



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Contrato Eletrônico e suas principais características no ordenamento jurídico brasileiro

Paloma Christina Ramos Alves

Rio de Janeiro
2011

PALOMA CHRISTINA RAMOS ALVES

Contrato Eletrônico e suas principais características no ordenamento jurídico brasileiro

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

Orientadores: Mônica Areal
Néli Fetzner
Nelson Tavares
Guilherme Sandoval
Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

CONTRATO ELETRÔNICO E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paloma Christina Ramos Alves

Graduada pela Universidade Federal do
Rio de Janeiro. Advogada. Juíza Leiga

Resumo: A internet, juntamente com a globalização, trouxe novos paradigmas para a sociedade. Analisar se tais modificações ensejaram a criação de novos institutos jurídicos ou se o estudioso do Direito deve adaptar os institutos existentes às novas realidades é o desafio presente. Nesta seara, este trabalho visa justamente a aprofundar a discussão acerca do contrato eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro em razão do uso cada vez mais crescente deste tipo de contratação.

Palavras-Chaves: Contrato. Eletrônico. Características. Relação de consumo.

Sumário: Introdução. 1. Contrato eletrônico e seus elementos. 2. Formação dos contratos eletrônicos. 3. Classificação dos contratos eletrônicos. 4. Relação de consumo e os contratos eletrônicos. 5. Normatização dos contratos eletrônicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema dos contratos eletrônicos no panorama jurídico brasileiro, e tem como objetivo a análise jurídica de tal contrato e a definição da necessidade ou não de criação legislativa acerca do tema.

Há poucos anos a internet não passava de um projeto; o termo globalização não havia sido cunhado e a transmissão de dados por fibra óptica não existia. Informação era um item caro, pouco acessível e centralizado. Porém, ao longo dos anos, as transformações ocorridas no campo da Economia e da Política, fizeram com que todo esse cenário se modificasse,

assim como o mundo jurídico também. O cotidiano do mundo jurídico consubstanciava-se em papéis, arquivos e burocracias infinitas.

Se o Direito é a ciência que normatiza o comportamento, segundo Hans Kelsen¹, e se a sociedade passou por uma transformação tamanha como a ocorrida na última década no que tange aos meios de comunicação, o Direito deverá encontrar suas formas para a normatização desses novos comportamentos sociais.

Pode-se classificar atualmente a sociedade como uma “sociedade convergente”, ou seja, uma sociedade que há anos vem tentando desenvolver tecnologias para o encurtamento de distâncias, com maior eficiência de custos, e a internet, nesse processo, é o que há de mais revolucionário, porque, sobretudo, permite uma multicomunicação, que é a transmissão de texto, voz e imagem. Tal avanço trouxe à sociedade mudanças comportamentais profundas, às quais o Direito tem que acompanhar, pois a massificação do comportamento exige que a conduta seja abordada pelo Direito, sob pena de criar insegurança jurídica .

Foi assim à época do surgimento da imprensa, do rádio, da televisão, do fax. Cada um deles trouxe para o mundo jurídico particularidades e desafios. Com a internet não é diferente, não existe um Direito da internet, assim como não há um direito televisivo ou um direito radiofônico. Há peculiaridades do veículo que devem ser contempladas pelas várias áreas do Direito, mas não existe a necessidade da criação de um Direito específico. Por isso a correta nomenclatura do instituto ora analisado deve ser “contratos por meio eletrônico”, pois a tecnologia da informática passou a ser usada como meio de efetivação do contrato, instituto já conhecido da ciência jurídica.

Devido ao grande volume que passou a ter, a contratação eletrônica teve repercussão no mundo jurídico, porém se trata de uma forma de contratar não regulamentada legalmente. Portanto, faz-se necessária a identificação do instituto e de seu perfil jurídico para que assim possa ser enquadrado o contrato eletrônico no sistema legal vigente, mormente o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 8078/90.

Esse trabalho objetiva traçar as linhas jurídicas do contrato eletrônico, trazendo as nuances que tal instituto jurídico tem, bem como as polêmicas e dificuldades que ainda o cercam. Para tanto, utilizou-se como metodologia o estudo da doutrina pertinente ao tema, bem como textos especializados para melhor debate e aprofundamento do tema.

Algumas questões foram norteadoras do trabalho. Dentre elas: O que seria o contrato eletrônico? Quais os elementos de tal contrato? Quais os requisitos legais para a formação de

¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3.ed. São Paul: Revista dos Tribunais, 2004. *Passim*.

tal negócio jurídico? Quais os princípios aplicáveis? Como será feita a prova de tal contratação? Qual o momento exato de sua formação? Como classificá-los para uma melhor compreensão do instituto? É preciso uma nova legislação para os contratos eletrônicos?

Esses e outros questionamentos serão abordados no decorrer do presente trabalho.

1. CONTRATO ELETRÔNICO E SEUS ELEMENTOS

Cabe esclarecer que o contrato eletrônico não é uma nova figura contratual, tampouco é uma figura inominada. Trata-se de uma nova forma de realizar contrato, podendo realizar quaisquer tipo de contratação existente no ordenamento jurídico, como locações, compra e venda, serviços, dentre as inúmeras possibilidades. Todavia, trata-se de uma forma especial de formação contratual e que, por isso, merece um tratamento especial. Portanto, faz-se necessário analisar, brevemente, a teoria contratual aplicável aos contratos ditos tradicionais, para depois analisar os pontos divergentes dessa aplicação ao contrato eletrônico.

1.1 CONCEITO DE CONTRATO ELETRÔNICO

Para Pedro A. Miguel Asensio², o contrato eletrônico é aquele que se aperfeiçoa mediante o intercâmbio eletrônico de dados de computador a computador.

Para Ronaldo Alves de Andrade³, a correta definição seria a de que contrato por meio eletrônico é o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, e cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma, entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, Intranet, EDI (*eletronic data exchange*) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como o CD, disquete, fita de áudio ou vídeo.

De acordo com as lições de Maria Helena Diniz⁴, contratos eletrônicos são aqueles que se operam entre o titular do estabelecimento virtual e o internauta, mediante transmissão eletrônica de dados.

² ASENSIO, Pedro A. de Miguel, *Derecho privado de internet*. Madri: Civitas Ediciones S.L, 2000. p. 151.

³ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico*. São Paulo: Manole, 2004. p. 31.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 756.

Serge Guinchard, Michèle Harichaux e Renaud de Tourdonnet⁵ também expressam a mesma opinião, lecionando que qualquer tipo de contrato pode ser concluído por intermédio de rede de computadores, desde que seja efetuado com respeito às normas legais aplicadas aos contratos; dessa maneira, o regime jurídico do contrato eletrônico será o do contrato nele representado, seja ele uma compra e venda, uma aplicação financeira, ou uma movimentação de conta corrente. Tal conceito parece ser o mais completo e acertado dentre os apresentados.

1.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS E REQUISITOS LEGAIS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Para a caracterização de um contrato eletrônico, é necessária a presença dos elementos essenciais à qualquer contrato, quais sejam os presentes no art.104 do CC, partes, objeto, forma e consentimento.

Especificamente sobre os contratos eletrônicos, Maria Helena Diniz⁶ afirma que para que este tenha validade e eficácia, ou seja, para irradiar efeitos jurídicos, são necessários alguns requisitos legais, exigidos pelo Código Civil.

Tais requisitos são divididos em subjetivos, objetivos e formais.

Os requisitos subjetivos são aqueles que exigem a manifestação de vontade de duas ou mais pessoas capazes civilmente para a efetivação do ato negocial, desde que não apresente vícios de consentimento e social. Outro item apontado pela autora para a validade do contrato virtual é a sua integridade, ou seja, a certeza de que na houve adulteração do documento no seu envio pelo emitente ao receptor. Pra isso, a tecnologia aplicável para evitar e solucionar esse problema é a assinatura digital, baseada na criptografia assimétrica.

Já os requisitos objetivos requerem como qualquer outra modalidade de contrato, a licitude, a suscetibilidade de determinação e a possibilidade física ou jurídica do objeto e conteúdo econômico.

Por fim, os requisitos formais exigem o uso de computador na sua formação, ficando registrados no seu disco rígido, podendo, por isso ser transferidos sem perda de conteúdo para disquetes, CD-ROMs, homepages, e discos rígidos de outros computadores.

⁵ *Apud*: ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Idem*. p. 31-32.

⁶ *Ibidem*. p. 756-758.

1.3 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Existem alguns princípios que são próprios dos contratos eletrônicos. Estes três primeiros são derivados das leis modelos que se aplicam às contratações eletrônicas, quais sejam o CC e o CDC.

O primeiro deles é o princípio da equivalência funcional, que significa que todo documento eletrônico tem os mesmos efeitos que os documentos feitos no papel. O segundo princípio é o da neutralidade tecnológica, segundo o qual o meio eletrônico usado para comunicação ou a técnica empregada para dar autenticidade à mensagem eletrônica, não poderá ser taxativa, isto é, não deverá estar restrita a uma tecnologia apenas. Por fim, o princípio da inafastabilidade da proteção ao consumidor, que preceitua que nenhuma lei nova pode confrontar com outra que defenda o consumidor.

Além dos princípios citados acima, alguns decorrem especificamente dos arts. 421 e 422 do Código Civil. O primeiro princípio a decorrer de tais dispositivos legais é o princípio da identificação que prega que se possa verificar a autoria, a origem da mensagem enviada.

Já o princípio da integridade preceitua que a mensagem depois de expedida não possa ser modificada. O princípio da privacidade também decorre de tais dispositivos, e segundo ele o ambiente de comercialização seja seguro.

Ainda tem-se o princípio do recebimento não repúdio ou inequívocos, afirmando que a perícia tem como rastrear se o e-mail chegou ao destinatário ou não, quando foi enviada a mensagem, se esta foi lida, identifica também o destinatário e sua máquina. Atualmente existem programas que emitem alertas, mensagens para avisar à quem enviou a mensagem que esta foi lida pelo destinatário.

Por fim, o princípio da autenticação, pelo qual a autoria da mensagem pode ser certificada (garantida, confirmada) por terceiros, que são as autoridades certificadoras. No Brasil, só quem for autorizado e registrado no governo pode exercer tal atividade.

1.4 IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES NO CONTRATO ELETRÔNICO

Considerando que o contrato eletrônico é realizado em ambiente virtual, ou seja, sem a presença física dos contratantes, a identificação desses normalmente é feita mediante o preenchimento de formulários eletrônicos, pelo que as partes não têm certeza da identidade da pessoa com quem estão contratando, pois é possível alguém intencionalmente falsificar um nome, usar dados de terceiros, etc. A efetiva possibilidade de fraude na identificação das

partes e nos demais dados gera uma insegurança muito grande, o que faz com que inúmeras pessoas não realizem esse tipo de contrato, pois ficam receosas quanto às informações erradas e supostas fraudes.

Porém, é preciso desmistificar essa impressão, pois os riscos existem tanto quanto nos contratos feitos de forma convencional. No caso de um pagamento por meio de cartão de crédito, o fornecimento do número em contrato celebrado por meio eletrônico gera o os mesmos riscos da forma convencional, pois ao entregar o cartão de crédito ao vendedor, o funcionário pode tirar uma cópia do cartão, e posteriormente usá-lo em negociações fraudulentas.

No documento cartáceo convencional, a identidade das partes é feita pela assinatura lançada pelos contratantes no instrumento que materializa o contrato. Além de identificar as partes, a assinatura também tem a função de assunção de paternidade e do conteúdo do documento; de concordância com os termos da avença contratual; de expressar o compromisso dos signatários de cumprir as obrigações que couberem a cada uma; por fim, de provar a autenticidade do documento.

No caso do documento eletrônico, a identidade dos contratantes é revelada e assegurada pela criação da assinatura digital ou numerada, a qual substitui a assinatura autógrafa. A assinatura eletrônica, no estado atual da técnica, nada mais é que um código ou senha formada por símbolos alfanuméricos, ou seja, por letras, números ou estes e aqueles conjuntamente, de modo a identificar precisamente uma pessoa, na medida em que somente ela tem conhecimento do seu código ou senha.

A assinatura manuscrita, assim como a digital, também é representada por um código, já que normalmente é formada por traços não correspondentes à escrita em caracteres alfabéticos. A diferença básica entre as duas formas de assinatura é a que a manuscrita só poder ser legalmente aposta por seu titular, e a digital pode ser usada por qualquer outra pessoa que conheça o código secreto ou a senha, e é possível esse uso de terceiro ser ato legal, como quando uma pessoa entrega seu cartão bancário e sua respectiva senha a outrem para sacar dinheiro ou praticar outro ato qualquer, tratando-se nessa hipótese de mandato, porém ainda que seja mandato, é ilegal quando a senha ou o código são obtidos por meio de fraude e utilizados indevidamente.

Entretanto a utilização da senha não é propriamente a firma digital, mas serve para identificar as partes contratantes e, embora ainda cause certa insegurança na realização de atos e negócios jurídicos por meio eletrônicos, paulatinamente está tomando o lugar da assinatura manuscrita, pois as relações jurídicas cada vez mais estão sendo realizadas por meio

eletrônico, sendo inviável a assinatura manuscrita.

A criptografia é a técnica usada pelas empresas certificadoras, consistente em uma linguagem codificada utilizada para enviar mensagem escrita em linguagem não-convencional, pode dar à assinatura digital e ao documento eletrônico a segurança deles reclamada e exigida. Essa técnica se perfaz pela conversão da assinatura, da mensagem do código ou da senha identificadora para uma linguagem formada por algoritmos que apenas pode ser lida pelo seu destinatário, uma vez que só ele que dispõe de um Código ou sistema que o permite ler o conteúdo da mensagem.

A linguagem da criptografia assimétrica funciona com a utilização de duas chaves - código ou senha alfanumérica -, uma privada, que só é de conhecimento do titular e constitui sua assinatura digital, e outra pública, que permite ao receptor da mensagem proceder à decodificação, transformando a linguagem codificada em linguagem usual e possibilitando, ainda, a perfeita identificação do remetente. As duas chaves são matematicamente assimétricas, de forma que a mensagem enviada com a utilização de determinada chave só pode ser lida pela sua correspondente.

Esse sistema garante não só a assinatura identificadora do emitente, como também a inviolabilidade do conteúdo da mensagem, uma vez que, tecnicamente, é praticamente impossível a adulteração da assinatura e do conteúdo da mensagem, uma vez que a chave só abre o documento assinado digitalmente, de forma que se ele for alterado a chave não o abrirá, sendo, dessa forma, possível saber se o documento foi adulterado.

A integridade desse sistema depende da intervenção de terceiro, qual seja a autoridade certificadora, que recebe em depósito uma lista de chaves públicas, que pode ser consultada por qualquer pessoa. Assim, ao enviar uma mensagem codificada, o remetente deverá encriptá-la usando a Chave Privada da sua assinatura digital, devendo comunicar ao destinatário do documento a assimétrica Chave Pública da assinatura digital que permitirá a decifração da mensagem para a linguagem convencional.

Assim, se a Chave Pública está registrada junto à autoridade certificadora em nome de *Fulano de tal* e com sua utilização foi possível ler determinado documento eletrônico criptografado, no qual foi utilizada a assimétrica Chave Privada, segue-se a conclusão de que o autor do documento é o titular da Chave Pública, uma vez que somente ele ou preposto seu poderia, com a utilização da sua Chave Privada, criptografar uma mensagem que pudesse ser decifrada com a utilização de Chave Pública.

Para Ronaldo Alves de Andrade⁷, a assinatura digital é sim uma assinatura, de natureza diferente da autógrafa, mas ainda sim assinatura.

A medida provisória n. 2.200⁸ criou a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP- Brasil) como órgão gerenciador do sistema de Chaves Públicas Brasileiras. Sua função é gerir o sistema de assinatura digital, tendo criado um sistema de cadeia de autoridades certificadoras com uma certificadora raiz que é colocada no topo da cadeia. Em síntese, compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil a implantação a coordenação e a fiscalização da atividade das certificadoras e autoridades de registro as quais podem ser de natureza pública ou privada. Esse sistema equiparou juridicamente a validade do documento eletrônico assinado digitalmente no procedimento de certificação estabelecido na medida provisória ao documento tradicional, desde que a certificadora da assinatura faça parte da ICP-Brasil.

Contudo, a equiparação legal condicionada à assinatura digital certificada por certificadora integrante da ICP-Brasil não importa dizer que os demais documentos eletrônicos não tenham validade, eles são válidos, contudo, não são equiparados aos documentos escritos, não gozando da presunção do art.219 do Código Civil. Assim, a fé da certificação expedida por empresa que não for integrante da ICP-Brasil não é dada por lei, mas sim pela confiança e pela credibilidade da empresa que a emite, só tendo validade entre as partes. Assim, conquanto essa certificação não tenha o mesmo valor de um reconhecimento de firma, pode servir como meio de prova da existência do documento eletrônico e de identificação das pessoas que nele figuram.

A lei modelo da UNCITRAL , elaborada em 1996, com a adição do art.5º em 1998, estabelece no novo artigo que não será negado efeito legal ao documento apenas por ter sido elaborado por meio eletrônico, sendo certo que o art. 6º equipara o documento eletrônico ao documento escrito e o art.7º complementa o reconhecimento legal dessa criação eletrônica, equiparando a assinatura eletrônica à autógrafa. Porém, essa lei serve apenas como modelo para os países associados às Nações Unidas. Não é obrigatória mas representa pioneira e importante legislação-modelo que serviu de inspiração para os escassos diplomas legais acerca do tema.

⁷ *Ibidem.* p. 32.

⁸ BRASIL. Medida Provisória n. 2.200, de 28 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200.htm>. Acesso em: 23 fev 2012.

1.6 PROVA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O contrato eletrônico só poderá ser considerado como tal quando fixado em base material - CD, disquete, ou qualquer outra mídia - que permita sua reprodução em suporte cartáceo quando as partes pretenderem materializar o instrumento contratual virtual, pois esta materialização constituirá o denominado contrato eletrônico. Porém, quando o contrato celebrado por meio eletrônico não for fixado em nenhum suporte eletrônico, inexistirá qualquer documento físico comprovando a feitura do contrato celebrado verbalmente, uma vez que nessas duas formas contratuais inexistem base física representativa da realização do contrato.

O suporte corpóreo tangível tem a finalidade de eternizar, representar e comprovar a existência do ato jurídico, de modo que permite aos interessados acessar seu conteúdo e utilizá-lo como prova. Ressalte-se que assim como o contrato verbal, o contrato eletrônico sem suporte físico tem validade jurídica, pois o negócio jurídico não se confunde com o suporte material.

Segundo Ronaldo Alves de Andrade⁹, o contrato eletrônico constitui documento indireto de prova, ou seja, documento criado para representar um ato jurídico emanado da mente humana, ao contrário do documento direto, que representa diretamente um fato, sem intervenção da mente humana, como uma fotografia, por exemplo. É possível comparar o documento eletrônico com um documento escrito em linguagem estrangeira, pois assim como o contrato eletrônico, ele foi escrito em linguagem codificada que possibilita a tradução para a linguagem convencional.

No atual cenário, o documento eletrônico somente pode ser feito na modalidade particular, uma vez que ante a inexistência de cartórios virtuais eletrônicos, é inviável a formação de documento eletrônico na forma pública. Ao contrato eletrônico aplicam-se as regras do art. 368 do CPC e do art. 219 do Cc, ambos preceituando que a expressão de vontade exteriorizada e materializada em documento escrito particular é verdadeira em relação aos signatários.

O sistema processual brasileiro institui um livre regime de provas, de modo que qualquer meio probatório pode ser utilizado, destacando-se ainda a possibilidade de o juiz de usar as regras de experiência comum e técnica quando o meio de prova não estiver juridicamente regulado, o que está claramente exposto nos art. 332 e 335 do CPC.

⁹ *Ibidem.* p. 90.

2. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Sendo o consentimento recíproco o ponto mais importante para o negócio jurídico contratual, é relevante caracterizar o instante em que ele se verifica, porque daí decorrerá a existência do próprio contrato.

É importante ressaltar que o acordo não surge pronto, ele é resultado de uma série de fases, quais sejam as de negociações preliminares, proposta e aceitação. Antes de se estabelecer o contrato há informações preliminares, mas apenas no momento em que as partes concordarem é que se firmará o contrato. Esse acordo dependerá de duas fases, quais sejam as de proposta ou aceitação.

2.1 NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Constituem-se em conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante tendo em vista o contrato futuro, sem que haja qualquer vinculação jurídica entre os participantes. É uma fase pré-contratual, não cria obrigações nem direitos, e tem por objeto o preparo do consentimento das partes para a conclusão do negócio jurídico contratual, não estabelecendo qualquer laço convencional.

Não se pode imputar responsabilidade civil àquele que houver interrompido essas negociações, pois, se não há proposta concreta, se nada existe de positivo, o contrato ainda não entrou em seu processo formativo, nem se iniciou. Todavia, é preciso deixar bem claro que, apesar de faltar obrigatoriedade aos entendimentos preliminares, pode surgir, excepcionalmente, a responsabilidade civil para os que dele participam, ensina Maria Helena Diniz¹⁰.

Portanto, apenas na hipótese de um dos participantes criar no outro a expectativa de que o negócio será celebrado, levando o mesmo a realizar despesas, a não contratar com terceiro ou a alterar planos de sua atividade imediata, e depois desistir injustificada e arbitrariamente, causando-lhe sérios prejuízos terá, por isso, a obrigação de ressarcir todos os danos.

Em muitos casos, existe ainda um contrato preliminar, como figurados nos arts.462 e 466 do CC. Este é contrato preparatório que tem o objetivo de delinear os contornos do contrato definitivo que se pretende efetivar, gerando direitos e deveres para as partes, que

¹⁰ *Ibidem.* p. 42.

assumem uma obrigação de fazer aquele contrato final. Porém, este tipo de contrato em sede de negociações preliminares não é muito comum nos contratos realizados por via eletrônica, visto que este meio de realização é caracterizado por celeridade, praticidade e objetividade.

Resumidamente, os acordos preliminares são atos preparatórios do contrato, sem força vinculante, enquanto a proposta e a aceitação constituem declarações volitivas idôneas a formar o negócio jurídico contratual.

2.2 PROPOSTA OU POLICITAÇÃO

A proposta é elemento inicial da formação do contrato, visto que a pressupõe pelo único fato da aceitação, por ser o ato pelo qual uma das partes solicita a manifestação de vontade da outra, produzindo, portanto, efeitos jurídicos próprios, pois, enquanto não revogada, até o instante permitido por lei é obrigatória, e a parte que a receber tem a alternativa de aceitá-la ou não, sendo certo que uma aceitação com alterações importa em nova policitação. Assim, na oferta o policitante vincular-se-á havendo aceitação do outro contraente.

Algumas características são pertinentes à proposta, dentre elas a de que é uma declaração unilateral de vontade por parte do proponente que convida o aceitante a contratar, apresentando os termos em que pretende fazê-lo. Ainda, pode-se afirmar que a proposta reveste-se de força vinculante em relação ao que formula. Também é possível afirmar que é um negócio jurídico receptício, pois não é apenas uma informação, mas possui a força de um querer dependente da declaração do aceitante ou oblato. Outra característica é a de que proposta deve conter todos os elementos essenciais do negócio jurídico proposto, evitando assim possível indução a erro. Por derradeiro, é elemento inicial do contrato, deve ser séria, precisa, clara e inequívoca.

A obrigatoriedade da proposta consiste num ônus, imposto ao proponente, de não revogá-la por certo tempo a partir de sua existência. No que tange a essa obrigatoriedade, nosso Código Civil, na esteira do sistema germânico, preceitua que o policitante deve manter a sua oferta dentro de um prazo variável, em conformidade com as circunstâncias, e que a oferta subsiste mesmo em face da morte ou incapacidade superveniente do proponente antes da aceitação, salvo se outra houver sido a sua intenção ou se infungível a sua prestação.

Entretanto, essa força vinculante não é absoluta, o art. 427, 2ª parte e 428 e incisos do CC prevêm exceções a essa vinculação se resultar de seus próprios termos, ou seja, se estiver expresso em cláusula, ou se a falta de obrigatoriedade fluir da natureza do negócio, ou ainda

por circunstâncias peculiares.

A revogação só é possível enquanto ainda não manifestada a aceitação, e é de notar que se o ofertante remete sua proposta, mas, antes que ela chegue ao oblato, remete revogação que chega ao conhecimento deste antes da emissão e remessa da aceitação, a proposta em realidade não produz qualquer efeito, não estando o proponente obrigado à proposta lançada, pois a proposta revogada antes da aceitação é manifestação de vontade que não veio a lume, uma vez que natimorta, de acordo com art.428 do CC.

2.3 ACEITAÇÃO

A aceitação da proposta por parte do solicitado é o fecho do ciclo consensual, constituindo-se na segunda fase para a formação do vínculo contratual. Ela está intimamente ligada à oferta, pois sem ela não se terá o contrato e a proposta não obrigará o polícitante. A aceitação é complemento da polícitação, tanto uma, como outra são necessárias para a conclusão do ato negocial, por representarem o reflexo da vontade à do ofertante é que se tem o contato, cujo pressuposto é o consentimento de ambos os contratantes. A aceitação, portanto, não só vincula o aceitante, mas também o ofertante, por que a partir desse momento está sob a égide do liame contratual. É preciso também que haja um mútuo consentimento do acordo que estão firmando.

Essa aceitação pode ser expressa ou tácita, e apresenta alguns traços peculiares, pois não exige obediência a determinada forma, pois salvo nos contratos solenes, a aceitação pode ser expressa, se o oblato declarar sua concordância, ou tácita, se um ato, inequívoco, do aceitante permitir concluir sua anuência à oferta, além disso, a aceitação deve ser oportuna, pois necessário se torna que ela seja formulada dentro do prazo concedido na polícitação.

A oferta pode ser sem prazo, caso em que persistirá até que haja retratação, antes de se expedir a aceitação, com prazo arbitrário, fixado pelo proponente, ou moral, se for necessário um prazo de reflexões ou que seja suficiente para que a resposta chegue ao conhecimento do ofertante.

A aceitação só terá força vinculante quando manifestada tempestivamente. Se feita sem prazo, o ofertante desligar-se-á se a resposta não chegar ao seu conhecimento após o decurso de tempo suficiente para tanto. Se a aceitação for oportuna, mas chegar fora do prazo por motivos alheios à vontade do emitente, o ofertante deverá, então, comunicar imediatamente o fato ao aceitante, se não pretender levar adiante o negócio, sob pena de responder por perdas e danos.

A aceitação feita fora de prazo com modificações e/ou adições é considerada uma nova proposta (art. 431 do CC). Outro traço peculiar é o de que a aceitação deve corresponder a uma adesão integral à oferta, nos moldes em que foi manifestada, pois o contrato pressupõe a integração de duas ou mais vontades coincidentes, e por fim, a resposta deve ser conclusiva e coerente.

Se o negócio jurídico for entre presentes, a policitação poderá estipular ou não prazo para resposta. Se a proposta não contiver prazo, esta deverá ser manifestada imediatamente, senão a oferta deixará de ter força vinculativa. Se a proposta estipulou prazo, a aceitação deverá ser pronunciada no termo concedido, sob pena de desvincular-se o policitante.

Já se o contrato for entre ausentes, tendo sido estipulado prazo, esse deverá ser obedecido, mas se a aceitação se atrasar, o proponente deverá dar ciência do fato ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos. Se o ofertante não estipulou qualquer prazo, a aceitação deverá ser manifestada dentro de tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente.

Ao aceitante é reconhecido o direito de arrepender-se, desde que sua retratação chegue ao conhecimento do ofertante antes da aceitação ou juntamente com ela, de acordo com interpretação do art. 433 do CC.

2.4 MOMENTO DE FORMAÇÃO

Para se estabelecer a obrigatoriedade do ajuste, é preciso verificar quando foi constituído o liame jurídico que une os contraentes, cessando a possibilidade de retratação, compelindo as partes a executar o negócio, sob pena de serem responsabilizados pelas perdas e danos.

Para que essa problemática possa ser resolvida, é necessário verificar se o contrato se realiza entre ausentes ou entre presentes. Se for realizado entre presentes nenhum problema haverá, visto que as partes se encontrarão vinculadas no mesmo instante em que o oblato aceitar a proposta, isto é, assim que se tiver o acordo recíproco, só então o contrato começará a produzir efeitos, pois apenas terá existência de direito no momento em que houver união coincidente das vontades dos contraentes.

Ronaldo Alves de Andrade¹¹ afirma que essa terminologia não seria a mais correta, visto a falta de clareza, sendo correto falar-se em contratos constituídos por declarações

¹¹ *Ibidem.* p.36.

consecutivas e contratos constituídos por declarações intervaladas correspondentes aos contratos entre presentes e ausentes, respectivamente.

Já no contrato entre ausentes, devido à ausência do oblato, existe um intervalo de tempo mais ou menos longo entre a manifestação do aceitante e o conhecimento dela pelo policitante. Por isso, vários são os critérios apresentados pela doutrina para fixar o momento inicial da obrigatoriedade do ato negocial. Para solucionar a questão, surgiram algumas teorias, tomando por referência a resposta à oferta¹².

A primeira delas é a teoria da informação ou cognição, cujos adeptos consideram perfeito o contrato no momento em que o ofertante tem ciência da aceitação do oblato, visto que não se pode dizer que exista um acordo de vontades, e, portanto, um consentimento recíproco a respeito de um negócio jurídico que se pretende realizar, sem que o proponente e aceitante conheçam a vontade um do outro. Essa corrente é adotada pelos Códigos Civis austríaco, italiano, e pelo argentino. Encontra-se em decadência, por ter o inconveniente de deixar ao arbítrio do policitante o momento de abrir a correspondência e tomar conhecimento da resposta, positiva geradora do vínculo obrigatório, favorecendo, assim, a fraude e a má fé do ofertante.

Já a teoria da agnição ou da declaração estabelece que o contrato se aperfeiçoa no instante em que o oblato manifesta sua aquiescência à proposta.

Pelo exposto, e em vista do disposto no CC, tem-se que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a teoria da agnição ou declaração na sua segunda modalidade, ou seja, a da expedição. Embora o CC, em seu art.434, I, II, III, tenha estabelecido algumas exceções, pois se antes da aceitação ou com ela chegar a retratação do aceitante, quando o proponente tiver se comprometido a aguardar a resposta ou quando ela não chegar no prazo convencionado, o contrato não estará formado, aplicando-se a teoria da recepção nessas exceções.

2.5 MOMENTO DE FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO ENTRE PRESENTES

Tal como nos demais meios de contratar, o contrato eletrônico pode ser celebrado entre presentes e ausentes. É celebrado entre presentes quando a contratação for feita on-line, ou seja, quando os computadores do proponente e do ofertado ou oblato estiverem ligados e

¹² Nesse sentido vide ALVES, Ronaldo, *idem*. p. 42-46.

fisicamente conectados um ao outro por uma linha telemática – qualquer forma de conexão, seja internet banda larga, conexão por linha telefônica, etc. - no momento da celebração do negócio, de forma que a proposta remetida pelo proponente possa ser imediatamente recebida pelo oblato, que por seu turno poderá de imediato enviar sua aceitação.

A comunicação *on line*, é semelhante à comunicação telefônica, na medida que permite duas ou mais pessoas em locais diferentes, distantes ou não, mantenham comunicação como se estivessem no mesmo local, de forma que a mensagem emitida – que pode ser uma oferta de contrato – seja imediatamente recebida e conhecida pelo destinatário.

Logo, quando o contrato é celebrado por meio telemático de comunicação simultânea, *on line*, trata-se de contratação entre presentes, pois a oferta de contato pode ser imediatamente conhecida pelo oblato.

No plano do direito positivado, o art.428, I do CC, considera entre presentes o contrato celebrado via telefone ou por meio semelhante. Logo, o contrato eletrônico enquadra-se nessa modalidade, por ser meio semelhante ao telefone. Esse dispositivo está em consonância com o disposto no art.2º da Lei modelo UNCITRAL, já citada anteriormente.

Também configura contrato por meio eletrônico entre presentes o decorrente de oferta pública feita em *sites*, pois nesse caso o *site* funciona como um estabelecimento virtual, que dispõe em catálogo eletrônico produtos e serviços, e tem dupla função: A primeira é a de publicidade, a segunda é a de oferta pública, uma vez que os produtos ou serviços constantes nesses catálogos podem ser adquiridos, bastando para o aperfeiçoamento do contrato a aceitação manifestada pelo oblato. É contrato entre presentes visto que a aceitação pode ser imediatamente recebida pelo ofertante, já que, nesse tipo de relação jurídica, os computadores estão simultaneamente conectados.

Alguns *sites* são inteiramente gerenciados por computador, sem a participação direta de nenhum contratante. Nesses casos, em que toda a venda só é repassada à empresa por relatório de vendas, a oferta de contrato em *site* configura oferta pública entre presentes, embora toda a negociação se desenvolva em ambiente virtual e entre pessoas não presentes fisicamente.

2.6 MOMENTO DE FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO ENTRE AUSENTES

Tal como ocorre com os contratos convencionais, o contato eletrônico também pode ser formado entre ausentes, e isso acontecerá quando não for celebrado por meio de

comunicação simultânea, ou seja, quando não for *on line*, sendo certo que tal situação ocorrerá quando o computador do oblato estiver off line, isto é, não conectado à rede mundial de computadores na qual está conectado o computador do ofertante ou policitante. A inexistência de conexão simultânea não permite ao oblato conhecer imediatamente a proposta do policitante e tampouco a imediata transmissão de sua eventual aceitação, estando, portanto, caracterizada a situação de ausência, tratando-se na hipótese de contrato entre ausentes.

O contrato realizado por correspondência eletrônica, o *e-mail*, é, assim como o realizado entre por correspondência convencional, epistolar ou telegráfica, considerado contrato entre ausentes, e, portanto há necessidade de que seja fixado o momento de sua formação. Em se tratando de correspondência convencional, tem-se que o sistema brasileiro adotou a teoria da expedição, pela qual o contrato está formado quando a aceitação é expedida, é no exato momento do envio da aceitação que o oblato fundiu sua vontade à do policitante em formar o contrato, mesmo que esse não tenha sua vontade à do policitante em formar o contrato, mesmo que este não tenha ainda conhecimento da resposta. Assim, são aplicáveis ao contrato eletrônicos exceções à regra geral contidas no art. 428, II, III e IV do CC, concernentes à retratação da ao fato de o policitante haver se comprometido a esperar a resposta ou quando esta não chegar no prazo convencionado.

Sempre restarão dúvidas acerca do efetivo envio e recebimento da mensagem que contém a proposta ou a aceitação. Por essa razão, afirma Ronaldo Alves de Andrade¹³ que em relação a teoria adotada em relação aos contratos eletrônicos, deveria ser adotado pelo sistema brasileiro o que fora adotado pelo art.11 da Proposta de Diretiva sobre comércio eletrônico do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia , no sentido de que o contrato deve ser considerado formado quando o destinatário houver recebido por correio eletrônico notificação do ofertante acusando o recebimento da aceitação ou confirmando a realização do contrato.

Destarte, a oferta e a aceitação são elementos indispensáveis à formação de qualquer contrato, visto que o consentimento de cada um dos contratantes, em convergência, forma o nexu contratual. Assim, tem-se por um lado a proposta, ponto inicial, e por outro a aceitação, o ponto final.

2.7 LOCAL DA CONCLUSÃO E FORMA LEGAL

Preceituam os art.435 do CC e art.9º da LICC que o contrato será celebrado no local

¹³ *Ibidem. passim.*

onde foi proposto. Se aplicarmos essas regras aos contratos eletrônicos, temos que o local de formação do contrato será aquele em que estiver o computador remetente da proposta.

Tal interpretação, porém, está incoerente com a teoria da expedição, tal qual abordada anteriormente, uma vez que se o contrato é formado com a expedição da aceitação, logicamente o lugar desta é que se formou o contrato, e não aonde fora proposto. No caso específico do contrato eletrônico, se forem aplicadas as regras supracitadas, situações inusitadas ocorreriam, haja vista que o contrato eletrônico, feito mediante a Internet, é realizado em sede mundial, já que está inserido na rede mundial de computadores.

Portanto, para se evitar estas situações, o melhor é entender que o contrato eletrônico é formado no local de domicílio do proponente e não no local onde está situado o computador utilizado para o envio da resposta ou da aceitação, de acordo com o art.15.4 da lei modelo UNCITRAL.

Quanto à forma legal do contrato, como já explicitado, esse não exige uma imposição legal de forma, logo, ao analisar o contrato eletrônico, tem-se que analisar sua base física, para que seja dado o seu devido perfil legal. O nosso sistema privilegiou a forma escrita de contratar, isso porque apesar do inconveniente da forma, existe a vantagem da segurança jurídica, não só em relação à prova da sua existência, mas também quanto aos seus termos.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os contratos realizados pela internet são classificados, quanto à forma de contratação, em entre presentes ou ausentes, e que conforme já exposto em item anterior, são os de realização instantânea (art. 427 a 435 do CC). São considerados contratos entre ausentes os realizados por e-mails. São considerados contratos entre presentes os realizados por programa de conversação on line, ou os que permitem o point and click em que ao ler uma oferta, o visitante da página resolve contratar, clicando no mesmo item da oferta.

Ainda tem-se a classificação dos contratos eletrônicos entre fornecedor e consumidor (b2c) – a sigla refere-se ao inglês, business to consumer.), entre pessoas jurídicas (b2b) – sendo mais uma vez usado o inglês para expressar business to business, entre governo e consumidor (g2c) – aqui o significado da sigla é government to consumer, e ainda existe uma outra forma que são as relações entre governos (g2g), mas não se pode falar em contratos nesta seara, são apenas relações¹⁴.

¹⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52-55.

A autora Maristela Basso¹⁵ propõe a adoção de uma outra classificação quanto aos contratos ditos realizados entre presentes e ausentes no que tange aos contratos internacionais. Desta forma, segundo seu entendimento o melhor seria classificá-los em:

- a) Contratos de formação instantânea por comunicação indireta através de telemática – posto que entre oferta e aceitação há apenas um tempo real, ou melhor, um lapso temporal necessário para que a oferta seja aceita, sem que haja qualquer ato como contraproposta ou qualquer negociação. A aceitação, ou a recusa, são imediatas;
- b) Contratos de formação *ex intervallo* realizados por comunicação indireta através de telemática – nestes, há um tempo considerável entre a oferta e a aceitação, por não ser esta imediata, já que o oblato resolve pensar sobre o negócio, ou mesmo não pode responder naquele momento. Nestes casos a recepção da resposta será o momento de formação do contrato;
- c) Contratos de formação *ex intervallo temporis* – estes abrangem oferta, negociação e aceitação, visto que existe um tempo para reflexão em que as partes trocam propostas, pois suas decisões requerem negociações intermitentes. São contratos de formação progressiva, em que entre oferta e aceitação há necessidade de estudos sobre as cláusulas relativas ao preço, de análise de mercado, verificação de orçamentos, etc. Requer longa fase de negociação.

CONCLUSÃO

O contrato eletrônico, por tudo que foi apresentado, não constitui um novo tipo de contrato; é, na verdade, um meio de contratação, sendo certo que a natureza jurídica é a do contrato que for realizado.

Não há na legislação pátria nenhum óbice á contratação eletrônica, sendo aceito inclusive a contratação verbal (art.1079 do CC), e também não é exigido quando da feitura deste tipo de contrato, uma forma específica, salvo quando a lei exigir, como nos casos de contratação propriedade imóvel (art.108 do CC), assim, o contrato eletrônico poderá servir de meio para a celebração de qualquer tipo de contrato.

O documento eletrônico é materialmente representado em mídia eletrônica, denominado documento eletrônico, que é um documento escrito em linguagem codificada de bits.

¹⁵ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. Porto Alegre: Advogado, 1998. *passim*.

O documento eletrônico pode ser assinado digitalmente, por meio da utilização de um código que permite a perfeita identificação da pessoa que o firmou, de forma mais segura que a assinatura autógrafa, que pode ser falsificada com mais facilidade que a eletrônica.

Diante da contratação eletrônica, as partes devem agir com boa-fé objetiva, e nas relações de consumo essa regra moral corresponde a informar o consumidor sobre todas as qualidades do produto, identificação do fornecedor, confirmação da aceitação da proposta e aviso explícito quanto ao direito de recesso do art.49 do CDC.

Não existe lacuna jurídica no tocante à solução da contratação na Internet. Há, sim, falta de entendimento quanto à aplicação de leis em vigor para questões relativamente novas, que exigem uma interpretação da norma e sua adequação ao caso concreto. Este é um princípio fundamental para a aplicação do Direito, o qual conseqüentemente, deve ser adotado também no tocante á contratação por meio eletrônico. Cabe ressaltar que em alguns pontos se faz necessário a adoção de uma legislação específica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Brasileiro: introdução*. 5. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico*. São Paulo: Manole, 2004

ASENSIO, Pedro A. de Miguel, *Derecho privado de internet*. Madri: Civitas Ediciones S.L, 2000.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 23 fev 2012.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 23 fev 2012.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 fev 2012.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 23 fev 2012.

_____. Medida Provisória n. 2.200, de 28 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200.htm> . Acesso em: 23 fev 2012.

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. 2.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado 1998.

CASTRO, Aldemario Araújo; ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Manual de*

Informática Jurídica e Direito da Informática. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FÉRAL-SCHUHL, Christiane. *Cyber droit*. Paris: Dalloz, 2005.

GARCIA, Flávio Cardinelli Oliveira. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4992/da-validade-juridica-dos-contratos-eletronicos>. Acesso em: 23 fev 2012.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3.ed. São Paul: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 3.ed. São Paulo: Editora RT, 1998.

MARTINS, Guilherme Magalhães, Boa-fé e contratos eletrônicos via internet. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. p.154. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.