

CONTRATO: DO TRADICIONAL A CELEBRAÇÃO ELETRÔNICA – ASPECTOS FORMAIS

*Simone Vinhas de Oliveira**
*Valkiria A. Lopes Ferraro**
*Vinicius Franco da Silva**
*Wesley Tomaszewski**

RESUMO

Pretende-se expor as principais características formais de um contrato realizado por meio eletrônico na intenção de mostrar as linhas teóricas e científicas nas quais fundamentam-se. Passa-se da base principiológica dos contratos clássicos para as alterações e inovações, não só no âmbito principiológico, mas também, na utilização análoga dos institutos já existentes, quando assim for possível, corroborando-os com as situações fáticas que vieram à tona com o surgimento de uma nova tecnologia de comunicação viabilizando novas formas de contratação. Conclui-se pela viabilidade desse novo instrumento contratual e assegura-se sua proteção jurídica com o que aqui se expõe, argumentando-se favoravelmente e, inclusive, estimulando-se o crescimento do comércio eletrônico (e-commerce), visto que, por força do princípio da equivalência funcional, não se pode negar validade ou eficácia a um contrato simplesmente por este provir de meio eletrônico.

Palavras-Chave: Contrato eletrônico. Princípios. Forma. Validade. Legitimidade.

CONTRACT: OF THE TRADITIONAL A ELECTRONIC CELEBRATION - FORMALASPECTS

112

ABSTRACT

It is intended to expose the mainly formal characteristics of a contract made through electronic ways in intention of show the theoretic and scientific lines in which it is based on. Goes through the principles base of the classic contracts to the alterations and innovations, not only in the principles meaning, but also, when it is possible, in the analogical use of the existing institutes, corroborating them with the in fact situations that came up on the sprouting of a new technology of communication, making possible new ways of do the contracts. It is concluded for the viability of this new instrument of contract and assures your legal protection arguing favorably and also stimulating the growth of the electronic commerce (e-commerce) because if you see the functional equivalence principle will not be possible deny validity and effectiveness to a contract simply because it comes from the electronic way.

Keywords: Electronic Contract. Principles. Form. Validity. Legitimacy.

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - bolsista pela Capes.

* Doutora em Direito Civil pela PUC de São Paulo – Docente do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-PR – Docente do Curso de graduação – UEL
-Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Empresarial – UEL. Orientadora do Projeto de pesquisa – “ O Direito Empresarial e suas Relações com as Tecnologias da Informação”

* Graduando em Direito da Universidade Estadual de Londrina, integrante do Projeto de Pesquisa supra, do qual são também integrantes: João Carlos Leal Júnior, Lucas Franco de Paula, Paola Maria Gallina, Thaís Iglesias Barreira, Rogério Martins de Paula, Wagner Kaba. Bolsista PIBIC/CNPq.

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela CESUC/BB&G, bolsista pela Capes.



1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual encontra-se, em virtude do avanço científico, no maior grau de desenvolvimento tecnológico já vivido. Essa condição traz novos conceitos como globalização, digitalização e rede de informação. Convém destacar que as relações intersubjetivas, consagradas no seio social, desde que se tem registro, foram, no sentido de dar segurança e estabelecer de forma ordenada a vida em sociedade, de certo modo, abarcadas pelo Direito (2003).

Com base nessas duas premissas, ressalte-se que a cada revolução tecnológica e social, os meios de se garantir essa interação evoluiu de forma igualitária. De fato o Direito está sempre observando os acontecimentos sociais, perseguindo-os, de modo a se fazer presente em seu encaixo, pretendendo sua regulamentação. Daqui, deriva-se o brocardo jurídico: *ubi societas, ibi ius*¹. Sendo que, é no contrato, pelo seu caráter cotidiano, que são reveladas as grandes transformações do ambiente social por funcionar como um “espelho” da relação existente entre os indivíduos.

É justamente neste instrumento consagrado pela doutrina como viabilizador da circulação de riquezas, que se desenvolve o presente estudo. O contrato sofre releituras de natureza paradigmática e principiológica e ainda encontra um novo cenário de realização, a saber: o ambiente virtual. Devido a restrição temática, bem como aos limites físicos do estudo analisar-se-á a evolução do contrato em sua forma tradicional e as peculiaridades encontradas devido a fatores proporcionados pela sociedade da informação.

Parte da doutrina jurídica afirma que, nos dias atuais, não é mais possível a sociedade se desenvolver sem a informática, presente nos mais variados ramos das ciências, da geografia, ciências políticas, humanas e sociais à engenharia, medicina e ciências exatas e biológicas de modo geral, exaltando-se aí a medicina, amplamente coberta por aparelhos e máquinas que de alguma forma interagem com a informática (LAWAND, 2003, p. 3 e ss).

A internet (CORRÊA, 2000)² inovação tecnológica no ramo das telecomunicações, resultante do surgimento da informática, é o resultado de um processo gradativo, que se desenvolveu, primeiramente, no âmbito militar e acadêmico, para, posteriormente, se estabelecer em todo o mundo. Como todo meio de comunicação, o homem passou a utilizá-la como forma de interagir comercialmente, o que, com o passar dos anos, se intensificou e, com sua ampla utilização e desenvolvimento constante, fez nascer o *e-commerce*³.

Este conceito se tornou o ícone primordial na revolução contratual que se percebe atualmente. Para fins elucidativos, a média de crescimento do setor no Brasil, nos últimos três anos, foi de 35%. Em números, temos para 2005 um movimento de R\$ 12,5 bilhões e, para 2006, movimento de 30,9 bilhões (REVISTA GAZETA MERCANTIL, 2006).

As características próprias desta rede, comunicação em tempo real e global⁴, facilidade na obtenção de dados estatísticos gerais e do consumidor, agilidade na propagação de ofertas, ofertas essas que exibem-se e vendem-se dentro dos limites do lar do consumidor, acabam por criar um ambiente no qual a redução de custos é assombrosa.

Existe diminuição de custos na localização da outra parte de uma futura relação contratual, pois se faz possível, por meio da comunicação global e em tempo real, a fácil identificação de clientes potenciais e de usuários no mundo todo, sem que com isso seja necessário alterações na tecnologia ou novos custos.

1 Significa: “onde há sociedade há direito”.

2 “A internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina que pertença à mesma rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento.”

3 E-commerce significa o comércio realizado através de meios eletrônicos. É equivalente ao termo comércio eletrônico. Geralmente ocorre por meio de *sites ou sítios* na rede.

4 Global no sentido de integralidade mundial. Uma mensagem emitida de um local específico, está apta, em tempo real, a se apresentar em qualquer lugar do mundo. Assim como o telefone.



Por chegar aos lares e propiciar a qualquer sujeito o acesso, sem nenhuma distinção ou discriminação, seja com relação a sexo, idade, nacionalidade ou cor, diminui consideravelmente o custo com a divulgação da oferta contratual e aumenta, espantosamente, o público alvo e atingido pela oferta. Ainda, comparando-se a Internet à outras tecnologias de informação, como o telefone, é, a perder de vista, a opção mais barata e vantajosa tanto para o consumidor como para o empresário, reduzindo-se os custos e promovendo uma maior e melhor distribuição de riquezas.

Como se percebe, com esse crescimento galopante e com a redução de custos contratuais, não poderia ficar de fora da apreciação jurídica essa nova realidade. Para isso, o comércio eletrônico coloca em cheque todo um complexo doutrinário e jurídico já, há muito tempo, consagrados no direito contratual.

O mesmo, em seus institutos e normas, bem como o direito obrigacional vêm-se, ao menos em parte, sem uma exata correspondência quando se trata desta nova tecnologia.

O que justifica o presente estudo é tentar estabelecer as alterações, as novas concepções, formas e condições de realização, ou seja, seus aspectos formais, por meio de um estudo analógico do direito contratual clássico e do direito contratual derivado das relações no ambiente virtual proposto pela mais atual doutrina e indagações jurídicas, levando-se em consideração que a analogia nem sempre será a solução, visto que novas tecnologias, muitas vezes, demandam novas soluções por não haver utilidade. Em determinadas circunstâncias, nem há possibilidade de subsunção do tradicional ou comum ao novo, situação na qual se opta por uma solução ontológica, baseada nos princípios que deram origem aos institutos contratuais e tomando estes como um ponto fixo para a análise do paradigma digital (LORENZETTI, 2004, p. 49-53 e 68).

2 CONTRATO: ALGUNS ASPECTOS DE SUA EVOLUÇÃO

114

Antes de estabelecer um conceito didático a respeito do contrato eletrônico, é necessário emergir o gênero do qual este se faz espécie. O contrato se traduz, sobretudo, num meio seguro e efetivo de se consagrar transações econômicas, de circulação de riquezas no âmbito social (DIAS, 2004, p. 52-53).

O conceito de contrato, sem os acréscimos pertinentes ao ramo do direito eletrônico, é bem definido como o meio pelo qual as partes pactuam a criação de uma obrigação, submetendo-os, pois nasce da relativa autonomia da vontade da qual gozam (DIAS, 2004, p. 52).

Já, considerando a atuação estatal na regulação dos acordos de vontades, limitando-os em virtude do Estado Social que preza a submissão às normas de ordem pública, Pablo S. Gagliano e Rodolfo P. Filho (2005, p. 11-12) salientam que:

... o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelo princípio da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.

Percebe-se aqui uma modelagem contratual revestida de elementos que, numa visão rápida e superficial, não parecem constituir instituto próprio e descendente de época histórica que o caracteriza. Antes da função castradora do Estado no relacionamento negocial das partes, tínhamos o contrato baseado na liberdade total, fruto dos ideais que consolidaram a Revolução Francesa. Portanto, é necessária uma breve consideração histórica deste instituto.

Há que se destacar as principais contribuições que as sociedades que se organizaram no decorrer da história, a partir do Direito Romano, legaram ao contrato.

Destaca, Caio Mario (2001, p. 225 e s.), que sobre o contrato atuam diversas forças das quais duas devem ser destacadas: “a força obrigatória e a influência de fatores determinantes das injunções sociais”.



Com relação à influência de fatores sociais, no contrato pode vigorar a liberdade contratual, seja subjetiva (escolha de quem contratar), objetiva (definição da obrigação) ou formal (escolha tipológica das cláusulas). Ou, então, pode, de forma contrária, desaparecer essa autonomia dando lugar a imposição do Estado, por meio de matérias de ordem pública, em caráter transitório ou permanente.

No entanto, cabe-nos destacar bem sucintamente a origem da roupagem atual dos contratos.

O Direito Romano, contado em todas as suas manifestações ao decorrer do tempo, teve várias posições diferentes com relação ao contrato. A obrigação, no início, não nascia em virtude de uma relação meramente individual, mas sim com base nos relacionamentos, muitas vezes hostis, entre grupos de indivíduos. A Lei das XII Tábuas, quando afunila essa noção geradora de obrigações de grupos para as relações interpessoais, mantém essa hostilidade, como podemos perceber na espécie de concurso de credores que, como o próprio autor supra citado diz é no mínimo macabro.

Tal concurso permitia que o próprio corpo do devedor, dividido em quantas partes bastassem, dentro da proporção do crédito de cada credor, fosse utilizado como forma de sanar a dívida do devedor.

Em 428 antes de Cristo, a *Lex Poetelia Papira*, promovendo a maior transformação pela qual passou o Direito Obrigacional, estipulou fosse a responsabilidade pela dívida recaída sobre os bens do devedor e não mais sobre sua pessoa, *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*.

O desenvolvimento econômico e social em virtude do crescimento das possibilidades individuais cria o contrato e seu poder vinculativo e é, ainda na Lei das XII Tábuas, que se encontra o poder vinculativo derivado da palavra e do que foi tratado verbalmente, observado determinados requisitos. Advieram maiores complexidades sociais na vida romana em virtude de seu desenvolvimento e da pluralidade de negócios o que originou uma necessidade de trazer certa materialidade ao contrato.

Em virtude disso, surgiram, por meio de Gaius, quatro modalidades contratuais: contratos *re*, que eram os contratos que se perfectibilizavam através de entrega de coisa; contratos *litteris*, realizado pela inscrição da obrigação no *codex* do devedor; contratos *verbis*, o contrato verbal realizado mediante requisitos; e, mais tarde, o contrato *consensu*. Finalizando, Gaius, com a afirmativa de que as obrigações ora nascem do contrato, ora do delito.

Estabeleceu-se no Baixo Império e espalhou-se por toda a Idade Média a praxe contratual que via o nascimento da obrigação na simples proclamação verbal. Era necessário aos escribas, para satisfazer as necessidades do Direito Romano, que reduzissem a termo as convenções. Porém, e é isso que deu origem aos contratos *consensu*, a praxe fez com que os escribas observassem na redação da proclamação verbal que todos os rituais imprescindíveis tinham sido observados, embora não o tivessem.

Passou-se, portanto, a considerar apenas a declaração das partes no surgimento das obrigações, reduzindo, posteriormente os escribas, a termo como se todos os rituais tivessem sido observados. Bastava-se, então, a declaração de vontades.

Conclui-se que as características e a modelagem contratual modificam-se de acordo com a sociedade, tecnologia e costumes a que se submetem. O contrato estabelecido com os ditames libertários da Revolução Francesa é apoiado na autonomia da vontade, por meio da qual duas pessoas, de forma paritária, circulavam riquezas, seja pela compra e venda, locação, entre outros, obedecendo simplesmente os seus interesses e volições está em declínio.

Um instrumento contratual que culmina da vontade de duas pessoas em igualdade de condições, no qual se discute preço, prazo, condições, está cada vez mais escasso. A sociedade neocapitalista, mergulhada num caos produtivo, faz emergir novas riquezas importantes, como os valores mobiliários e bens imateriais, enfraquecendo o valor que os bens imóveis representam no domínio econômico.

Os bens tornam-se descartáveis, nada mais é duradouro, a contratação sob uma nova roupagem se faz necessária para que não exista uma lesão massificada na sociedade.



Cada vez menos se verifica o contrato característico da autonomia da vontade em igualdade de condições, realizado entre pessoas físicas, mas sim a massificação contratual, evidenciando a padronização, limitada pelo Estado em conceitos como o da função social do contrato e da defesa do consumidor. É nesse ambiente que surge o contrato eletrônico, como um dos novos meios de se realizar a circulação de riquezas num mundo caracterizado pela padronização e agilidade na circulação de riquezas por meio da produção e consumo.

O contrato é a convergência das manifestações de vontade das partes, visando a realização de determinada obrigação. O contrato eletrônico, nesse diapasão, é quando a convergência das manifestações de vontade se realiza por intermédio de um meio eletrônico capaz de veicular de forma completa o cerne dessa manifestação.

2.1 Principiologia Contratual e suas Inovações Decorrentes do Comércio Eletrônico

Os princípios são a base da construção jurídica, o baluarte de criação, inovação e interpelação do Direito na vida social. De acordo com a explanação sobre princípios de Ricardo L. Lorenzetti, os princípios são utilizados pelo juiz para julgar, pelo legislador para legislar, pelo jurista para raciocinar e embasar seus tratados e pelo operador do Direito como ferramenta de trabalho, trazendo para a especificidade do caso concreto a concepção principiológica já adaptada.

Diz, ainda, o supracitado jurista, que o princípio é um enunciado que permite resolver um problema e orientar um comportamento. São normas de sentido abstrato, sem conteúdo pronto e acabado, sendo, portanto, flexíveis, esperando o complemento trazido pelas necessidades casuísticas (LORFENZETTI, 2004, p. 82-83).

Como descrito no início do tópico 2, sendo o contrato eletrônico uma espécie de contrato, não se pode olvidar a aplicabilidade dos conceitos principiológicos contratuais tradicionais no âmbito do comércio eletrônico. As contratações eletrônicas só podem desenvolver-se, no Brasil, em virtude do princípio da liberdade de forma para contratação não solene.

116

Graças a um princípio tradicional, pode-se estabelecer essa nova modalidade contratual. Porém, pela especialidade do tema, emergem das condições desta nova tecnologia princípios próprios, característicos e necessários, por não serem suficientes à esgotar as possibilidades do tema, os tradicionais. Princípios estes que derivaram da discussão mundial a respeito do assunto.

Em 1996, com a criação da Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico (UNCITRAL), pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (FERREIRA; BAPTISTA, 2002, p. 90-91), percebe-se a consolidação de algum deles. Os princípios que norteiam a contratação eletrônica servem aos propósitos de identificação, autenticação, impedimento de rejeição, verificação e privacidade (ORTIZ, 2001, p. 37).

Portanto, pode-se delinear os seguintes princípios referentes aos contratos eletrônicos: “princípio da equivalência funcional; princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico e princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos”. Tendo em mente que não se pretende esgotar a base principiológica nesta humilde abordagem, mas sim mostrar que com a atual evolução tecnológica pode-se, inclusive, constituir-se novos.

2.1.1 Princípio da Equivalência Funcional

Princípio decorrente da UNCITRAL que visa a garantir, aos contratos realizados por meio eletrônico, todas as condições da qual gozam os contratos estabelecidos em papel e registrados em tabelionato. Com isso evita-se qualquer tipo de repugnância ou preconceito à essa nova modalidade (LAWAND, 2003, p. 42 e s.).

Não se pode negar validade ou eficácia ao contrato argumentando-se, exclusivamente, ter sido ele firmado por meio eletrônico (FERREIRA; BAPTISTA, 2002, p. 91). Têm-se, portanto, em funcionalidade contratual, equivalência entre o tradicional e novo.



Este princípio busca duas conseqüências jurídicas: a impossibilidade de ser considerado inválido o contrato em base virtual, exclusivamente por sua natureza eletrônica; e o resguardo quanto à possíveis impedimentos legais exclusivos ao contrato eletrônico, quando este restar exclusivamente pela sua natureza eletrônica.

2.1.2 Princípio da Neutralidade Tecnológica das Disposições Reguladoras do Comércio Eletrônico

A Lei Modelo, em seu item 8, parte final, afirma: “Cabe assinalar que, em princípio, não se exclui nenhuma técnica de comunicação do âmbito da Lei Modelo, de forma a acolher em seu regime toda eventual inovação técnica neste campo”.

Têm-se, aqui, a real preocupação da referida Lei em não restringir sua aplicação à tecnologias hoje existentes e que, porventura, possam vir a ser consideradas, em futuro próximo, obsoletas (LAWAND, 2003, p. 45). Isso faz com que a legislação derivada da UNCITRAL não abarque apenas as tecnologias existentes na época de sua promulgação, mas, também, inovações tecnológicas que derivem do desenvolvimento constante dessa área, sem que com isso se faça necessário reformulações legislativas.

É o caso do protocolo Wap, que capacita o acesso à Internet por meio de um telefone celular, sem a necessidade do uso de computadores, ou, ainda, se for descoberto um meio criptográfico ou qualquer outra forma de se garantir a autoria e autenticidade do documento eletrônico, que torne a criptografia assimétrica⁵ obsoleta.

Ana Paula Gambogi Carvalho (CARVALHO, 2001, p. 152), quanto ao projeto nacional sobre comércio eletrônico, diz que: “A lei a ser promulgada deve ser tecnologicamente neutra, ou seja, reconhecer a validade jurídica não apenas do sistema de criptografia assimétrica, mas também de outras tecnologias equiparáveis, que atendam aos mesmos fins”.

E a importância desse princípio se faz clara. Não se pode admitir uma norma geral seja promulgada de forma fechada e vinculada aos meios tecnológicos atuais. A própria orientação culturalista de nossa atual legislação civil não aprova tal situação. Toda e qualquer norma geral é promulgada regulando situações, justamente, gerais.

Não cabe à norma perder sua eficácia visto a possibilidade de mudanças tecnológicas, tão presentes e rápidas inclusive, ou a evolução comercial e contratual seja tolhida de melhores condições visto a vigência de lei precária sobre o assunto. Portanto, a neutralidade tecnológica, além de importante, é necessária para a própria segurança do sistema.

2.1.3 Princípio da Inalterabilidade do Direito Existente Sobre Obrigações Contratos

Para esclarecer tal princípio necessário se faz ter nítido que um contrato eletrônico, firmado por meio da internet, não traz diferenças substanciais com relação aos contratos em geral. A função da nova tecnologia é servir de meio para a celebração contratual e não fim.

Então, não se trata aqui de novas formulações com relação ao direito obrigacional ou contratual. Estes continuam intactos. Novas adaptações se fazem necessárias para que se possa garantir o valor probante daquilo que resultou do consenso das partes levando em consideração aquilo que foi ofertado e aceito através do meio utilizado, qual seja, a internet.

Determina, portanto, o princípio, que a internet, em especial, ou o meio eletrônico, de forma geral, é apenas uma nova forma de transmissão das vontades dos negociantes e não um novo direito regulador das mesmas. Todos os requisitos e pressupostos contratuais já consagrados não se alteram substancialmente (LAWAND, 2003, p. 47 e s.). Não obstante o aparecimento de determinadas inovações e adaptações jurídicas no âmbito da validade, pela especialidade da tecnologia.

5 Melhor explanada no Tópico 3.5, a respeito da Validade dos Contratos Eletrônicos.



2.2 A terminologia Contrato Eletrônico em Contraposição à Contrato Informático

Contratos informáticos são aqueles que tem por objeto bens ou serviços de informática, celebrados por qualquer que seja o meio, eletrônico ou não. Já na contratação eletrônica o objeto é livre, desde que lícito e determinável, tendo como meio de formação contratual o eletrônico (COLARES, 2006, p. 111).

Melhor explicando, o contrato eletrônico recebe o nome do meio utilizado para sua celebração, o eletrônico, enquanto o contrato informático recebe o nome do objeto, ou seja, artigos informáticos ou serviços que venham a ser prestados exclusivamente no âmbito da informática.

3 ASPECTOS FORMAIS DO CONTRATO E SUA ADAPTAÇÃO AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Como aqui pretende-se abordar os contornos do contrato eletrônico, nada mais justificável do que mostrar as adaptações contratuais que surgiram em virtude do novo meio de comunicação ao invés de falar-se a respeito de um novo complexo científico que vise abarcar a inovação tecnológica.

3.1 Natureza Jurídica

Falar sobre natureza jurídica é o mesmo que tentar encaixar o instituto num gênero jurídico que lhe seja antecessor, superior e conseqüentemente maior em abrangência. Como ensina Jorge José Lawand (2003, p. 88), o questionamento à respeito da natureza jurídica visa a qualificação, o enquadramento de uma regra dentro de determinada estrutura ou categoria jurídica na qual possa se subsumir.

No que toca o instituto jurídico objeto deste estudo, entende-se por sua natureza jurídica, contrato que tenha por objeto bem disponível, seja formado pelo consentimento gerado por manifestações de vontade ora entre presentes, ora entre ausentes, conforme a instantaneidade da formação do vínculo, atrelado à modalidade de negócio jurídico formado fora do estabelecimento comercial.

3.2 Momento de Formação

Importante se faz a especificação do momento de formação do contrato eletrônico para que as conseqüências jurídicas, decorrentes de tal vínculo, possam surtir seus efeitos. Assim como na formação do vínculo contratual fora do meio eletrônico, têm-se, para esta modalidade específica, contratos entre “presentes” e entre “ausentes”.

Nos moldes da contratação clássica, temos, nos contratos entre ausentes, uma distância geográfica que demanda um tempo juridicamente relevante para que se efetue a comunicação. Entretanto, a tecnologia vem a neutralizar a geografia e, apesar de se ter pessoas fisicamente distantes, a mensagem passa a ser instantânea.

O telefone é um exemplo inicial a respeito da neutralização geográfica entre pessoas fisicamente distantes para a celebração de um contrato por meio de um sistema de comunicação instantâneo (LORENZETTI, 2004, p. 313-314). Assim como no exemplo, o contrato eletrônico pode ganhar *status* de celebrado entre presentes, interpretando-se analogicamente a Lei 10.406 de 2002 (Novo Código Civil), em seu artigo 428, I, considera-se também como presentes os que contratam por telefone ou “meio de comunicação análogo”.

Portanto, basta que o contrato eletrônico seja firmado através de comunicação instantânea⁶ para que se estabeleça vínculo entre presentes, visto que se trata de meio de comunicação semelhante e há perfeita subsunção da realidade fática à norma vigente. Vale ressaltar que a partir do momento em que o ofertante se faz sentir da aceitação do oblato, têm-se firmado o certame obrigacional.

Apesar do meio de comunicação eletrônico propiciar a instantaneidade de mensagens, casos há em que se tem a formação contratual “não instantânea”(LORENZETTI, 2004, p. 323), ou entre “ausentes”, levando-se em conta um maior lapso temporal decorrido do intercâmbio das mensagens, como no caso de formação por intermédio de correio eletrônico, *e-commerce*, entre outros.

Para explicar a *perfectibilização* de um vínculo contratual entre ausentes, têm-se duas principais teorias, a da *cognição*, que exige que a resposta do aceitante chegasse ao conhecimento do proponente, e a da *agnição* que dispensa o conhecimento da resposta.

No Brasil, com o Código de 1916, em seu artigo 1086, era considerada como válida a teoria da agnição através de sua subteoria, a da *expedição*, ou seja, considera-se formado o contrato com o envio da aceitação ao proponente.

Entrementes, o atual código estabelece, em seu artigo 434, que a formação contratual acontece quando a aceitação é expedida, porém ressalva exceções em seus incisos o que nos levar a perceber a alteração da tendência do código para outra subteoria da agnição, qual seja, a da *recepção* (GAGLIANO, 2005, p. 105 e s.).

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2002, p. 20), o atual código:

estabeleceu três exceções: a) no caso de haver retratação do aceitante; b) se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; e c) se ela não chegar no prazo convencionado. Ora, se sempre é permitida a retratação antes de a resposta chegar às mãos do proponente, e se, ainda, não se reputa concluído o contrato na hipótese de a resposta não chegar no prazo convencionado, na realidade o referido diploma filiou-se à teoria da recepção, e não à da expedição.

119

Além disso, considerando a segurança na formação do negócio jurídico em virtude do meio eletrônico, estabeleceu-se, também, na prática, considerar formado quando a confirmação chegue à esfera de conhecimento do proponente, não sendo necessário que este tome conhecimento efetivo da resposta, mas, apenas, que esta esteja disponível no seu âmbito de conhecimento.

É, portanto, o proponente, responsável, no caso de contrato formado via correio eletrônico, pela manutenção de seu equipamento em estado que possibilite a recepção da resposta, como no caso de não recebimento de e-mail por estar a caixa de correio sem espaço suficiente. Têm-se, concluindo-se, que a formação dos contratos eletrônicos entre ausentes se perfectibiliza com a recepção, pelo peticitante, da aceitação do oblato.

3.3 Lugar de Formação

O Direito Brasileiro abarca a teoria que determina a formação contratual no lugar em que este é proposto. Nos termos do artigo 435 do Código Civil, “o contrato reputa-se celebrado no lugar onde foi proposto”. Tal determinação, longe de ser desnecessária, reveste-se de extrema utilidade quando, por exemplo, o juiz tiver de analisar questões de cunho axiológico e costumeiro do lugar onde o negócio fora pactuado, ou, ainda, quando surgirem questões de competência (GAGLIANO, 2005, p. 110 e 111).

6 Diálogo interativo que implica atos instantâneos, como se percebe no IRC – *Internet Relay Chat*, Msn, ICQ, entre outros.



Entretanto, no tocante aos contratos eletrônicos, como definir o local de formação, visto que há duas possibilidades, quais sejam: a) o local onde encontra-se o equipamento por meio do qual fora realizada a proposta, ou seu endereço lógico; e b) o local da residência do solicitante.

Seguindo os passos de Álvaro Marcos Cordeiro Maia, independentemente da posição geográfica do equipamento utilizado, reputa-se celebrado o contrato eletrônico no lugar da residência do proponente, ou seja, opta-se pela segunda alternativa. Isso se dá, principalmente, por questões de segurança. Se assim não fosse, haveria abertura para fraude ou prejuízo à contratante de boa-fé.

Ilustrando, há que se imaginar um proponente, residente num país cujas leis consumeiristas sejam rígidas, realizando seus negócios por meio de equipamento ou endereço lógico localizado em país diverso, preferencialmente com leis consumeiristas escassas, inexistentes ou, ao menos, mais relaxadas em relação ao local de sua residência, com o intuito de furtar-se de responsabilidades. Neste sentido, a Lei Modelo da UNCITRAL, estabelece em seu art. 15, § 4º, que uma declaração eletrônica se considerará expedida e recebida no lugar onde remetente e destinatário, respectivamente, tenham seu estabelecimento, no caso de mais de um, onde tenham o principal. Portanto, têm-se como principal norte que se reputa celebrado o contrato eletrônico no lugar onde reside o proponente ou onde esteja afixado seu estabelecimento principal.

De qualquer sorte, em hipótese que se admite apenas para argumentar, destaca-se que as considerações são tecidas à luz do Direito comparado e magistério da doutrina, uma vez que em solo brasileiro inexistente qualquer tipo de legislação específica acerca da contratação internacional e da tutela das ações que nasçam com base no meio eletrônico, principalmente, do consumidor por suas características de hipossuficiência e vulnerabilidade.

Ademais, o julgador conta com o ordenamento jurídico posto, e este lhe remete as disposições da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, a qual condiciona a existência de tratado e relacionamento com o outro país envolvido na celebração.

120

3.4 Validade

Quando se fala a respeito dos pressupostos de validade contratual, tem-se, como forma resumida, que o contrato deve nascer de uma manifestação de vontade emanada de maneira livre e de boa-fé. Só pode ser manifestada de forma livre se o agente for *capaz* na realização do ato.

Com relação a esta capacidade não se remete, o leitor, à idéia de capacidade genérica da personalidade, mas sim à específica condição de ser pólo de determinado contrato, que tem como “legitimidade”. É de boa-fé o contrato que tenha por objeto bem da vida “idôneo”, ou seja, “lícito”, que este possa ser “possível” (física e juridicamente), de figurar como objeto contratual e que tal seja “determinado” ou “determinável”, aquele que seja individualizado ou com elementos mínimos capazes de individualizá-lo.

Como elucidação é válido citar o artigo 426 do atual Código Civil que determina a proibição de figurar como objeto contratual a herança de pessoa viva. A forma também possui o seu lugar na averiguação da qualidade do vínculo formado, portanto deve ser a adequada para cada caso, ou seja, a “prescrita” ou “não defesa em lei” (GAGLIANO, 2005, p. 22-23).

Caso, em um contrato, não se perceba algum desses elementos, aquele nascerá nulo. Trata-se de pressupostos de validade cuja falta, seja de um ou mais, reputa a nulidade do negócio celebrado.



3.4.1 Forma

Há que se dar mais uma palavra a respeito da forma. Tem-se, no artigo 107, do atual Código, a positivação do “princípio da liberdade da forma” para os negócios jurídicos. Assim, estabelece-se, como regra geral, que os negócios jurídicos sejam firmados sem a observância de forma determinada⁷.

Aqui é que se percebe o grande fundamento positivo para a contratação eletrônica, visto que esta, por excelência, está baseada no princípio da livre forma, pois o que caracteriza o comércio eletrônico é justamente o meio de comunicação veiculador de vontades e seu registro em suporte diverso da cártula habitual.

3.4.2 Legitimação e a determinação da autoria

O documento eletrônico é o meio físico, geralmente magnético ou óptico, capaz de armazenar, para a posterioridade, aquilo estabelecido no contrato eletrônico, e, apesar de registrado em uma base não física, possui idoneidade para veicular o interesses das partes (DIAS, 2004, p. 82). Porém, por não estarem, as partes, fisicamente presentes, é necessário que se estabeleça meios de se auferir a autoria, a autenticidade dos sujeitos envolvidos na relação jurídica.

É este o grande problema do meio eletrônico. É aqui a base de situações capazes de gerar insegurança jurídica na contratação. Como determinar quem, exatamente, está do outro lado de um computador aceitando ou fazendo proposta negocial? Sabe-se que a legitimidade para a contratação é pressuposto de validade do negócio, assim como a licitude e a determinação do objeto, sendo, portanto, nulo o negócio jurídico realizado por incapaz. Qual a responsabilidade envolvida nessa situação?

Uma forma simples e barata de resolver a questão é a adoção de *webcams*⁸, no momento da manifestação da vontade, que nos dá a certeza da pessoalidade e autoria do sujeito contratante. Porém, torna-se inviável, tal medida, por aumentar os custos do processo.

Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 293), ensina que, como regra geral tem-se “aquele que utiliza meio eletrônico e cria uma aparência de que este pertence à sua esfera de interesse, arca com os riscos e com os ônus de demonstrar o contrário”. Esta regra se dá com base na necessidade de comportamentos de cooperação eficientes, sendo que quem opta pela contratação eletrônica deve estar orientado em realizar os atos nos meios mais seguros e prevenir-se contra terceiros mal-intencionados.

Não é admissível que este pretenda que o ônus seja suportado pelo destinatário, o que se tornaria muito mais oneroso. Entende o autor supra-citado, que se trata da atribuição dos riscos que derivam do meio utilizado (LORENZETTI, 2004, p.293 e s.).

O que se tem como solução para o problema, maior objeto de pesquisa no âmbito da contratação eletrônica, é a adoção da certificação, uso de senhas, assinaturas eletrônicas ou digitais, ou, mesmo, um contrato prévio, onde as partes estão presentes, estabelecendo que se reputa a determinado sujeito toda e qualquer contratação, realizada por meio daquele equipamento (LORENZETTI, 2004, 291).

⁷ A não ser quando esta é estabelecida em lei, como visto acima.

⁸ Pequenas câmeras de vídeo, de baixa resolução, utilizadas para a transmissão em tempo real da imagem da pessoa que está operando o computador naquele momento.



4 CONCLUSÃO

Como exposto, desde o intróito, o crescimento da contratação eletrônica é galopante e inevitável, assim como a rede mundial de computadores. A natureza humana revela-se, no sentido de receio e temor pelo desconhecido, entretanto alguns indivíduos são investigadores e desbravadores (uns mais outros menos) e aceitam o desafio de adentrar ao admirável mundo novo, a vida virtual. Nesse sentido, centrou o presente estudo na doutrina pátria e internacional, já que esta investiga e proporciona suporte teórico para o legislador e aplicador do direito.

Em sede de conclusões e em apertada síntese, é possível destacar ser perfeitamente possível a contratação eletrônica sendo, inclusive, esta, abarcada pelo Direito pátrio, por meio o Código Civil brasileiro baseado em uma filosofia culturalista que abre a lei para o que se tem de novo no campo social, interpretando essas novas insurgências do meio, muitas vezes, analogicamente.

A abertura do sistema e a aplicação principiológica revelam-se como um suporte normativo, à disposição do operador do direito. Cabe à doutrina e à jurisprudência delinear e localizar as deficiências e peculiaridades do cenário eletrônico para que este disponha de meios que proporcione maior segurança aos contratantes.

Nesse sentido, localiza-se a primeira problemática. Definir a natureza jurídica do contrato eletrônico. A doutrina ainda não chegou a um entendimento uníssono. Se não fosse suficiente, restam dúvidas quanto à legitimação das partes envolvidas, o que requer um uso supervalorizado da boa-fé dos contratantes.

Enfim, a sociedade hodierna caracteriza-se pela globalização, digitalização e velocidade da informação. Resta ao direito buscar tutelar as relações nesta desenvolvidas, uma vez que negar a evolução constante das instituições jurídicas, principalmente das relações privadas, pelo aspecto cotidiano, seria omitir-se quanto a evolução do próprio homem e do meio em que ele está inserido.

122

REFERÊNCIAS

CAIO MARIO, da Silva Pereira. **Direito Civil**: alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

COLARES, Rodrigo Guimarães. **Internet Legal**: O Direito na Tecnologia da Informação. Artigo: Contratos Eletrônicos x Informáticos. Modalidades Contratuais ganharam novas terminologias. 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Jean Carlos, **Direito Contratual no Ambiente Virtual**, 2. ed. rev. e atu. Curitiba: Juruá, 2004.

FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos. v. 4. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito das Obrigações – Parte Especial – Contratos** (Sinopse Jurídicas), Tomo I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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



LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORTIZ, Rafael Illescas. **Derecho de la contratación eletrônica**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REVISTA GAZETA MERCANTIL: E-commerce - Comércio varejista virtual. 04.01.2006.

