.

Quanto aos contratos eletrônicos a regra a ser aplicada é a mesma, diferenciando-se somente na forma em que a vontade é expressa. Nos contratos firmados eletronicamente, a manifestação de vontade pode se dar pelo envio de um e-mail, por tratativas em tempo real e pela interação com um sistema pré-programado segundo entendimento doutrinário, corroborado agora com a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, que considera também presente a pessoa que contrata por meio de comunicação semelhante ao telefone. Entende-se que se assemelham ao telefone todos aqueles instrumentos que permitem uma comunicação direta e instantânea, como por exemplo, as videoconferências, que permitem que as partes se vejam e se escutem como estivessem frente a frente.

A Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) sobre comércio eletrônico prevê que salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas e que não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação.

Conforme disciplina o artigo 129, do Código de Processo Civil, prevalece o princípio da ausência de solenidade na celebração dos contratos em geral, o que inclui os eletrônicos, bastando o simples acordo de vontades. Caso a lei não exija forma expressa a manifestação da vontade pode ser tácita. Assim, saber se é ou não válida a declaração de vontade emitida através de comandos eletrônicos é o cerne da questão.

Ressalta-se que se a lei não exigir expressamente determinada forma para a celebração de um contrato, este, em regra, poderá adotar qualquer das formas não proibidas legalmente. Logo, em face ao princípio da liberdade das formas negociais é o meio digital forma capaz de fornecer validade ao contrato eletrônico.

Fato diverso surge quando a lei exigir a forma escrita como requisito indispensável do contrato havendo divergência doutrinária quanto ao cabimento de sua realização se dar por

meio digital, já que o contrato eletrônico não se confunde com sua reprodução impressa, porque além do texto, o arquivo pode conter outras informações, mecanismos de proteção à sua integridade, tais como datas de modificações e assinaturas digitais.

Assim, uma parcela dos autores, dentre os quais SANTOS(2009), diz que há nova espécie contratual.

Outros, entre os quais se inclui FÉRNANDES(2008), afirmam que o contrato eletrônico deve ser considerado princípio de prova por escrito, no mínimo, pois a intenção legal ao se exigir documento escrito está em que o suporte de papel confere às partes maior segurança nas relações jurídicas, tornando-as oponíveis a terceiros, assegurando sua conservação para consulta posterior. Sendo certo que a fato de estar o documento disponível ao leitor na tela do computador não lhe subtraia o caráter de documento escrito, já mantém o caráter de tradução de manifestação de vontade expressa em um idioma determinado.

Relevante destacar que o Código de Defesa do Consumidor prevê em seu art. 30 que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Desta forma assegurado está o princípio da liberdade nas relações de consumo, face à obrigatoriedade imposta ao fornecedor que veicular informações ou publicidade, referentes a produtos ou serviços oferecidos ou apresentados, independentemente do meio ou forma de comunicação.

Quanto à conclusão do contrato, esta ocorre com a aceitação, ou seja, quando o destinatário uma proposta, dentro do prazo estabelecido manifesta a sua vontade de aderir a todos os termos do contrato.

Já nos contratos entre ausentes, os sistemas que norteiam a conclusão contratual resumem-se a dois, sendo o primeiro o sistema da informação ou cognição, em que o contrato apenas se perfaz no momento em que o proponente toma conhecimento da aceitação.

Neste, há o inconveniente de deixar ao arbítrio do ofertante tomar a iniciativa de conhecer a resposta.

Já no sistema da agnação ou declaração em geral, observa-se a presença de três correntes, quais sejam: a teoria da declaração propriamente dita, teoria da expedição e teoria da recepção.

Sinteticamente o contrato completa-se no momento em que oblato redige a aceitação, momento que há a exteriorização da vontade, porém, enquanto não emitida a resposta, a aceitação não ingressa no mundo jurídico.

Sendo que a ultimação do contrato se dá quando a aceitação é emitida pelo oblato. Neste momento, a aceitação ingressa no mundo jurídico, não podendo o aceitante obstar, os efeitos de sua manifestação de vontade, em regra.

Já o aperfeiçoamento do negócio jurídico só ocorrerá quando o proponente recebe o comunicado da aceitação, ainda que não o leia. Valendo destacar que o Código Civil brasileiro consagrou a teoria da expedição como regra geral.

Nos contratos eletrônicos, em regra, a conclusão ocorre com o envio de um *e-mail*, informando que está de acordo com a proposta ou então, no caso das propostas em *sites*, utilizando-se de algum comando eletrônico que esteja disponível, por exemplo, o clicar com o mouse em algum ponto da *homepage*, destinado à manifestação da vontade de contratar.

Nos eletrônicos, assim como nos contratos tradicionais para que a aceitação tenha força vinculante, ela deverá ser formulada dentro do prazo concedido na sollicitação. A aceitação a destempo não produzirá qualquer efeito jurídico, uma vez que a proposta se extingue com o decurso de tempo.

Entretanto, se a aceitação for oportuna e chegar a seu destino fora do prazo, por causa de circunstâncias que não se podia prever e contra a vontade do emitente, o ofertante deverá comunicar o fato ao aceitante se não pretender levar adiante o negócio, caso contrário poderá responder por perdas e danos.

Ressalte-se que o art. 431 do Código Civil Brasileiro de 2002, se a aceitação for manifestada extemporaneamente, contendo modificações, restrições ou adições, apresentar-se à nova proposta.

Imprescindível destacar que o Código Civil de 1916 em seu artigo 1079 pregava ainda a hipótese de aceitação tácita, naqueles casos em que a legislação não exigisse que fosse expressa. Tal dispositivo não encontra correspondente no novo Código Civil, até porque o mero silêncio não representa manifestação de vontade, sendo essencial que venha acompanhado de outras circunstâncias ou condições que envolvam a vontade contratual no caso concreto, isto é, apenas um silêncio qualificado poderia ser equivalente a uma manifestação de vontade.

No que tange aos contratos objetos do presente trabalho face à necessidade de interação entre uma parte e um sistema ou entre duas pessoas, a aceitação firmada eletronicamente será sempre e necessariamente expressa.

Entretanto, o consumidor de estar atento a certas abusividades perpetradas por determinadas empresas do ramo de internet em que há dispensa de aceitação expressa em seus contratos, deve-se citar um exemplo bastante corriqueiro em que há a ocorrência dispensa de aceitação expressa por parte do proponente, que são aquelas ofertas de acesso à Internet grátis por um tempo determinado. O contrato destes provedores depois de terminado este período gratuito e não cancelado o serviço pelo consumidor é automaticamente é concluído e uma das partes passa a ser assinante.

Ressalte-se a abusividade destes contratos, pois pode fazer com que consumidores desatentos venham aderir a contratos que não pretendiam firmar.

Pelo entendimento majoritário da doutrina, a manifestação da vontade pode se verificar de qualquer maneira inequívoca, de modo que o meio eletrônico é hábil à formação do vínculo contratual, desde que se permita identificar o agente.

Outrossim, no que concerne à formação do contrato e seu momento respectivo, temos que verificar a modalidade da contratação, ou seja, se entre presentes ou entre ausentes. Entre presentes, a proposta será obrigatória se imediatamente aceita, momento em que irá se concluir a fase negocial. Já na contratação entre ausentes, o contrato somente será considerado acabado quando, após prazo razoável, a aceitação for expedida, conforme arts. 127 e 1086 do Código Civil. Logo, dependendo da simultaneidade, ou não, da declaração da vontade das partes o momento da formação do contrato eletrônico pode diferir.

Salienta-se que o Código Civil Brasileiro adotou como regra geral para reger o momento do aperfeiçoamento dos contratos a teoria da expedição, que determina que o contrato torna-se perfeito quando o oblato emite a sua aceitação aos termos propostos.

Necessário neste momento esclarece que se tratando de Internet, os contratos podem ser elaborados, através de dois meios, basicamente: ou através de troca de e-mails, ou mediante o oferecimento de propostas em uma homepage, e a correspondente aceitação da outra parte.

Ressalta-se no mesmo sentido que o modelo de norma da UNCITRAL – United Nation Commission on International Trade Law - para o comércio eletrônico prevê, em seu artigo 6º, que se a lei requer que a informação seja fornecida por escrito, esta exigência é alcançada se a informação contida na mensagem é acessível para ser utilizada em futuras referências.

Na aceitação, a questão não é diferente, pois se trata de manifestação de vontade do oblato em aceitar a oferta feita, em todos os seus termos, pelo polícitante, que nos contratos virtuais produz o mesmo efeito dos contratos em geral de dar-se por concluída a relação contratual.

Via de regra, nos contratos eletrônicos, a aceitação se perfaz com a remessa do número do cartão de crédito do oblato.

Salienta-se que a aceitação pode ser expressa ou tácita, devendo obrigatoriamente ser expressa no caso dos contratos solenes.

Desta forma, como nesta modalidade contratual a forma é requisito de validade, os contratos eletrônicos não se prestam a veicular-lhes o conteúdo.

Cumpra esclarecer que como há sempre possíveis instabilidades de acesso à rede, entende-se como a melhor posição aquela que considera o recebimento, no momento em que o Provedor manda o arquivo para o seu usuário e tem a mensagem como recebida. Se o provedor apresentar problemas ou mesmo se o destinatário não conseguir acessar a Internet, evidentemente que a mensagem não foi recebida e, portanto o contrato não se completou.

Outrossim, as partes devem necessariamente estar perfeitamente identificadas, no intuito de que o contrato a ser levado a efeito, produza os efeitos desejados por elas.

Tendo como reconhecido que o meio eletrônico é hábil à formação de contratos, conforme disciplina o art. 332 da lei processual brasileira, interessante analisar rapidamente o valor probante que deve ser conferido ao documento eletrônico.

Sendo assim, para tal deve-se inicialmente observar se o contrato apresenta assinatura digital, isto é, encontra-se protegido contra modificações em seu conteúdo. Por essa razão, muitos doutrinadores não aceitam a realização de prova através de e-mail não protegido contra violação, por o considerarem mutável por natureza.

Para Chiovenda(1936), documento, em sentido amplo, compreende toda a representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente. Portanto, o documento é produto da atividade humana, destinado a preservar, ao longo do tempo, um fato ocorrido no mundo fenomenológico.

Quanto ao caso dos documentos eletrônicos, eles podem ser entendidos como representação material de uma dada manifestação do pensamento, fixada em suporte eletrônico. Como consequência disto, fica dificultada uma interpretação ampliada das normas processuais referentes aos documentos, posto que para elas, em sua maioria, documento é sinônimo obrigatório de escrito.

A validade e eficácia dos documentos eletrônicos como meio de prova diverge em muito das dos documentos comuns, uma vez que apresentam diversas peculiaridades técnicas-informáticas próprias.

O sistema jurídico nacional disciplina que os documentos eletrônicos podem ser admitidos como meio de prova com fundamento no art. 332, da legislação processual civil que determina que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa".

Disto, extrai-se que o rol ali existente é exemplificativo, sendo admitido qualquer meio de prova, obviamente desde que legítimo.

Deve-se esclarecer que a volatilidade do meio eletrônico é patente e clara, de tal forma que se faz imprescindível à garantia da integridade e da procedência de um documento para, posteriormente, atribuir-lhe valor probante. Isto pode ser obtido com de um par de chaves, componentes do sistema assimétrico de encriptação de dados, fornecido este por uma Autoridade Certificante.

Descreve FERNANDES (2008) que no Brasil há apenas uma única Autoridade Certificante existente, que é privada e denominada Certsign, com sede no Rio de Janeiro. Tal autoridade segue práticas internacionais, no intuito de proceder à identificação daqueles interessados em adquirir um par de chaves, possuindo um contrato de emissão de assinaturas digitais registrados num cartório de registro de títulos e documentos, garantindo àqueles que pretendem trocar documentos via Internet, a identidade daqueles com quem contratarem. Caso haja interesse entre duas pessoas de trocarem documentos virtuais, deverão elas antecipadamente verificar o registro do certificado uma da outra, Junto àquela instituição, a fim de terem por comprovada a identidade do outro contratante. Como é praticamente impossível a emissão de dois pares de chaves idênticos, está garantida a identidade pessoal do futuro contratante, de forma que a certificação digital tem o condão de legitimar os documentos eletrônicos como meio de prova. Existem diversas formas de se proteger a mensagem eletrônica.

O Conselho de Europa, em 1981, estatuiu que o registro eletrônico deve ser reputado como original e possuindo a mesma eficácia probatória deste. Destaca-se que a matriz do documento eletrônico se mantém íntegra quando copiada, e assim, torna-se indevido falar em “cópias” ou “vias” do documento eletrônico.

3- CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS DOS CONTRATOS ELETRONICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como já anteriormente mencionado, não existe no Brasil uma legislação adequada específica à matéria. Desta forma, deve-se buscar no ordenamento jurídico atual dispositivos legais capazes de dirimir os potenciais conflitos atinentes à temática. Sendo certo dois pontos merecem de dentro da problemática, o primeiro deve-se quanto a validação do

contrato eletrônico, o qual também já foi objeto do presente trabalho em comentário supra realizado .

Outro ponto de relevo e que merece comentário diz respeito à competência para dirimir judicialmente os conflitos oriundos do inadimplemento do contrato eletrônico internacional.

Verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso XXXII, prevê a proteção estatal do consumidor através de lei ordinária, que é o Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei n.º 8.078/90).

Ressalta-se que apesar realizada de modo diferente do até então amplamente utilizado, as relações de consumo firmadas através de contrato eletrônico também se submetem à aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Caso haja a inadimplência do contrato eletrônico através, por exemplo, da existência de vícios, entende-se ser perfeitamente aplicável o disposto no art. 9º da LICC, de forma que a obrigação deverá ser processada segundo disciplina o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, atendendo ainda a norma disposta no inciso II do art. 88 do CPC, que preceitua que a obrigação deve ser cumprida no Brasil.

O próprio Código Consumerista em seu art. 101 é taxativo em afirmar que o consumidor pode optar onde prefere propor a ação contra o fornecedor, ou seja, pode ajuizá-la no Brasil e executá-la segundo os limites da lei estrangeira, ou já ingressar no juízo estrangeiro.

Salienta-se que é inegável a existência de diversas lacunas que o Direito Informático deverá solucionar para que os contratos eletrônicos sejam mais seguros, tanto na confiabilidade de sua celebração, quanto na certeza de sua efetiva execução.

A questão não é de solução simplória porque se trata de uma área que envolve fornecedores e consumidores nacionais e internacionais necessitando, portanto, de uma

solução conjunta entre os países e entre os fornecedores de alta tecnologia na seara da informática para que, num futuro próximo, possa-se realizar contratações eletrônicas sem a preocupação do consumidor estar sendo "observados" por um hacker ou de termos o contrato inadimplido por que o fornecedor ou o consumidor utilizam a sua lei como forma de escusa ao cumprimento.

CONCLUSÃO

Ao fim do presente trabalho chega-se à conclusão que a Internet é uma realidade que não pode ser negada, como também não podem ser negadas as facilidades que vem trazendo às pessoas e ao Direito, cabendo a este proceder a regulação dos negócios jurídicos firmados pelo meio eletrônico, com todas as peculiaridades que os envolvem.

Ressalta-se que para as pessoas que fazem uso do universo virtual nas suas transações comerciais, deve ser garantido um mínimo de segurança nas relações jurídicas que vierem a ser criadas, sendo para isto, necessário que os estudos sobre o tema sejam aprofundados e, sobretudo que haja um maior trabalho jurisprudencial com o fim de que matéria seja sedimentada.

Desta forma, o presente artigo procurou tecer alguns comentários relevantes a cerca dos contratos eletrônicos, mais precisamente no que se refere à sua formação e validade, já que são aspectos fundamentais para as transações operadas via internet.

Vale esclarecer que o presente trabalho em nenhum momento possuiu a pretensão de promover o exaurimento do tema, mas tão-somente visou possibilitar a verificação dos requisitos necessários à contratação eletrônica e suas implicações face ao Código de Defesa do Consumidor para que tais contratações possam ocorrer de forma segura, correta e válida, o que de necessidade primordial.

REFERÊNCIAS:

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. Lei 8078 de 11 de setembro de 1990.
- BRASIL. Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FÉRNANDES, Cristina Wanderley. *Contratos Eletrônicos*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/309961>>. Acesso em 10.06.2009.
- GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. V. IV, Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GARCIA, Izner Hanna. *Revisão de contratos no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo código civil anotado*. V. III, Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PAULA, Alexandre Sturion de. *Contratos Eletrônicos na Relação de Consumo*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1002/Contratos-eletronicos-na-relacao-de-consumo>>. Acesso em 10.06.2009.
- PENTEADO JR, Cássio M.C. *O Novo Código Civil e a Prática dos Contratos*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2004.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SANTOS, Isabella de Campos. *Panorama Atual das Relações Econômicas e Sociais e seus Reflexos na Contratação*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/21809/1/>>. Acesso em 23.07.2009.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. V. II. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

