



IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR
“PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

RAQUEL PRUDENTE NEDER ISSA

**A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NOS
CONTRATOS CELEBRADOS VIA INTERNET**

**SÃO JOÃO DEL-REI
2008**

RAQUEL PRUDENTE NEDER ISSA

**A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NOS
CONTRATOS CELEBRADOS VIA INTERNET**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Instituto de Ensino
Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves”
– IPTAN – como requisito parcial à obtenção
do Título de Graduado, sob a orientação do
Prof. Msc. Alex Mourão Terzi.

**SÃO JOÃO DEL-REI
2008**

RAQUEL PRUDENTE NEDER ISSA

**A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NOS
CONTRATOS CELEBRADOS VIA INTERNET**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Instituto de Ensino
Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves”
– IPTAN – como requisito parcial à obtenção
do Título de Graduado, sob a orientação do
Prof. Msc. Alex Mourão Terzi.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor orientador Msc. Alex Mourão Terzi

Professor Msc. Antônio Américo Júnior

Professor Msc. Cristiano Lima da Silva

*Ao Weber, meu marido, companheiro,
amigo e melhor professor. Fonte de
inspiração e de aprendizado, com quem
partilho a alegria de buscar novos
horizontes, desafios e emoções.*

AGRADECIMENTOS

A Deus;

Ao meu pai, Osvaldo, pelo incentivo, entusiasmo e apoio de sempre. À minha mãe, Elzi, que me ensinou a importância dos estudos e sempre me guiou.

Aos colegas de turma, amigos, solidários e carinhosos, sempre, especialmente quando mais precisei;

A todos os professores do curso, pelos ensinamentos e pela compreensão; ao coordenador do curso, Ricardo Viegas, e ao diretor acadêmico, Lenine Antônio dos Reis, pela atenção e disposição em ajudar;

Ao professor Alex Mourão Terzi, pelas valiosas lições e pelas oportunidades.

RESUMO

O estudo que se segue apresenta noções gerais sobre os contratos e seus princípios norteadores. Ganham destaque as contratações eletrônicas e as implicações que estas trouxeram ao mundo jurídico. A falta de uma legislação específica, capaz de orientar na solução de dos conflitos advindos do ambiente virtual, é o tema central. Diferentes opiniões sobre o assunto são defendidas, assim como é mostrada a unanimidade quanto à possibilidade da aplicação da legislação vigente no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, na resolução das lides. O trabalho também aborda a questão da legislação existente sobre o comércio eletrônico, cujo documento básico e fundamental para a regulamentação do comércio eletrônico que norteia as decisões em todo o mundo é a Lei modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), criada em 1.996 e atualizada em 1.998. Levando-se em conta que os contratos eletrônicos ainda são novidade para o Direito e que não existe na legislação vigente sobre a Internet normas que pudessem de fato conceder segurança ao comércio virtual, objetiva-se estudar a capacidade do Judiciário brasileiro outorgar uma solução jurídica aos conflitos. O que se quer é estudar os efeitos da Lei brasileira em face desse novo fenômeno mundial chamado *e-commerce*.

Palavras-chave: contratos, internet, *e-commerce*- Código Civil, Código de Defesa do Consumidor.

SUMÁRIO

Introdução.....	8
1. Contratos - teoria geral.....	9
1.1. Conceito.....	9
1.2. Função dos contratos.....	10
1.3. Requisitos.....	12
1.4. Classificação dos contratos.....	13
2. Princípios.....	17
2.1. Princípios clássicos do direito contratual.....	17
2.2. Nova principiologia do direito contratual.....	19
2.2.1. Princípio da dignidade humana.....	19
2.2.2. Princípio da função social.....	20
2.2.3. Princípio da autonomia privada.....	21
2.2.4. Princípio da boa-fé.....	22
2.2.5. Princípio da justiça contratual.....	22
2.3. Princípios jurídicos aplicáveis aos contratos eletrônicos.....	23
2.3.1. Princípio da equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais.....	24
2.3.2. Princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico.....	25
2.3.3. Princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos.....	26
3. Contratação eletrônica.....	27
3.1. A legislação disponível acerca dos contratos eletrônicos.....	29
3.2. Definição de contrato eletrônico.....	30

3.3. Requisitos para a contratação virtual.....	34
3.4. Formação do contrato.....	35
Considerações Finais.....	37
Referências bibliográficas.....	39

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto uma análise dos principais aspectos jurídicos que envolvem o Direito e as transações celebradas via Internet, com destaque para os contratos virtuais, assim como os avanços e as deficiências da legislação que os rege. Vale ressaltar as dificuldades inerentes ao tema, o que o faz impossível de ser esgotado, uma vez que nem a doutrina nem a jurisprudência ainda o fizeram.

Frente à velocidade da expansão do comércio eletrônico no Brasil- como no resto do mundo- imprescindível é que se discuta a questão da celebração de contratos virtuais. Ainda sem legislação específica que os regule, os contratos celebrados via Internet se inserem no campo dos desafios da vida digital, uma vez que são marcados por acentuada interdisciplinaridade jurídica. A Internet cria um mercado global que desconhece as fronteiras nacionais e internacionais tradicionais. É o que a assinala Carvalho (2001, p.23):

Como a oferta de mercadoria e serviços pela Internet ultrapassa os limites físicos de um país, os parceiros de negócios concluídos eletronicamente são frequentemente confrontados com normas legais de outros ordenamentos jurídicos.

Segue uma breve abordagem sobre a teoria geral dos contratos e os princípios que os regem. Logo após, as formas como a sociedade e o direito recepcionaram a era digital e suas interferências na vida moderna: os contratos eletrônicos fazem parte da realidade e ninguém duvida de que vieram para ficar. No entanto, o Brasil ainda não dispõe de legislação específica para tal fim e, por isso, usa a Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor por analogia. Leis internacionais e princípios gerais do direito também são usados como diretrizes para a solução de conflitos.

A falta de normatização gera insegurança nas relações virtuais e esta, por sua vez, prejudica o desenvolvimento e o aumento das contratações eletrônicas. É urgente, portanto, a regulamentação de lei capaz de impor ordem aos ambientes eletrônicos. Nos capítulos que seguem, será realizada uma breve

abordagem na Teoria Geral dos Contratos, passando pelos princípios que regem os mesmos e que foram adaptados ao comércio virtual e encerrando com a realidade dos contratos celebrados via internet: suas características e o que vem sendo usado em termos de legislação, enquanto o Brasil não edita suas próprias leis.

1. CONTRATOS- TEORIA GERAL

Antes de examinarmos os contratos virtuais e suas implicações na vida da sociedade e no mundo jurídico- tema central deste estudo- é importante assinalarmos conceitos, formas de validade e outras características dos contratos tradicionais. Só assim, teremos condições de comparar e entender até que ponto os princípios que norteiam a formação destes contratos se estendem àqueles realizados através da internet.

A doutrina aponta que tão antigo como o ser humano é o conceito de contrato, que nasceu quando as pessoas passaram a conviver em sociedade. “A própria palavra sociedade nos dá a idéia de contato”, observa Tartuce (2007, p. 23).

Contratos são negócios jurídicos e, por sempre dependerem de pelo menos duas atitudes, de pessoas distintas, podem ser classificados como negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais. “Serão contratos bilaterais se a atuação das partes for antagônica, como no contrato de compra e venda, em que o comprador quer comprar e o vendedor quer vender”, explica César Fiuza (2008, p. 383). O mesmo autor define os contratos plurilaterais se a atuação das partes não for antagônica, como no contrato de sociedade, em que os sócios têm os mesmos interesses, quais sejam, realizar o objeto da sociedade para vê-la prosperar.

1.1. Ato jurídico lícito

Para Herkenhoff (2005, p. 117), “[...] os contratos são atos negociais através dos quais as partes declaram em conjunto suas vontades, de modo interdependente”, define, acrescentando que a sua simples proposta já se torna obrigatória para o proponente, durante o seu prazo de validade.

Fiuza (2008, p. 384) define contrato como ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial entre duas ou mais pessoas que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal e assim promovendo a dignidade humana. “Tal convenção deve versar sobre matéria de cunho patrimonial, econômico”, esclarece, acrescentando que, no entanto, pode ocorrer de o objeto da prestação de uma das partes não ter caráter econômico em si mesmo, como serviços médicos, por exemplo. O importante para caracterizar a patrimonialidade é o contexto econômico em que se dá a prestação. “Tanto isso ocorre que os sérvios médicos, em regra, têm preço”, finaliza.

É no contexto acima citado que o contrato exerce seu papel mais importante, segundo entendimento de Tartuce (2007, p. 30):

O contrato exerce um papel importantíssimo, com vistas à circulação de riquezas, pois confere segurança às relações jurídicas. Mas entendemos que esse não é o seu papel principal. O seu fundamento é a perpetuação da vida humana, ou seja, o atendimento das necessidades da pessoa.

Para o autor, é por isso que o contrato deve ser analisado sob o prisma da personalização do direito privado e de direito civil constitucional, a fim de atender o mínimo para que a pessoa possa viver com dignidade.

1.2. Função dos contratos

O mundo moderno é o universo dos contratos, ensina Fiuza (2008, p. 90), que acredita que se o fenômeno contratual deixasse de existir, também deixaria de existir a sociedade. Nesse universo, segundo o autor, destacam-se três funções primordiais dos contratos: a econômica, a pedagógica e a social, relacionada às duas anteriores.

A função econômica dos contratos é variada. Os contratos auxiliam no processo de circulação da riqueza. E por meio de contratos que os produtos circulam pelas várias etapas da produção: da mina à fábrica; desta à loja, chegando às mãos do consumidor. Os contratos não só fazem circular as riquezas, mas ajudam a distribuir a renda e geram empregos. É por meio deles que satisfazemos as nossas necessidades.

Sobre a função pedagógica dos contratos, Fiúza defende que são meios de civilização, de educação do povo para a vida em sociedade, aproximando os homens e diminuindo suas diferenças. Vejamos:

As cláusulas contratuais dão aos contratantes noção de respeito ao outro e a si mesmos, visto que, afinal, empenharam sua própria palavra. Por meio dos contratos, as pessoas adquirem noção do Direito como um todo, pois, em última instância, um contrato nada mais é do que a miniatura do ordenamento jurídico, em que as partes estipulam deveres e direitos, através de cláusulas, que passam a vigorar entre elas. Por meio dos contratos, as pessoas aprendem a lutar pelo Direito como um todo, de vez que, lutando por seus direitos contratuais, adquirem a visão necessária do funcionamento do ordenamento jurídico. (FIUZA, 2008, p. 390)

A função social dos contratos é como que uma síntese das duas funções anteriores. No entanto, Herkenhoff alerta para o risco de que a função social do contrato pode ser interpretada de maneira empobrecedora, tão somente no sentido de justiça social, como sinônimo de proteção à parte hipossuficiente, redistribuição de renda e outros valores desta sorte que, embora relevantes, não são os únicos que a contratação privada deve respeitar.

Embora cada pessoa possa ser individualmente beneficiada por determinado dispositivo legal, a proteção de interesses privados implica ônus de duas naturezas: uma restrição à liberdade e aos interesses (particulares e públicos ou coletivos) das outras pessoas; e a atividade estatal (com suas despesas e seus desgastes políticos) para defender o titular de um direito contra quem o queira violar. Se a questão fosse apenas reconhecer a liberdade individual a sociedade conservar-se-ia inerte, deixando que cada um defendesse com as próprias forças o seu patrimônio. (HERKENHOFF, 2005, p. 122)

Dessa forma, o autor esclarece que, por função social do contrato, devemos entender a realização de todas as finalidades e valores pelos quais a

sociedade faz o legislador agasalhar os pactos individuais, defendendo as partes umas das outras, de terceiros e até delas mesmas. Nesse sentido, afirma que podemos identificar nos contratos funções econômicas, jurídico-privadas e jurídico-sociais.

1.3. Requisitos

Para que um contrato seja válido e produza os efeitos desejados pelas partes, deve preencher alguns requisitos de validade. Na doutrina, há divergência sobre o tema, sendo que alguns autores distinguem elementos constitutivos de requisitos e de pressupostos de validade do contrato. Na lição de César Fiuza (2008, p. 391), os requisitos se dividem em subjetivos e objetivos. Entre os primeiros, estão a capacidade, o consentimento e a pluralidade das partes. Os objetivos dizem respeito à possibilidade, determinação e economicidade.

Quanto aos requisitos formais, o autor defende que a regra é o consensualismo, quer dizer, os contratos podem celebrar-se da forma que as partes desejarem, por escrito, verbalmente, por meio de mímicas ou tacitamente. E é nesta seara que se enquadram os contratos virtuais, ou seja, aqueles celebrados através da internet, e de cujo tema tratam os capítulos seguintes.

Importante salientar que, em alguns casos, a não observância da forma adequada pode causar defeito grave ao contrato ou mesmo torná-lo inexistente. Também são importantes as noções de causa, motivo e fim dos contratos, sobre os quais disserta César Fiuza (2008, p. 396):

Causa eficiente é atribuição jurídica do negócio, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele. Responde à pergunta 'para que serve o contrato?'. Na compra e venda, por exemplo, a causa seria a transferência da propriedade. É para isso que serve o contrato.

Motivo é a razão intencional determinante do contrato. O motivo é irrelevante, salvo disposição expressa em sentido contrário, no contrato. 'Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante'. Na compra e venda, por exemplo, o motivo seria a razão pela qual um está querendo vender e o outro está querendo comprar. Diz respeito às necessidades de cada uma das partes, Não se confunde com a causa, que é a razão de ser jurídica do contrato. O motivo é interno, varia de pessoa para pessoa.

Fim é aquilo que de positivo o negativo ocorre na esfera jurídica do figurante do ato jurídico. Confunde-se, portanto, com o objeto o ato jurídico, tendo o mesmo sentido de eficácia jurídica ou causa final. Na compra e venda, o fim seria a própria transferência eficaz da propriedade, elemento natural do contrato.

Tartuce (2007, p. 60), resume os elementos constitutivos do contrato e do negócio jurídico quanto à existência, quando dependem de partes, vontade, objeto e forma; quanto à validade, ao requererem partes capazes, vontade livre, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Quanto à eficácia, para que produza conseqüências, o autor observa que devem apresentar condição, termo, juros, multa e perdas e danos.

1.4. Classificação dos contratos

Um contrato pode ser classificado de acordo com diversas formas e espécies. Nesse sentido, Tartuce (2007, p. 39-60):

- quanto às partes envolvidas: unilateral, bilateral e plurilateral. O unilateral é aquele em que apenas um dos contratantes assume deveres em face do outro, como o que ocorre na doação pura e simples. Por outra via, o contrato será bilateral quando os contratantes são simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, como na compra e venda. Quanto ao plurilateral, é aquele que envolve várias pessoas, trazendo direitos e deveres

para todos os envolvidos, na mesma proporção, como o seguro de vida em grupo ou o contrato de consórcio;

- quanto ao sacrifício patrimonial: gratuito ou oneroso. Dessa forma, são onerosos os contratos que trazem vantagens para ambos os contratantes, pois ambos sofrem sacrifício patrimonial, como é o caso da compra e venda. Gratuitos ou benéficos são aqueles que oneram apenas uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação, como a doação pura e simples;

- quanto ao momento de aperfeiçoamento: consensual ou real. São consensuais aqueles negócios que têm aperfeiçoamento pela simples manifestação da vontade das partes envolvidas, como a compra e venda, a doação, a locação, o mandato etc. Já os reais, são aqueles em que apenas se aperfeiçoam com a entrega da coisa (*traditio rei*). Antes disso, tem-se apenas uma promessa de contratar;

- quanto aos riscos: comutativo ou pré-estimado e aleatório. Comutativos são aqueles em que não há risco em reação às prestações, que serão certas e determinadas, como é o caso da compra e venda. No aleatório, entretanto, a prestação de uma das partes não é conhecida com exatidão no momento da celebração do negócio pelo fato de depender do fator sorte;

- quanto à previsão legal: típico e atípico, sendo que o primeiro teria regulamentação própria, enquanto o segundo não teria regulamentação própria;

- quanto à negociação do conteúdo: contrato de adesão e de consumo. Os contratos de adesão são aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas. Por sua vez, o contrato de consumo é aquele em que alguém, um profissional, fornece um produto ou presta serviço a

um destinatário final, denominado consumidor, mediante remuneração direta ou vantagens indiretas;

- quanto à presença de formalidades: formal e informal. Os contratos formais são aqueles que exigem uma forma especial para sua celebração, como é o caso da venda de um imóvel com valor superior a trinta salários mínimos, enquanto os informais são aqueles que admitem a forma livre;

- quanto à independência: principal e acessório (contratos coligados). São principais os contratos que existem por si só, como é o caso de contrato de locação de imóvel urbano regido pela Lei 8.245/ 1991. Já os contratos acessórios são aqueles cuja validade depende de um outro negócio, como é o caso de contrato de fiança, que depende de outro, como por exemplo, um contrato de locação;

- quanto ao momento de cumprimento: contrato instantâneo (execução imediata), contrato de execução diferida e contrato de execução continuada (trato sucessivo). São instantâneos aqueles que têm aperfeiçoamento e cumprimento imediato, caso de uma compra e venda à vista. Já os contratos de execução diferida têm cumprimento previsto de uma vez só no futuro, como a compra e venda com cheque pré-datado, por exemplo. Por fim, os contratos de execução continuada têm o cumprimento previsto de forma sucessiva ou periódica no tempo, como a compra e venda cujo pagamento é feito através de boleto bancário, com periodicidade mensal, quinzenal etc.

- quanto à personalidade: pessoal ou *intuitu personae* (contrato personalíssimo) e impessoal. Os primeiros são aqueles em que a pessoa do contratante é um elemento determinante de sua conclusão e, diante disso, o contrato não pode ser transmitido por ato *inter vivos* ou *mortis*, ou seja, pelo falecimento da parte, como o contrato de fiança. Os segundos são aqueles em que a pessoa do contratante não é juridicamente relevante para a conclusão do negócio, como a compra e venda;

- quanto às pessoas envolvidas: individual, individual plúrimo, individual homogêneo, coletivo e difuso. Individual é aquele que conta com apenas um sujeito em cada pólo da relação jurídica. Individual plúrimo é aquele que conta com mais de um sujeito em um ou em ambos os pólos da relação jurídica. Individual homogêneo é aquele realizado por uma entidade, com autorização legal, para representar os interesses de pessoas determinadas. Coletivo é aquele que possui, em ao menos um dos pólos, uma entidade autorizada pela lei para a defesa dos interesses de um grupo, classe ou categoria de pessoas indeterminadas, porém determinadas, como é o caso de um contrato coletivo de trabalho celebrado por sindicato. Difuso é aquele que possui, em ao menos um dos pólos, uma entidade que defende os interesses de pessoas indeterminadas ligadas por uma situação de fato. Seria o caso de um termo de compromisso firmado entre o Ministério Público e uma empresa fornecedora de determinado produto que esteja fora das especificações legais.

- quanto à definitividade: definitivo e preliminar. Os preliminares são negócios que visam a celebração de outros, enquanto os definitivos não têm qualquer dependência futura, no aspecto temporal.

2. PRINCÍPIOS

Princípios são normas gerais e fundantes que fornecem os pilares de determinado ramo do pensamento científico ou do ordenamento jurídico. A definição é do civilista César Fiuza (2008, p. 207) que afirma que são eles que informam os fundamentos dos quais devemos partir. “São gerais porque se aplicam a uma série de hipóteses, e são fundantes na medida em que deles se pode extrair um conjunto de regras, que deles decorre por lógica”.

O Direito Contratual se pauta em princípios modernos, criados com a finalidade de atender às mudanças de paradigma pelas quais passam os contratos. Sobre o tema, discorre Fiuza:

No mundo moderno a celebração de contratos se massificou. Se a principiologia clássica atendia o modelo antigo, não se ajusta bem ao novo modelo de contratar. A doutrina teve, assim, que adaptar os princípios clássicos aos novos tempos, criando uma nova principiologia ao Direito Contratual.

Para o autor, são três os princípios mais relevantes da teoria clássica: princípio da autonomia da vontade, princípio da obrigatoriedade contratual e princípio do consensualismo.

2.1. Princípios clássicos do direito contratual

Fiuza (2008, p. 398) diz que o princípio da autonomia da vontade é mais importante deles, sendo este o que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Ele funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. Para o autor, a autonomia da vontade pode ser exercida em quatro planos, quais sejam:

- 1- Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa viver sem celebrar contratos;

- 2- Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o que contratar;
- 3- Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da Lei;
- 4- Mobilizar ou não o poder judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito.

Ainda sobre o princípio da autonomia da vontade, Fiuza defende que o mesmo comporta algumas exceções, como em determinados momentos em que a Lei impõe a certas pessoas o dever de contratar, como é o caso da obrigação dos comerciantes de não sonegar mercadorias a qualquer consumidor. “Outros momentos há em que uma das partes não tem qualquer liberdade de discutir as cláusulas contratuais, como nos contratos de seguro, ou e depósito bancário etc., chamados contratos de adesão”, completa.

Para Fiuza, o princípio da autonomia da vontade se desdobra no princípio da obrigatoriedade contratual e no princípio do consensualismo. Pelo primeiro, uma vez celebrados pelas partes, na expressão de sua vontade livre e autônoma, os contratos não podem mais ser modificados, a não ser que isso ocorra por mútuo acordo entre as partes. “Devem ser cumpridos como se fossem lei”, observa (2008, 398), completando que a tradução do princípio em latim é *pacta sunt servanda*.

Este princípio tem larga fundamentação filosófico-doutrinária. No entanto, nos dias de hoje, a obrigatoriedade contratual encontra seus fundamentos na Teoria Preceptiva, segundo a qual as obrigações oriundas dos contratos obrigam não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, pelas consequências econômicas e sociais surgir em consequência destes pactos.

O princípio do consensualismo diz que os contratos consideram-se celebrados no momento em que as partes cheguem a um consenso, na conformidade com a lei, sendo dispensada qualquer formalidade adicional.

2.2. Nova principiologia do direito contratual

Atualmente, é comum afirmar que o Novo Código Civil é um Código de Princípios', tão grande a sua presença na codificação vigente. A afirmação é de Tartuce (2007, p. 68) que lembra da grande importância assumida pelos princípios constitucionais em nosso ordenamento jurídico. "Nesse sentido, podemos conceituar os princípios como sendo regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, os contratos", afirma o civilista, acrescentando que os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

César Fiuza (2008, p. 402) assevera que o negócio obrigacional só vincula por ser fenômeno social, realidade objetiva tutelada pelo Direito. "Os interesses particulares devem estar em harmonia com os gerais, como explica a Teoria Preceptiva", ressalta, acrescentando que, entre os princípios do Direito moderno, estão o da dignidade humana, o da função social, o da autonomia privada, o da boa-fé e o da justiça contratual, sobre os quais passa a descrever:

2.2.1. Princípio da dignidade humana

A dignidade humana é um valor a ser realizado pelo ordenamento jurídico, tendo sido consagrada na Constituição Federal, art. 1º, III, como fundamento da República brasileira. "É com base nessa dignidade que todas as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, bem como todas as situações e relações jurídicas deverão ser interpretadas, inclusive os contratos", afirma Fiuza (2008, p. 402), que defende que é fundamental que se diga que as

pessoas celebram contratos para se promover, para galgar novos e melhores caminhos e que, portanto, “os contratos devem ser interpretados como instrumentos de promoção da dignidade humana”.

Para Domingos de Melo (2007), quando se trata de interpretar os direitos humanos, é preciso considerar que a pessoa humana é o valor primordial que cabe ao direito proteger, tanto no campo normativo internos das nações, quanto no plano internacional, lastreado no respeito às convenções e aos tratados internacionais reguladores da matéria. “Neste quadro, destaca-se a dignidade humana que funciona como uma fonte jurídico-positiva para os direitos fundamentais, o que lhes possibilita coerência e unidade. Dá-lhes uma noção de sistema”, ensina o jurista. Segundo ele, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assim entendida como valor axiológico, serve como uma espécie de “lei geral” para os direitos fundamentais, que são especificações da dignidade da pessoa humana.

2.2.2. Princípio da função social

Os contratos são instrumentos de movimentação da cadeia econômica, de geração e de circulação de riquezas. “É por seu intermédio que a economia movimenta”, lembra César Fiuza (2008, p. 403), acrescentando que eles geram empregos e criam oportunidades, sendo nisso que reside a sua função social, a saber:

É com base no princípio da função social dos contratos que muitos problemas contratuais serão solucionados. Assim, que solução deverá ser adotada no caso de a execução de um contrato levar uma empresa à falência? Ora, não é objetivo de nenhum contrato levar a qualquer das partes a tal situação, gerando desemprego e pobreza. Assim, a execução do contrato em tela pode ser processada não do modo tradicional, mas de modo a evitar a falência da empresa. Esta solução só é viável diante do princípio da função social dos contratos.

Tartuce (2007, p. 85) entende que o princípio da função social do contrato pode ser percebido pela interpretação contratual mais benéfica ao consumidor, como prevê o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor. Para ele, a não vinculação de cláusulas incompreensíveis, ininteligíveis ou desconhecidas por parte do consumidor vulnerável, conforme previsão do artigo 46 da Lei 8.078/ 1990 é outro preceito relacionado com o comando social invocado. “Sintonizado com o princípio da função social do contrato, não se pode afastar a importância do artigo 51 do CDC para a nova visualização dos pactos e avenças celebrados sob a sua égide”, diz.

2.2.3. Princípio da autonomia privada

O princípio da autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de seus contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. “É importante deixar claro que a vontade é o próprio elemento propulsor do domínio do ser humano em relação às demais espécies que vivem sobre a Terra”, assegura Tartuce (2007, p. 71). Para o autor, são eles o ponto diferenciador dos fatos humanos em relação aos fatos naturais. “Desse modo, percebe-se que o negócio jurídico constitui verdadeiro instrumento da liberdade humana, tendo sua raiz na vontade”, completa.

De acordo com Fiuza, a autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. “Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes impõem normas de conduta” explica o civilista, que diz que este se difere do princípio da autonomia da vontade, no qual o contrato viria de dentro para fora.

Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo. As pessoas não contratam apenas porque desejam. A vontade é condicionada por fatores externos, por necessidades, que dizem respeito aos motivos contratuais.

Dessa forma, pode-se afirmar que a fonte de uma obrigação contratual não será a vontade, “mas um fato derivado da necessidade, movida pela vontade”, ensina Fiuza, que elenca subprincípios da autonomia privada: princípio da liberdade de contratar, da liberdade contratual, da relatividade contratual, do consensualismo, da auto-responsabilidade, da imutabilidade ou da intangibilidade, da irretratabilidade e da obrigatoriedade.

Francisco Amaral *apud* Tartuce (2007, p. 73) ensina que a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participa, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Acrescenta o autor:

Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade a autonomia privada é precisa, reforçando a tese da superação da primeira.

2.2.4. Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé contratual diz respeito à boa-fé objetiva, segundo a qual, é dever imposto às partes agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. Para Fiuza (2008, p. 407), em algumas hipóteses os contratos poderiam ser extintos por violarem o princípio da boa-fé. De acordo com o autor, subprincípios deste seria o princípio da transparência, segundo o qual as partes têm o dever de informar uma à outra tudo o que julgarem importante para a boa execução do contrato e o da confiança, em que as partes confiam uma na outra, devendo a atuação de ambas corresponder a essa confiança.

Tartuce (2007, p. 101) destaca que uma das mais festejadas mudanças introduzidas pelo novo Código Civil refere-se à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não constava da codificação anterior. “Como

se sabe, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito”, lembra o autor, acrescentando que, neste ponto, era conceituada como boa-fé subjetiva, já que mantinha relação direta com a pessoa que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio. “Nosso atual Código Civil, ao seguir essa tendência, adota a dimensão pós-moderna da boa-fé”, arremata.

2.2.5. Princípio da justiça contratual

O princípio da justiça contratual é a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte a que nenhuma das partes dê mais ou menos do que o que recebeu. “É a modalidade de justiça comutativa ou corretiva, que procura equilibrar pessoas em relação que deve ser de paridade”, enfatiza Fiuza. De acordo com o autor, a equidade é fundamental ao princípio da justiça contratual, pois é ela que impede que a regra jurídica conduza a injustiças.

César Fiuza diz que é subprincípio da justiça contratual é o princípio da proteção ao hipossuficiente ou ao vulnerável e o princípio de proteção genérica ao devedor, segundo o qual, a interpretação, em caso de dúvida deverá tender para o devedor, afinal, é ele quem suporta o ônus da prestação.

2.3. Princípios jurídicos aplicáveis aos contratos eletrônicos

Os princípios jurídicos compreendem enunciados que auxiliam na solução de problemas e orientam comportamentos, o que pode ser empregado também no que se refere aos contratos eletrônicos. Para Jorge José Lawand, todos os princípios previstos para os contratos tradicionais se aplicam aos eletrônicos. “A automatização dos contratos não inibe nem dilui os princípios de boa-fé, relatividade das convenções e obrigatoriedade e intangibilidade das cláusulas” (LAWAND, 2003, p.40), observa. Segundo o autor, são as regras de investigação interpretativas que devem ser diversas e o escopo principal de

todos os princípios é o de oferecer aos julgadores e intérpretes um norte para a interpretação dos contratos em todos os seus aspectos, inclusive no que se refere à sua formação e conclusão:

Assim sendo, há os princípios basilares aplicáveis a todos os tipos de negócios jurídicos, dentre eles podemos citar os mais relevantes, quais sejam: a autonomia privada, a supremacia da ordem pública, o consensualismo, a relatividade dos contratos, a força obrigatória, a onerosidade excessiva e a boa-fé.

O autor lembra, para reforçar sua tese sobre os princípios, que ante a especificidade do meio pelo qual se perfazem estes contratos é que a Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) delineou princípios próprios para as transações por meios eletrônicos, que servem de paradigma para as leis que porventura venham a ser elaboradas. “Como se está diante de um novo fenômeno jurídico, há necessidade de balizarmos a matéria com outros princípios de grande importância, possibilitando a sua conformação ao direito”, assegura (LAWAND, 2003, p.41).

Rafael Illescas Ortiz, (*apud* Lawand, 2003, p. 41), expõe os princípios básicos que norteiam a contratação por meios eletrônicos, com fundamento na Lei Modelo da UNCITRAL, aplicáveis universalmente e que deverão ser respeitados por qualquer ordenamento jurídico.

Segundo ele, todos os princípios foram fundados nos objetivos de identificação, autenticação, impedimento de rejeição, verificação e privacidade, a saber: princípio da equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais; princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico; princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos; princípio da boa-fé e princípio da autonomia privada.

2.3.1. Princípio da equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais

Lawand (2003, p. 43) diz ser este o primeiro princípio que rege a disciplina dos contratos eletrônicos. Ele veda qualquer espécie de diferenciação entre contratos clássicos, produzidos em papel e reconhecida a sua legitimidade através de um tabelionato de notas e os contratos efetivados através dos meios eletrônicos, em especial pela internet. “Visa-se impedir qualquer espécie de preconceito com relação ao que consta da rede mundial de computadores”, reforça o autor, que diz que este preceito está previsto na Lei Modelo sobre Comércio eletrônico e traz duas conseqüências jurídicas, quais sejam, a impossibilidade de ser considerado inválido o contrato em base virtual e a inviabilidade de se preverem condições diferentes daquelas impostas aos contratos, com suporte escrito, em papel. Observa Lawand (2003, p. 43), sobre o tema:

Ora, não fora tal disposição, estar-se-ia verificando que a comunicação de informações de certa transcendência legal em formato de mensagens sem base em papel poderia encontrar entraves em impedimentos legais ao uso de mensagens eletrônicas, ou de dúvida que pudesse haver sobre a legitimidade ou eficácia jurídica dessas mensagens.

Segundo o autor, o princípio da equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos serve para nortear a solução de eventuais princípios haja vista que um número crescente de transações comerciais em nível internacional desenvolve-se através de mecanismos de intercâmbio eletrônico de dados e por outros meios de comunicação no chamado comércio eletrônico.

Em suma, num contexto liberal, se afirma que o Estado deve ser neutro e não ditar normas discriminatórias. As manifestações de vontade surgidas do ambiente virtual, ou seja, todas as contratações feitas através da Internet, devem ser respeitadas pelas partes e pelos tribunais.

2.3.2. Princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico

Esse princípio leva em conta, principalmente, a dinamicidade da atividade comercial. Essencialmente, de acordo com Lawand (2003, p. 45), consiste no fato de que a lei deve ultrapassar os conceitos tecnológicos atuais, uma vez que existem avanços grandes diariamente. “Logo, a grande preocupação é evitar a obsolescência do diploma normativo, ao ser aplicada determinada tecnologia, que, porventura, poderá ficar ultrapassada”, explica o autor, acrescentando que, a título de exemplo, existem as questões concernentes à segurança que deve ser proporcionada nos contratos eletrônicos, através da utilização de um sistema de criptografia com chave dupla.

Pode ser que daqui a alguns anos não se utilize mais essa técnica, mas a legislação neutra, tecnicamente, será plenamente aplicável, mesmo tendo sido concebida e direcionada para situações em que se utilizava uma tecnologia antiga. “Os países que não adotam este princípio estariam, em regra, ferindo um postulado já traçado para todas as relações jurídicas que advierem do comércio concretizado pela Internet, como os contratos eletrônicos que se efetuarão”, observa Lawand.

2.3.3. Princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos

Este princípio refere-se ao fato de que as normas jurídicas introduzidas para disciplinar o comércio eletrônico não implicarão numa modificação substancial do direito vigente e disciplinador das obrigações e contratos, tanto formados no âmbito nacional ou internacional. Sobre o tema, discorre Lawand (2003, p. 47):

Trata-se de um postulado que parte da premissa mediante a qual a eletrônica é um novo suporte e meio de transmissão da vontade dos negociantes, e não um novo direito regulador das mesmas. Assim sendo, a regulamentação das relações

obrigacionais elaboradas, executadas e consumadas por esta via não devem acarretar necessariamente uma mudança no direito preexistente que já baliza legalmente todos os contratos privados.

3. CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA

O assunto internet, embora totalmente inserido no mundo dos contratos, é novo no panorama jurídico e, portanto, ainda cercado de polêmicas e desafios. O tema enseja um sem número de debates e não se esgota nos princípios de proteção da intimidade da pessoa. As contratações virtuais são celebradas aos milhares por dia, em todo mundo, tratando-se de uma realidade inequívoca, que veio para ficar.

O fato é que a contratação eletrônica inseriu-se no cotidiano e, até agora, o Direito não conseguiu acompanhar a dinamicidade da Internet. Prova disso é que ainda não exige legislação específica que abarque o *e-commerce* e sequer o recente Código Civil, Lei 10.406 de 2002, ousou se adequar às necessidades do nosso tempo e deixou de fixar normas sobre a segurança da contratação virtual. “Como o processo legislativo é lento, enquanto o fato social ‘anda a galope’, não é demais repetir que o Direito ‘anda a reboque’ dos fatos”, analisa Cunha Junior (2002, p. 1), professor de Direito de Informática da Universidade Católica de Salvador.

Apesar disso, o autor defende que, mesmo sem mencionar explicitamente, o Novo Código Civil admitiu a formação de contratos eletrônicos, tanto entre ausentes como presentes, nos arts. 428 e 434, quais sejam:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I - no caso do artigo antecedente;

II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III - se ela não chegar no prazo convencionado.

Com isso, e sem necessidade de enumerá-lo explicitamente, o novo Código Civil admitiu a contratação na forma eletrônica, seja entre ausentes ou entre presentes. “Daí é correto afirmar que os contratos podem ser revestidos de forma verbal, escrita, solene ou eletrônica”, reforça o professor. Ainda sobre o tema, Argollo (2006) observa que, apesar de ter admitido a existência deste tipo de contrato, o legislador errou ao não mencionar nada a respeito da validade jurídica, do valor probante do documento eletrônico e da necessária regulamentação sobre a assinatura digital e a certificação digital. “Torna-se imprescindível um conjunto de normas sobre segurança para que seja possível a instituição de uma completa sistematização para as transações do comércio eletrônico”, ressalta.

Reforça idéia Carvalho (2001, p. 61), quando afirma que tendo definido ato jurídico em seu artigo 81, já o antigo Código Civil fornecia à doutrina os elementos necessários para que esta formulasse uma noção legal de contrato que hoje é, praticamente, incontroversa. “Define-se contrato, assim, como acordo de vontades, na conformidade da lei, para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.

Por outro lado, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *apud* Tartuce (2007, p. 151), criticam o fato de o novo Código Civil não trazer regras quanto à formação do contrato pela via eletrônica, o que, para eles, é totalmente inconcebível, em pleno século XXI:

Afigura-se-nos totalmente inconcebível que, em pleno século XXI, época em que vivemos uma verdadeira revolução tecnológica, iniciada especialmente após o reforço bélico do século passado, um código que pretenda regular as relações privadas em geral, unificando as obrigações civis e comerciais, simplesmente haja ignorado as relações jurídicas travadas por meio da rede mundial de computadores. Importantes questões atinentes à celebração do contrato à distância, ao resguardo da privacidade do internauta, ao respeito à sua imagem, à criptografia, às movimentações financeiras, aos *home banking*, à validade dos documentos eletrônicos, à emissão desenfreada de mensagens publicitárias indesejadas (SPAM's), tudo isso mereceria imediato tratamento do legislador.

Contudo, como defende Tartuce (2007, p. 151), “não impede a aplicação das regras do atual Código Civil ou mesmo do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos” e, nesse sentido, um assunto de extrema importância vem à tona: a formação do contrato pelo ambiente virtual.

3.1. A legislação disponível acerca dos contratos eletrônicos

Considerado pelos doutrinadores o mais significativo avanço no setor, o Projeto de Lei 1.589, de 1999, teve sua redação aprovada pela Comissão Especial dos Deputados em setembro de 2001. No entanto, ainda se encontra em tramitação no Congresso. O referido projeto dispõe de maneira genérica sobre a questão do *e-commerce*, sobre a validade de documentos e de negócios eletrônicos e sobre a assinatura digital.

Com a pretensão de dirimir diferentes conflitos resultantes das negociações virtuais, ele traz em seu bojo influências e bases na Lei Modelo da *United Nations Commission for International Trade Law* (UNCITRAL) ou, traduzindo, Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, cujo lema é "Uma Lei de Comércio para um Mundo de Comércio". Este é um meio adotado internacionalmente como forma de orientar os países sobre as transações eletrônicas.

Criada em 1996, a UNCITRAL promove o alinhamento internacional de legislação comercial e cria modelos de propostas de leis para eventual adoção em países membros, entre eles o Brasil. Em 1996, publicou seu [modelo de lei de comércio eletrônico](#), que trata da validade de documentos e assinaturas digitais.

De modo geral, este modelo de lei é bastante genérico, precisando ser adaptado em cada país que o adote. Não só o Brasil, mas vários países editaram normas sobre o comércio eletrônico, adotando as diretrizes da Lei Modelo, como a Alemanha e Itália, Espanha e França. O documento, apesar de tratar sobre a regulamentação jurídica do comércio eletrônico, não definiu os

contratos eletrônicos, se limitando a indicar os requisitos necessários à validade desses instrumentos, o que deixa o campo conceitual aberto à doutrina.

Enquanto não surge uma legislação específica no Brasil, os julgadores aplicam as regras previstas no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, “sem que isso traga prejuízo à parte vulnerável”, como sustenta Tartuce (2007, p. 156).

Embora tenha admitido a existência dos contratos eletrônicos, o legislador se omitiu em não dispor sobre a validade jurídica, o valor probante do documento eletrônico e a necessária regulamentação sobre a assinatura digital e a certificação digital, pois torna-se imprescindível um conjunto de normas sobre segurança para que seja possível a instituição de uma completa sistematização para as transações do comércio eletrônico. Sobre o tema, afirma Argollo (2006).

Diante da Lei 10.406/02 seus redatores aludem essa omissão à falta de doutrina, legislação estrangeira, medidas seguras sobre os meios eletrônicos de formalização de contratos enquanto. Todavia, desde 1995 os Estados norte-americanos de Utah e da Califórnia regulamentaram a utilização da assinatura eletrônica. Desde 1996, a UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*) publicou sua "Lei Modelo" para o comércio eletrônico, como forma de orientar os países na reformulação de sua legislação interna. A partir de 1997, vários países editaram normas sobre o comércio eletrônico, adotando as diretrizes da *Lei Modelo*, a exemplo da Alemanha e Itália (1997), Espanha (1999) e França (2000). Assim, o Brasil encontra-se a parte desse grupo, que avança de maneira importante no que tange a evolução tecnológica que se desenvolve de maneira explícita auxiliando ainda no crescimento da economia dos países.

O Projeto de Lei nº1589/99, atualmente tramita na Câmara dos Deputados, com redação do Deputado Luciano Pizzatto, elaborado por uma comissão da OAB/SP, e o PLC nº1.483/99, apensado ao Projeto de Lei Complementar nº4.906/ 2001, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 26.09.2001. Todos eles já estão bastante avançados na

tramitação e dispõem de maneira genérica sobre regras do comércio eletrônico, validade de documentos e transações eletrônicas e assinatura digital. Todos também se baseiam em termos gerais na *Lei Modelo* da UNCITRAL.

3.2. Definição de contrato eletrônico

A formação dos contratos eletrônicos foi matéria de estudo de Wielewichi (2001, p. 1998), que define contratos eletrônicos como “instrumentos obrigacionais de veiculação digital”. O mesmo autor afirma que são todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela Internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicas.

Para a Angela Bittencourt Brasil, membro do Ministério Público do Rio de Janeiro e especialista em Direito de Informática, os contratos eletrônicos têm as mesmas características dos convencionais, o que faz, portanto, que seus requisitos subjetivos de validade também sejam os mesmos, a saber: a presença de duas ou mais pessoas, a vontade livremente manifestada e a capacidade civil para o ato. “O mesmo se diz em relação aos requisitos objetivos de validade, como a licitude do objeto, o seu conteúdo econômico, a possibilidade física e jurídica de sua acessibilidade”, completa a autora, acrescentando que, de novidade, só se tem o meio pelo qual foi feito o acordo e a forma de entrega da coisa, que muitas vezes é feita através do próprio computador, como a entrega de programas para serem baixados por um dos contratantes em forma de *download*.

Corroborando a idéia o civilista César Fiúza (2008, p. 383), quando define contratos como negócios jurídicos. “Por sempre dependerem de pelo menos duas atitudes, de pessoas diferentes, pode-se classificá-los como negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais”, afirma, acrescentando que são praticados por força de necessidades ou desejos os mais diversos.

É evidente que não basta a necessidade ou o desejo. Para satisfazê-los, é mister que declaremos nossa vontade. A vontade é o meio condutor que nos leva à realização de nossas

necessidades ou desejos, reais ou fictícios (*grifo nosso*), que impulsionam nossa vontade a sua satisfação.

Wielewicki, Luís (2001, p. 198) resume o tema quando diz que os contratos eletrônicos podem ser definidos como “[...] instrumentos obrigacionais de veiculação digital”. Para ele, são todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela Internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos.

Para reforçar a idéia de que devem os contratos virtuais ser regidos pela mesma legislação que regula os tradicionais, Fiúza (2008, p.385) faz importante menção à dinâmica dos mesmos, sinônimo da realidade vivida pela Internet. “Não se deve jamais esquecer o caráter dinâmico dos contratos, que são fontes de relações obrigacionais que se movimentam, que se transformam no tempo e no espaço” (*grifo nosso*), diz o autor, que defende que não se poderia falar em função social do contrato e muito menos em função econômica sem essa visão de contrato enquanto processo dinâmico. “Finalizando, os contratos celebrados pela internet se celebram da mesma forma que qualquer outro contrato”, sintetiza o autor, que diz que, havendo negociações preliminares ou não, ocorre a proposta e a aceitação, que pode ser considerada entre presentes ou entre ausentes, dependendo das circunstâncias.

Em debate realizado pela revista eletrônica *Intelligentia Jurídica*, editada por Mário Luiz Delgado (2007), foi travada uma discussão em que um dos debatedores defendeu que o contrato eletrônico seria entre ausentes, enquanto o segundo defendia ser entre presentes. Fernanda Tartuce, mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), entende que o contrato formado pela internet seria, em regra, entre ausentes:

Entendemos que a formação de contratos via e-mail constitui contrato entre ausentes, tendo em vista que, tal como ocorre nas cartas, há uma diferença de tempo entre os contatos das partes.

Pode, inclusive, revelar-se necessário algum tempo para esclarecer eventuais diferenças, já que a forma de comunicação

exige o envio de informações que pode demorar, assim como pode demorar a resposta do destinatário, tal como se verifica nas cartas. Com isso, pode se transcorrer um tempo maior para se refletir e até mais cuidado ao se realizar a resposta, que estará documentada no texto do e-mail. Estas circunstâncias absolutamente não são sentidas nas negociações entre presentes, em que as partes realizam suas tratativas 'ao vivo', seja por estarem frente à frente no mesmo local, seja por estarem ao telefone; nesses casos, as respostas a perguntas podem ser respondidas de pronto e as reflexões e ponderações são feitas imediatamente entre as partes. Entendemos, assim, que o contrato via e-mail constitui um contrato entre ausentes, tal como ocorre nas cartas.

Com contraponto, Tartuce (2007, p. 152) defende que o contrato formado via internet seria, em regra, entre presentes, podendo ser entre ausentes em apenas algumas situações especiais, dependendo do caso concreto:

...entendemos que o contrato cuja proposta se deu pela via eletrônica não pode ser considerado *inter absentes*, mas *inter praesentes*, não sendo aplicadas as duas teorias acima citadas. Isso, pelo que consta do artigo 428, I, segunda parte, cujo destaque nos é pertinente: 'considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante'. Ora, a internet convencional é meio semelhante ao telefone, já que a informação é enviada via linha. Aliás, muitas vezes, a internet convencional é até mais rápida do que o próprio telefone. O que dizer então da internet 'banda larga', via cabos? Trata-se de meio de comunicação mais rápido ainda. Não há como associar o e-mail, portanto, ao contrato epistolar. Logicamente, há uma maior proximidade quanto ao telefone do que à carta, reconhecido seu caráter misto de proposta. Dessa forma, com todo o respeito em relação ao posicionamento em contrário, estamos inclinados a afirmar que, quando a proposta é feita pela via digital, não restam dúvida de que o contrato é formado entre presentes.

Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, *apud* Tartuce (2007, p. 153), assinalam o seguinte:

A proposta via e-mail só poderá dar ensejo à formação de contrato entre ausentes, uma vez que, à semelhança das cartas tradicionais, existe sempre um espaço de tempo entre os contatos das partes. Entretanto, quando o peticitante e o oblato estiverem conectados em tempo real, como ocorre nos *chats* e

bate-papo, ou ainda nos sítios especializados em comércio eletrônico, em que a resposta é imediata, estaremos diante de um contrato entre presentes. Em sentido contrário, entendendo que o contrato cuja proposta se deu pela via eletrônica não pode ser considerado *inter absentes*, mas sempre *inter praesentes*, pelo que consta do art. 428, I, CC.

De acordo com o Enunciado 173 do Conselho da Justiça Federal, aprovado pela III Jornada de Direito Civil, a formação dos contratos realizados entre duas pessoas ausentes por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente. Segue justificativa do promotor de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, Guilherme Magalhães Martins (2006, p. 180):

Por esse motivo, o e-mail não apresenta qualquer analogia em face dos meios de comunicação marcados pela instantaneidade, como o telefone ou o telex, ao passo que as regras dos contratos por correspondência igualmente não se aplicam, pois têm como pressuposto uma única organização responsável pelo serviço postal, na qual as partes possam razoavelmente confiar. É por esse motivo que a lei modelo da UNCITRAL acerca do comércio eletrônico, em seu artigo 15, adota a teoria da recepção, ao dispor que a mensagem de dados considera-se expedida quando do seu ingresso em um sistema de informação que se situe além do controle do emissor ou daquele que a enviou em nome deste. Tal regra foi adotada pelo art. 22 do projeto 4.906-A/2001, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

Sheila do Rocio Cercal Santos Leal chama a atenção para o fato de que para ser considerado eletrônico, o contrato deve ser eletronicamente consentido (LEAL, 2007, p. 81). Ruperto Pinochet Olave, *apud* LEAL, reconhece a existência dos contratos eletronicamente consentidos, dentre os quais se inserem todos os contratos nos quais o consentimento se tenha efetuado por meios eletrônicos e engloba também aqueles feitos por meio de telefone, fax e telégrafo. Por esse fato, o autor se refere a uma categoria autônoma, que denomina contratos eletrônicos em sentido estrito. “Nos países em que há legislação regulamentando o comércio eletrônico e as assinaturas eletrônicas, esses contratos se revestem da mesma força probatória dos contratos escritos e firmados em meio físico”, assinala a autora (LEAL, 2007, p. 83).

3.3. Requisitos para a contratação virtual

Mesmo deixando de conceituar o contrato, o Novo Código Civil identifica os elementos necessários para sua efetivação e validade em seu artigo 104: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Aparece também como requisito a declaração de vontade, que, nos casos dos contratos virtuais, deve ser uma “declaração eletrônica de vontade”.

“A declaração de vontade não representa um fenômeno puramente jurídico, mas a simples exteriorização da vontade humana”, destaca Carvalho (2001, p. 62), acrescentando que o direito brasileiro não possui qualquer preceito que proíba a declaração da vontade transmitida por meios digitais. “Não havendo, portanto, uma norma proibitiva, as vontades das partes podem ser produzidas e/ ou transmitidas eletronicamente”, assevera. Para a autora, que traça uma comparação entre os contratos eletrônicos no Direito brasileiro e no alemão, “[...] mesmo a declaração de vontade produzida por um computador tem a sua origem em um comando humano, sendo, portanto, perfeitamente válida”.

Outro requisito que conta a favor da validade dos contratos eletrônicos é a questão da forma, que é livre, segundo o Código Civil. “[...] deve-se contratar de acordo com o que a lei determinar, ou ao menos não vedar”, esclarece Cunha Junior (2006), se referindo ao princípio da livre forma. Sobre o tema, reitera Brasil (2006):

Por terem, portanto, as características comuns dos contratos, os seus requisitos subjetivos de validade são aqueles mesmos dos contratos já conhecidos, eis que a presença de duas ou mais pessoas, a vontade livremente manifestada e a capacidade civil para o ato, devem estar presentes para o ato se perfazer de forma válida.

Compartilha a opinião Cunha Junior (2006), quando afirma que, excetuando os momentos em que os contratos devem ser escritos, sendo solenes ou não, “nada obsta que sejam celebrados de forma verbal, ou de qualquer outra forma que a mente humana seja capaz de imaginar ou inventar” (*grifo nosso*).

Para a autora infra-citada, o mesmo se diz em relação aos requisitos objetivos de validade, como a licitude do objeto, o seu conteúdo econômico, a possibilidade física e jurídica de sua acessibilidade.

3.4. Formação do contrato

A realização de um acordo entre as partes resulta sempre de uma oferta e de uma correspondente aceitação. Para a doutrina, oferta é uma declaração de vontade unilateral e receptícia, “[...] por si só já vinculatória, por intermédio da qual o proponente manifesta ao oblato a sua intenção de contratar, expondo desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo”. Na lição de Orlando Gomes (*apud* CUNHA JUNIOR, 2008, p. 1), vale lembrar que o proponente é aquele que emite a declaração receptícia da vontade, denominada proposta, com o intuito de contratar. Por seu lado, oblato é o destinatário da proposta que emite a declaração receptícia da vontade chamada aceitação. “Para a produção da declaração da vontade, o que importa não é se isso ocorre de forma escrita, verbal ou eletrônica”, observa Cunha Junior (2008, p.1), que recorre a Carnelutti para reiterar o que diz:

O modo de declaração consiste, pois, numa transformação da realidade tal, que permita a transmissão do pensamento. Se, para auxiliar o raciocínio me permitem aqui comparar o pensamento com uma mercadoria, direi que o que se trata aqui é de construir o veículo e o motor que o transporte. A metáfora, embora grosseira, pode ser útil porque permite ver que assim como são preciso os mais minuciosos cuidados na embalagem e expedição das mercadorias para garantir a sua integridade, algo de semelhante se passa para assegurar bom termo às viagens do pensamento.

Para ser válido e eficaz, portanto, deve atender aos requisitos da determinação e da obrigatoriedade.

Na Internet, os contratos podem ser elaborados, basicamente, através de dois meios: ou através de troca de e-mails, ou mediante o oferecimento de propostas em uma *homepage*, e a correspondente aceitação da outra parte, que pode ser expressa, por exemplo, através do pressionamento do botão “concordo”, que aparece na sua tela do computador. Esta segunda opção é utilizada principalmente para caracterizar relações de consumo, equiparando-se aos contratos de adesão para fins de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos o século XXI, momento em que a tecnologia da informação digital e o crescimento das comunicações eletrônicas desencadeiam uma revolução nas relações jurídicas contratuais ainda não dimensionada por completo. A dinâmica do comércio tomou conta da internet e esse é um processo que não tem volta.

No entanto, o ritmo de crescimento do *e-commerce* está longe de ser o mesmo do direito. Este caminha a passos lentos e, por mais que estudiosos e legisladores se esforcem, ainda não conseguiram editar uma legislação específica que possa nortear a solução dos conflitos trazidos pelas contratações digitais. O estudo é inovador e, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, carecem de análise imediata sobre o tema. É urgente que se examinem os principais aspectos do comércio eletrônico diante, inclusive, das modificações introduzidas com a aprovação do Novo Código Civil, em 2002.

Enquanto isso, o Brasil usa o Código Civil- que perdeu grande oportunidade de atualizar-se diante dos acontecimentos no ambiente eletrônico- e Código de Defesa do Consumidor, ao mesmo tempo em que espera a aprovação do projeto de lei 4.906-A/ 2001, em tramitação no Congresso Nacional.

O problema maior é que, da falta de mecanismos jurídicos específicos, decorre a insegurança das relações virtuais. A internet ainda convive com a desconfiança do consumidor e, assim, encontra-se vulnerável a fraudes e a outras formas de má-fé.

A Internet é uma realidade que não pode ser negada, nem tampouco suas facilidades. Dessa maneira, torna-se necessário regular os negócios jurídicos realizados através do meio eletrônico, com todas as

peculiaridades que os envolvem. É imperiosa a regulamentação de normas capazes de impor ordem aos ambientes eletrônicos, o que resultará na confiança jurídica do consumidor e conseqüente aumento das contratações virtuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGOLLO, Larissa Teixeira. *A realidade brasileira diante do crescimento do e-commerce: ausência de legislação específica*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/61/2961/>, acesso em 02/ 04/ 2008.

BRASIL, Ângela Bittencourt. *Contratos virtuais*. Disponível em: <http://br.geocities.com/fabianomajorana/art6.htm>, acesso em 29/ 03/ 2008.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos Via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA JUNIOR, Eurípedes Brito. *Os contratos eletrônicos e do Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/nemero19/artigo7.pdf>, acesso em 13/ 03/ 2008.

DE MELO, Nehemias Domingos. *O princípio da dignidade humana e a interpretação dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1779>, acesso em 14/ 09/ 2008.

FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Direito civil: em sua expressão mais simples*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

LEAL, Sheila do Rocio Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

WIELEWICKI, Luís. *Contratos e Internet: contornos de uma breve análise*, in SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.