

OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E O NOVO CÓDIGO CIVIL*

Eurípedes Brito Cunha Júnior

RESUMO

Discorre, à luz do Código Civil, sobre a introdução e a proliferação dos meios eletrônicos nos dias atuais, o que possibilita a realização de negócios e a livre circulação dos fluxos financeiros por intermédio das bolsas de valores, aquisição de produtos e serviços, transferências de valores, tudo de forma rápida e sem qualquer contato com o papel-moeda.

Define o termo “contrato eletrônico” e promove sua classificação quanto ao grau de eletronização, à natureza da relação tutelada, ao grau de interação homem/ máquina, à simultaneidade proposta/aceitação e à subforma.

Ressalta a importância de se ter um bom assessoramento, a fim de se valorizar a questão formal do contrato, bem como garantir o sucesso dos negócios.

Por fim, afirma que a insegurança ainda impera na internet, todavia, a seleção natural ocorrida pelo mercado do comércio eletrônico permitirá a sobrevivência das empresas sérias e confiáveis e, conseqüentemente, promoverá a extinção das demais.

PALAVRAS-CHAVE

Contrato eletrônico; internet; Código Civil; comércio eletrônico; *e-mail*.

* Conferência proferida no "Congresso Internacional de Direito e Tecnologias da Informação", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 3 e 4 de outubro de 2002, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, Brasília-DF.

1 INTRODUÇÃO

A contratação pela via eletrônica é uma realidade dos tempos atuais, em que tudo se pode adquirir por meio dos meios eletrônicos, de produtos a serviços, de um simples sabonete à lista inteira de compras em um supermercado, de um ingresso para o teatro a um *tour* pelo mundo, incluindo passagem de avião, passeios turísticos, hotéis etc.

Por outro lado, proliferaram os meios eletrônicos de pagamento, situação em que, sem contato com o papel-moeda, pequenas ou vultosas somas são transferidas do comprador para o vendedor, do tomador para o prestador de serviços.

Não se trata de ficção, mas da absoluta realidade. Prova disso é a financeirização do mundo e a consequente volatilidade do capital, ou seja, a livre circulação dos fluxos financeiros mediante bolsas de valores, tudo isso num "pisca de olhos".

Em aparente contraposição ao afirmado no primeiro parágrafo, a contratação eletrônica não constitui novidade, como se pode equivocadamente pensar. Desde meados do Século XX, ao discorrer sobre o objeto da situação jurídica, e mais especificamente acerca das coisas sólidas e fluídas, Carnelluti traçou uma linha divisória entre uma nova e uma antiga teoria das coisas, em que o "regime jurídico da eletricidade"¹ foi o ponto de rotura revelador da angústia da teoria tradicional em face dos novos fenômenos.

Carnelutti constatou, com clareza, que perplexos viram-se os juristas daquela época diante do problema da definição e tratamento dos fenômenos jurídicos relativos à eletricidade. Aqueles considerados por ele como juristas dúcteis, práticos, contornaram os problemas por meio de deduções lógicas². Para ele, a necessidade de sistematização teórica tornou-se imperativo, *vez que as relações jurídicas sobre a eletricidade se tornaram o primeiro, ou antes, o mais antigo exemplo de uma série cada vez mais numerosa, referindo-se, a título de exemplo, à radiofonia e à televisão, esta última então prestes a entrar em operação*. O respeitado autor não estava errado.

Voltando ao Século XXI, enquanto o legislador perde tempo com discussões infrutíferas, vemos a realidade bater à nossa porta, sem que nós, consumidores, possamos exigir a indicação de endereço físico, dados cadastrais e telefones para con-

tato dos fornecedores que disponibilizam produtos e serviços na internet. O criptógrafo e Professor Pedro Rezende bem percebeu e traduziu a angústia da sociedade em face dessas discussões vazias e infrutíferas³.

Com a vigência do novo Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406/2002, a partir de 11 de janeiro de 2003, um ano após sua publicação no Diário Oficial da União, perdeu o legislador a oportunidade de torná-lo mais adequado às necessidades do nosso tempo, a exemplo da fixação de normas sobre a segurança na contratação por meios eletrônicos⁴. 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.

O Projeto do novo Código Civil tramita há mais de duas décadas. A Lei Modelo da Uncitral (*United Nations Commission for International Trade Law*) data de 1996. Não se trata de uma lei propriamente dita, mas de diretrizes ou recomendações que devem as nações utilizar como base para suas normas internas acerca do comércio eletrônico, inclusive no que tange à assinatura digital, ferramenta adequada para estabelecer a necessária segurança na contratação eletrônica. Em magnífica obra, o Professor Augusto Tavares Rosa Marcacini traça um panorama da regulamentação das assinaturas digitais no Brasil e no mundo⁵. Desde o ano de 1995, os estados norte-americanos de Utah e da Califórnia regulamentaram a utilização da assinatura eletrônica. A partir de 1997 vários países já editaram normas sobre o comércio eletrônico, adotando as diretrizes da Lei Modelo, a exemplo da Alemanha e Itália (1997), Espanha (1999) e França (2000).

Embora o Projeto de Lei da Câmara n. 1589/99 da Câmara dos Deputados seja a mais importante iniciativa legislativa no setor, no Brasil, Marcacini lembra que a primeira disposição a tratar do tema foi a Instrução Normativa n. 17, de 11 de dezembro de 1996, editada pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Esclarece Marcacini que apenas em 5 de setembro de 2001, com o Decreto n. 3.587, é que foi instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal. Portanto, restrita ao âmbito da Administração Pública Federal.

Hoje o PLC n. 1589/99 e o PLC n. 1.483/99 encontram-se pensados

ao PLC n. 4.906/2001 (PLS n. 672/99), com a redação dada pelo substitutivo do Deputado Julio Semeghini, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 26/9/2001.

Portanto, o Brasil não possui uma lei que verse especificamente sobre o valor probante do documento eletrônico, a assinatura digital, a certificação digital, nem tampouco sobre o comércio eletrônico⁶. Não se pode afirmar que o § 1º do art. 10 da Medida Provisória n. 2.200/2002⁷ versa sobre o valor probante do documento, já que apenas transporta para o documento eletrônico o princípio da presunção de veracidade da declaração em relação ao subscritor.

Por "comércio eletrônico", num sentido mais amplo, há de se referir não só às transações que visam à prática de atos comerciais ou que dela resultam, como também a todas as transações eletrônicas, ainda que fora do âmbito das relações comerciais, tais como aquelas de natureza civil e até mesmo as abrigadas pelo Direito Administrativo.

Os números do comércio eletrônico são assombrosos e evidenciam uma intensa e crescente atividade por seu intermédio. O constante crescimento da quantidade de páginas na internet apontam nesse sentido. Em julho de 2000, o panorama mundial era de cerca de 7 bilhões de páginas, em outubro de 2001 eram 313 bilhões de páginas (*eMarketer*)⁸, e para o final deste ano de 2002 estão previstas 350 bilhões de páginas (*Sap*)⁹ na internet. Só no Brasil, em outubro de 2001, eram 4,3 bilhões de páginas (*Megasolutions*)¹⁰. Hoje os principais bancos nacionais concentram boa parte de seus esforços no desenvolvimento de produtos direcionados para as transações eletrônicas, dando primazia ao *homebanking* e ao atendimento eletrônico nas próprias agências, tendo transferido para um terceiro plano o atendimento pessoal, tradicional, nas agências bancárias, que nos dias atuais encontram-se completamente desertas de funcionários.

Devido à falta de regulamentação legal, as empresas buscam proteger-se e criar um certo nível de segurança para si e para seus consumidores, adotando certificados digitais em seus *sites*, a exemplo do que fazem os bancos e as principais lojas virtuais, a exemplo das americanas.com e submarino.com.

É nesse cenário em que nos encontramos hoje. Atividade crescente. O comércio eletrônico é uma reali-

dade, desafiando o legislador, que deixou-se dominar pelo turbilhão da globalização, sem perceber quanto a sua inércia pode prejudicar a economia nacional e os interesses da sociedade.

Cumpra, doravante, enfrentar a realidade e por mãos à obra, investigando a respeito da legalidade da prática de atos através dos meios eletrônicos, seja por intermédio de uma breve e simples reflexão, como o presente trabalho, seja pela via de integração da norma, modo pelo qual o estado-juiz supre as lacunas deixadas pelo legislador.

2 O DIREITO NATURAL, O DIREITO POSITIVO E O DIREITO CIBERNÉTICO.

O Direito natural, assim como o Direito positivo, evoluem com o desenrolar da história. Há, todavia, diferentes posturas atitudinais dos juristas em face do “novo”. Conforme lição do Professor Osmar Brina Corrêa Lima¹¹ no Simpósio Internacional de Direito Comercial Eletrônico e Telecomunicações¹², “o juspositivista concentra-se nas regras. O jusnaturalista, nos valores e nos princípios”.

Para o Professor Brina, de um lado, “o juspositivista privilegia o valor mais concreto da segurança”, “traduzida em lei”, ou seja, confundindo “o Direito com a lei e tornando-se escravo dela”, ainda que esta se ache “sempre na retaguarda” dos fatos. Por outro lado, o Professor Brina considera que “o jusnaturalista privilegia o valor mais abstrato da justiça”, encarando o Direito como uma “realidade procurada”, buscando “o Direito e a Justiça por intermédio da lei”, sendo desta seu “senhor”, esculpindo-a. Daí, pontifica o nobre mestre que, enquanto para o juspositivista, os “desdobramentos da informática constituem um impasse”, “para o jusnaturalista, ao contrário”, “geram um desafio a mais”.

No artigo intitulado *Do Direito Natural ao Direito Artificial*¹³, o Professor Alexandre Freire Pimentel traça uma breve notícia histórica do Direito Natural, salientando que, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, encontra-se enfraquecida a dicotomia entre Direito natural e Direito positivo, esclarece que a *atual influência do Direito Natural* provém do século XVIII quando, sob o império do racionalismo jurídico, o *Direito Natural adquiriu o status de “genuína disciplina jurídica”*.

Para o Professor Pimentel, a Positivização do Direito Natural, até

mesmo em cláusulas pétreas de nossa Carta Magna, contribuiu para o enfraquecimento da citada dicotomia, com perda da força do Direito Natural, encontrando-se hoje presente seu objeto, o que para ele fica evidenciado quando da tentativa do jurista em *descobrir-lhe substitutos para-universais, como o princípio da legalidade, da autonomia privada etc.* Ele sugere que, a isso, *some-se a teoria do direito artificial de Vittorio Frosini, que intenta “ressuscitá-lo” e transformá-lo numa “jurisprudência more geometrico demonstrata”*.

A denominação “Direito Artificial” foi empregada por Frosini em

Com a vigência do novo Código Civil Brasileiro, (...) perdeu o legislador a oportunidade de torná-lo mais adequado às necessidades do nosso tempo, a exemplo da fixação de normas sobre a segurança na contratação por meios eletrônicos.

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.

“contraposição semântica” à expressão “Direito Natural”.

A excentricidade do “Direito Artificial-cibernético” estaria no fato de proporcionar possível solução técnica para o *problema do ordenamento jurídico por meio do uso do computador, conectando a cibernética à jurisprudência, com o uso da lógica simbólica e da álgebra de Boole.* O resultado da *redução do problema jurídico a uma dimensão lógica, mediante um raciocínio perfeitamente objetivo*, seria considerado como “Direito Artificial”, *totalmente tecnizado.* Com isso, contribuiria para afastar a *aparente antítese entre jusnaturalismo*

e *juspositivismo jurídico*, no que tangere à *segurança jurídica*.

Pimentel leciona que a contraposição meramente semântica entre o Direito Natural e o Direito Artificial não afeta a *finalidade ética que este último objetiva restabelecer, com o emprego da tecnologia cibernética à experiência jurídica*, que é a *hegemonia jusnaturalista*. Nesse mesmo contexto, o termo “*Giuritecnica*”, empregado por Frosini, corresponderia à utilização dos novos recursos tecnológicos no campo jurídico.

Mas se a informática e os novos recursos tecnológicos facilitaram a tarefa de pesquisa e documentação dos juristas, também fez incrementar uma série de problemas, tais como o da falsidade ideológica, a pedofilia, a proliferação de mensagens difamatórias, entre outros.

O Direito posto não resolve todas as questões, mas o jurista deve cumprir sua função social, enfrentando as situações novas, por vezes utilizando-se de analogia ou valendo-se dos princípios universais do Direito, outras vezes positivando o Direito, tipificando penalmente condutas socialmente reprováveis etc.

3 REQUISITOS DE VALIDADE CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil Brasileiro, a exemplo do Código de 1916, deixou de conceituar o contrato para que a doutrina o fizesse. Em sua essência, o art. 104 do Código Novo manteve os anteriores requisitos para a validade do negócio jurídico, a saber: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Mas numa análise comparativa pormenorizada, vê-se que o art. 82 do Código Antigo não desce a esse nível de detalhe. Estabelece a norma antiga que a validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Por capacidade há de se falar em jurídica, no sentido de ser titular de direitos, e a de agir, que é a de poder ser parte em processo judicial, atuar judicialmente.

Quanto à forma, deve-se contratar de acordo com o que a lei determinar, ou ao menos não vedar. É o princípio da livre forma. Não há impedimento legal para a compra e venda mediante contrato verbal de um vaso de cerâmica numa feira livre. Mas o pacto antenupcial, para ser válido, deve ser lavrado em escritura pública.

ca. Adiante, será proposta uma classificação dos atos jurídicos quanto ao requisito forma.

Avanços ocorrerem em relação à positivação de entendimento doutrinário, no texto novo, de modo a evidenciar que não basta a presença da idoneidade legal do objeto contratual, mas à possibilidade material de sua concretização. Não só o objeto jurídico deve ser legal, como também o objeto da relação jurídica deve ser realizável. Ainda que não seja o bem determinado em um primeiro momento, deve ser determinável.

Não se pode, contudo, afirmar que a modificação do texto legal haja provocado uma mudança de sentido, teórico ou prático, em relação à norma anterior.

4 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONTRATO

Os elementos constitutivos do contrato, ou sua “força propulsora”, na lição de Orlando Gomes¹⁴, são aqueles que permitem aos interessados a condução da intenção de contratar, de modo a permitir ao outro interessado, de interesse contraposto, o conhecimento e a respectiva condução, visando à coincidência entre elas como o nascedouro do contrato. Tratam-se das declarações receptícias de vontade (oferta e aceitação) e ainda da coincidência entre ambas (o consenso).

O proponente é aquele que emite a declaração receptícia da vontade denominada “proposta”, com o intuito de contratar. O oblato é o destinatário da proposta que emite a declaração receptícia da vontade chamada “aceitação”.

Tem-se como proposta uma declaração receptícia de vontade emitida por quem realmente pretende contratar. Não pode ser considerada proposta uma declaração estapafúrdia, inconsistente, feita por brincadeira ou gracejo. A proposta séria é vinculante, obriga o proponente ao seu cumprimento.

Enquanto a intenção de ofertar se mantiver apenas na mente de quem pretende externá-la, o fato é de nenhum valor jurídico. A partir do instante em que a oferta é produzida, ou seja, em que ocorre a exteriorização da vontade de contratar, o fato torna-se juridicamente importante, na medida em que o evento declaração há de produzir efeito na mente de outrem. É ela o ato que serve para a satisfação da necessidade de transmissão do pensamento¹⁵.

Para produção da declaração da vontade, o que importa não é se isso ocorre de forma escrita, verbal ou eletrônica, mas o fim a ser alcançado. Carnelutti expôs metáfora de forma tão cristalina, que a transcrição é inevitável: *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*¹⁶.

Além da exteriorização do pensamento, da manifestação da declaração receptícia de vontade, apresenta-se como elemento essencial para a formação do vínculo contratual o consenso, porque se o feirante João oferta uma dúzia banana e o consumidor José diz ao primeiro que quer um cento de laranja, esta segunda manifestação não é uma aceitação, mas uma contraproposta. O consenso deve corresponder à coincidência entre as declarações de vontade, ainda que os interesses sejam opostos: o de João de vender e receber o respectivo preço; o de José de levar o alimento para sua prole.

5 PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS EM GERAL QUANTO AO REQUISITO FORMA

Para a validade do ato jurídico, conforme visto acima, um dos requisitos é a forma, que deve ser prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do novo Código Civil). Prescrita é a forma que a lei assim estabelece ou que as partes convencionaram como tal.

A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 107 do novo e 129 do antigo). Assim, desde que a lei não exija para certa avença um documento escrito, esta pode ser celebrada verbalmente.

A escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visam à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País (art. 108 do novo, sem

correspondência exata com o antigo, é semelhante ao art. 134, II. O sentido do art. 108, combinado com o art. 215, equivale a uma refundição dos arts. 130 e 134), bem como naqueles celebrados com a cláusula de não valer sem instrumento público (art. 109 do novo e 133 do antigo).

Excetuando-se as situações em que os contratos devam ser escritos, 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.

Embora o novo Código Civil não tenha inserido expressamente a forma eletrônica de contratação em nosso ordenamento jurídico, fê-lo de maneira indireta, envolvendo as situações em que as partes estão presentes, assim como aquelas em que estão ausentes. Tais modificações, embora poucas em quantidade e pequenas se comparadas ao texto anterior, representam um grande avanço, servindo como um calmante para a inquietação do operador do Direito, que certamente diminuiu, acaso não se haja dissipado inteiramente.

Um avanço diz respeito à ampliação da noção de contratos entre presentes contida no preceito do art. 1.081, inc. I, do Código vigente, pois a novel lei equiparou ao telefone, como meio de comunicação para a formação contratual, outros meios de comunicação que a estes se assemelhem (art. 428, I), conforme já observara Érica Brandini Barbagalo¹⁷, à época do processo legislativo.

Outro avanço, observado com o mesmo cuidado pela citada autora, versa sobre a substituição da noção de contrato epistolar, do *caput* do art. 1.086 do Código antigo, pela de contratos entre ausentes (art. 434, *caput*), portanto, ampliada, na mesma esteira daquele outro dispositivo.

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.

Pode parecer impróprio falar em forma eletrônica, na medida em que é evidente que um contrato celebrado por *e-mail* ou por documento a ele anexado e um outro celebrado mediante videoconferência são extrinsecamente tão diferentes. Por isso, e porque não é possível dispensar a todos os contratos eletrônicos o mesmo tratamento, a forma eletrônica

ca é um gênero que comporta várias espécies que podem ser denominadas “subformas”, as quais serão examinadas ao longo do tópico que versa sobre a classificação dos referidos contratos.

6 FORMAÇÃO CONTRATUAL (MOMENTO E LOCAL) DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO CIVIL

A definição do momento e do local de constituição do contrato tem relevância para o Direito, na medida em que são determinantes para a verificação da existência da relação jurídica, das obrigações constituídas, dos prazos prescricionais e decadenciais, da legislação aplicável e do foro competente para processar a julgar eventuais feitos entre as partes.

Quando entre presentes, por dedução lógica, o contrato se forma no local em que se encontram os contratantes. Já em relação ao momento da formação, este ocorre no instante em que se dá a aceitação, ou seja, quando o oblato aceita a proposta a ele dirigida.

A ficção legal de que é considerado entre presentes o contrato celebrado por telefone é conseqüência do fato de que, embora haja uma distância física entre os contratantes, existe a possibilidade de troca imediata de declarações de vontade.

Lopes, Arranz e Castro lecionam a respeito do tema, com simplicidade e clareza: *Analizando, en primer lugar, los conceptos de declaración de voluntad entre presentes y ausentes, hay que decir que sobre este punto hay varias teorías: unas que utilizan como determinante el criterio de la distancia física entre los contratantes; otras el de la distancia física y el medio utilizado para exteriorizar la voluntad; e por último, la que se basan en la distancia jurídica. Frente a esta diversidad de teorías, consideramos que es independiente el criterio utilizado para la determinación de la ausencia o presencia de los contratantes, dado que es la falta de intercambio inmediato de declaraciones de voluntad, la que determina la ausencia en la contratación*¹⁸.

Quando entre ausentes, o contrato se forma no local onde foi proposto (art. 435 do novo Código Civil, 1.087 do antigo). A norma guarda pertinência com os preceitos da Lei de Introdução ao Código Civil, que no *caput* do art. 9º consigna que regerá as obrigações a lei do país em que

Embora o novo Código Civil não tenha inserido expressamente a forma eletrônica de contratação em nosso ordenamento jurídico, fê-lo de maneira indireta, envolvendo as situações em que as partes estão presentes, assim como aquelas em que estão ausentes. Tais modificações (...) representam um grande avanço, servindo como um calmante para a inquietação do operador do Direito, que certamente diminuiu, acaso não se haja dissipado inteiramente.

se constituírem e, no § 2º do mesmo dispositivo que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

As duas teorias mais aceitas entre as que buscam estabelecer o momento exato em que se dá a formação contratual são a teoria da expedição e a teoria da recepção. De acordo com esta última, o contrato se forma no instante em que o aceite chega à esfera de conhecimento do proponente (à caixa de correspondência do prédio onde reside ou à sua caixa postal de correio eletrônico). Não significa dizer que o proponente deva ter necessariamente lido o teor resposta, mas que ele esteja apto a fazê-lo. Diversamente, a teoria do conhecimento ou da cognição é aquela que considera formado o vínculo contratual somente após o conhecimento da aceitação; para a primeira o contrato é considerado formado com a expedição da resposta, não bastando a simples intenção em enviar a resposta, mas efetivamente fazê-lo. A teoria da vontade, por sua vez, admite que a formação contratual ocorre quando o oblato aceita a proposta, antes mesmo de manifestá-la ao proponente.

Nosso ordenamento acolheu como regra geral a teoria da expedi-

ção. Assim é que o novo Código Civil diz expressamente que os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação seja expedida (art. 434), seguindo a mesma orientação da norma anterior (art. 1.086), inclusive quanto às exceções (se antes da aceitação ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante; se este houver se comprometido a esperar resposta; ou se esta não chegar no prazo convencionado).

7 EXAME PERFUNCTÓRIO DA CONTRATAÇÃO NO BOJO DO PROJETO DE LEI DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O objetivo do presente trabalho não é examinar profundamente o Projeto em referência, mas apenas de um exame perfunctório quanto aspectos que digam respeito à contratação no comércio eletrônico.

Não estão inseridos neste contexto a criptografia com par de chaves assimétricas e a assinatura digital, nem tampouco a certificação digital.

O legislador ordinário não se preocupou em regulamentar a contratação no comércio eletrônico, deixando para o legislador extravagante as especificidades decorrentes da utilização das novas tecnologias.

O Projeto de Lei do Comércio Eletrônico é hoje uma compilação do PL da Câmara n. 1.483/99, do PLC n. 4.906/2001 (PL de Senado n. 672/99) e do PLC n. 1.589/1999, hoje apensados. São todos eles baseados na Lei Modelo da UNCITRAL, organismo das Nações Unidas para o comércio internacional. A Lei Modelo é uma referência, fornece diretrizes, não é uma lei propriamente dita. Na ementa do projeto consta expressamente: *dispõe sobre a validade jurídica e o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e dá outras providências*.

Aqui interessam particularmente as normas para as transações de comércio eletrônico, pois estas têm sido mantidas e dificilmente sofrerão modificação. Parece não haver controvérsia doutrinária sobre as mesmas. O objetivo aqui é comentar ligeiramente o Capítulo I do Título V do Projeto, que cuida da contratação em si.

A oferta de bens, serviços e informações não está sujeita a qualquer tipo de autorização prévia pelo simples fato de ser realizada por meio eletrônico (art. 25). Isso é bom, em

parte, porque legitima o que, na prática, já está operando normalmente. O contrário resultaria em inexplicável cerceio da atividade mercantil. É, contudo, ruim em parte, porque admite que os *spammers* entupam nossas caixas de correio. Não se diga que o *spam* equivale às malas-diretas tradicionais que recebemos em nossas casas ou escritórios, porque estas custam para o marqueteiro infinitamente mais do que o *spam* que lota as caixas de entrada de nossos correios eletrônicos. Aquelas malas-diretas custam o papel, a impressão e a postagem; esta custa quase nada... Muito dificilmente alguém receberia malas-diretas em mesma quantidade e frequência com que se recebe *spams*¹⁹.

A lei posterior e específica revoga a lei geral naquilo em que conflitam.

Para a definição do momento da formação contratual, uma espécie de teoria da mista foi adotada pelo projeto. De acordo com o projeto, mas sem prejuízo das disposições do Código Civil, a manifestação de vontade das partes, nos contratos celebrados por meio eletrônico, dar-se-á no momento em que o destinatário da oferta enviar documento eletrônico manifestando, de forma inequívoca, a sua aceitação das condições ofertadas e o ofertante transmitir resposta eletrônica transcrevendo as informações enviadas pelo destinatário e confirmando seu recebimento (art. 26).

Se a contratação se der mediante a troca de *e-mails*, em que será necessária a intervenção (humana) do ofertante, ainda que a oferta tenha ocorrido através de uma página eletrônica, a teoria adotada é a do conhecimento, ou seja, não é a expedição da aceitação (teoria da expedição) nem o simples ingresso da resposta na esfera de conhecimento do proponente (teoria da recepção) que definirá o momento da formação contratual. O proponente tem de enviar uma resposta ao oblato, dando-lhe ciência de que recebeu sua resposta de aceitação. Parece uma teoria da expedição às avessas...

Por outro lado se trata de proposta colocada à disposição em página eletrônica interativa, que emite confirmação automática, não será necessário que o proponente saiba que a aceitação chegou à sua esfera de conhecimento, portanto não é necessário que tenha sequer sabido da sua existência, bastando apenas que a aceitação tenha ingressado em sua

esfera de conhecimento para que seu programa de operação de comércio eletrônico dispare uma resposta automática de confirmação dirigida ao aceitante ou oblato. Essa situação parece abraçar a teoria da recepção...

O dispositivo é confuso porque, se valem os preceitos do Código Civil, então foi mantida a teoria da expedição. Vale dizer, se não há prejuízo das disposições do Código Civil, então o contrato se forma quando a aceitação é expedida.

É regra de hermenêutica jurídica que a lei não contenha palavras inúteis. Nesse passo, não é à toa que o *caput* do art. 26 diz expressamente que “sem prejuízo das disposições do Código Civil, a manifestação de vontade das partes contratantes, nos contratos celebrados por meio eletrônico, dar-se-á no momento” em que for expedida a aceitação e o ofertante transmitir a confirmação, contendo os dados preenchidos pelo aceitante.

Feitas essas ponderações, a meu ver, continua em vigor a teoria da expedição, sendo necessária a confirmação pelo proponente – automática ou não –, com a finalidade de estabelecer uma segurança jurídica na transação, para que as partes devidamente documentadas, não para revolucionar a teoria contratual.

Da mesma forma, a proposta é vinculante, obrigando o proponente quando enviada por ele ou por sistema automático por ele programado (art. 26, § 1º). Por proposta há de se considerar a proposta séria, e não um mero gracejo ou brincadeira.

Vale salientar que o projeto diz expressa e indubitavelmente que se aplicam ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no País (art. 30). Nesse mesmo diapasão, o dispositivo seguinte impõe ao comércio eletrônico o funcionamento em ambiente seguro, devidamente certificado, e com claras e inequívocas informações sobre a perfeita identificação e localização do ofertante bem como sobre os meios e endereços para contato, sua política de tratamento e armazenamento do contrato e das informações fornecidas pelo cliente, instruções para arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante e para sua recuperação, os de segurança empregados na operação e ainda a identificação do seu provedor de hospedagem (art. 31, I a VIII).

O fato de uma oferta em desacordo com os preceitos da norma não desobrigará as partes quanto ao res-

pectivo cumprimento. O direito não pode estar alheio aos fatos. Se algum consumidor decide aceitar uma oferta de um fornecedor que não se identifica adequadamente, que se esconde atrás do anonimato que a Rede ainda possibilita, correrá sério risco de não ver a obrigação contratual adimplida, mas não está ao desamparo do ordenamento jurídico, desde que se trata de um negócio lícito, como, por exemplo, uma compra de um objeto de artesanato. Ao revés, o inadimplemento quanto à entrega, pelo ofertante, de CDs piratas, em afronta ao Direito Autoral, não autoriza o adquirente a buscar abrigo na lei.

Ademais, não será negado valor probante ao documento eletrônico, pelo simples fato de esta não se basear no Projeto de Lei do Comércio Eletrônico, conforme previsão do seu art. 5º, parágrafo único.

Parece que o próprio mercado já opera uma espécie de processo de seleção natural, separando o joio do trigo, os maus dos bons comerciantes. Por certo, o advento da Lei do Comércio Eletrônico dará ênfase a esse processo.

No mais, é simplesmente lamentável que o substitutivo haja olvidado interessantes regras de hermenêutica existentes no Projeto de Lei n. 1.589/99 da Câmara (projeto da OAB), além de haver recepcionado preceito da Medida Provisória n. 2.200/2001 que, em afronta ao art. 236, § 1º da Carta Magna²⁰ e ao art. 1º da Lei n. 8.935/94²¹ (Lei de Registros Públicos), reveste de “autoridade” a pessoa, física ou jurídica, que adere à Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, mediante instituto denominado “credenciamento” em detrimento da natureza jurídica do interessado e sem a observância de qualquer das formas de delegação pelo Poder Público. É lamentável, mas certamente deve haver alguma boa explicação.

8 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

8.1 DEFINIÇÃO DE CONTRATO ELETRÔNICO

Na esteira da positivação de entendimentos da melhor doutrina, o Código Civil novo incorporou expressamente princípios contratuais tais como os da função social do contrato e da boa fé objetiva, bem como outros, por influência do contexto social em que se inseriu o direito das relações de consumo, como os princípios da interpretação mais favorável ao

aderente e da nulidade das cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

A propósito da função social do contrato, Arnold Wald assevera que a mesma “não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, constituem direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI) e gozam, nos termos da CF, da proteção do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV), em virtude do qual ninguém pode ser privado dos seus bens – e dos seus direitos que também se incluem entre os bens – sem o devido processo legal”²². Para ele, essa é a única interpretação aceitável em nosso regime constitucional, e considera que a inovação não põe em risco a sobrevivência do contrato.

Apesar dessas importantes inovações, o novo Código Civil, assim, como o antigo, não definiu o que seja um contrato, deixando essa tarefa para a doutrina. Um contrato decorre de um acordo de vontades, que resulta da coincidência entre duas declarações receptícias de vontade – oferta e a aceitação –, objetivando a produção de efeitos no mundo jurídico, com a constituição, modificação, conservação ou extinção de direitos, obrigando as partes ao seu cumprimento.

Em termos genéricos, o contrato eletrônico é aquele avençado ou executado pela via eletrônica. O contrato celebrado mediante meios eletrônicos, ou seja, eletrônico na sua formação, pode ser considerado mais eletrônico do que um contrato avençado por modo tradicional, mas com execução eletrônica. Assim, pode-se afirmar que o contrato celebrado eletronicamente é eletrônico *stricto sensu*, enquanto o contrato simplesmente executado eletronicamente o é *lato sensu*. Portanto, as duas categorias estão compreendidas dentro do escopo dos contratos eletrônicos.

Diante dessas considerações, contrato eletrônico é o acordo de vontades, celebrado ou executado por via eletrônica, que visa constituir, modificar, conservar ou extinguir direitos, obrigando os respectivos acordantes.

8.2 ADOÇÃO DO TERMO ELETRÔNICO, EM DETRIMENTO DE OUTROS.

Primeiramente, há de se ter em mira que os contratos considerados

eletrônicos são os celebrados ou executados através dos meios eletrônicos²³, ou seja, eletrônica é a forma de celebração ou execução contratual, e não o objeto em si, que pode também ser eletrônico. Mas este não define necessariamente a forma, integrando, ao contrário, seu conteúdo.

Assim, seria razoável denominarem-se eletrônicos os contratos que fossem celebrados ou, em algum momento, ainda que parcialmente, executados em meio eletrônico.

Em contraponto, são ora propostas as seguintes denominações: “contratos informáticos”; “contratos virtuais”; e “contratos artificiais-cibernéticos”.

Segundo Lopes, Arranz e Castro²⁴, informáticos são os contratos que têm por objeto os bens produzidos pela informática, tais como os contratos de licença de uso de *software*, de desenvolvimento de *software*, de locação de equipamentos, de *leasing* de máquinas, de manutenção de equipamentos, de manutenção de bases de dados etc. Tem-se daí que, nos contratos informáticos, a informática fornece os bens por eles tutelados, mas não exatamente os meios de celebração ou execução. Por exemplo, quando se entra numa loja, na Avenida Sete de Setembro, na Cidade de Salvador, e se ob-

tém na prateleira um *software* produzido em série, está-se a celebrar – por adesão – um contrato de licença de uso de *software*, na forma da Lei n. 9.609/98.

Por outro lado, num exame superficial do termo no léxico, e sem pretender adentrar em discussão de cunho filosófico, que pode ser bem explicitada por Pierre Lévy²⁵, o filósofo da Cibercultura, virtual é o *que não existe como realidade, mas como potência ou faculdade; que equivale a outro, podendo fazer as vezes deste, em virtude ou atividade; potencial; que não tem efeito atual; possível*²⁶. Um contrato celebrado em meio eletrônico pode ser executado até mesmo logo em seguida, a exemplo de um *download* que se dá logo em seguida ao fornecimento de um número do cartão de crédito. Os contratos eletrônicos sérios – como qualquer outro contrato sério – são reais, verdadeiros, sinceros, não meramente potenciais. À medida que o comércio eletrônico se expande na sociedade moderna, tais contratos devem impor confiabilidade, para que não haja descrédito e subsequente desuso. Imagine-se que, por hipótese e amor ao debate, fossem considerados virtuais os contratos celebrados ou executados através dos meios eletrônicos. Isso tornaria muito fácil burlar a legislação consumerista, deixando de fornecer um produto que já teve seu preço pago pelo consumidor, ao argumento de que não haveria obrigação a ser cumprida por tratar-se de um contrato meramente virtual, que não constituiria obrigações reais, mas mera faculdade do proponente em obrigar-se à proposta. Por isso, parece impróprio denominar tais contratos como “virtuais”²⁷.

Com relação à denominação de “contrato artificial-cibernético”, ou simplesmente “artificial”, já foi transcrita anteriormente lição do Professor Alexandre Freire Pimentel, na qual deixa demonstrada claramente a intenção de Vittorio Frosini em contrapor semanticamente o termo artificial ao natural. A explicação por si só bastaria para encerrar a discussão.

Mas se se considerar artificiais os contratos celebrados eletronicamente, apenas por argumentar, ter-se-ia que, à semelhança dos contratos virtuais, estes não seriam reais. E pior do que isso, a possibilidade de tornar-se reais ficaria submetida ao talante dos contratantes (proponente e aceitante), em afronta ao princípio do *pacta sunt servanda*, como se pro-

O contrato celebrado mediante meios eletrônicos, ou seja, eletrônico na sua formação, pode ser considerado mais eletrônico do que um contrato avençado por modo tradicional, mas com execução eletrônica. Assim, pode-se afirmar que o contrato celebrado eletronicamente é eletrônico *stricto sensu*, enquanto o contrato simplesmente executado eletronicamente o é *lato sensu*.

posta e aceitação não gerassem nenhum efeito jurídico. Portanto, tais contratos, seja porque praticamente inexistentes, seja em razão do simples potencial que representam, não interessam ao mundo jurídico.

Ainda que se impute ao contrato verbal uma certa dificuldade quanto à produção de prova em juízo, testemunhas (as "prostitutas" das provas)²⁸ podem depor com a finalidade de comprovar sua existência. A um contrato escrito, ainda que por instrumento particular, difícil a prova contrária de sua existência, em razão de sua materialidade. Se consideramos que num contrato celebrado eletronicamente a prova pode ser produzida por meio de perícia técnica, costumeiramente mais, digamos, isenta, que a prova testemunhal, e se consideramos na vida atual, que contratos avançados verbalmente, quando conhecidos por terceiros, são objeto de controle social, chamar-se de artificial um contrato celebrado eletronicamente seria negar a existência do contrato (a realidade do contrato) e da própria perícia que comprovou sua existência, o que seria uma afirmação tautológica, sem aplicação de natureza prática.

Há de se falar em contratos eletrônicos e não em contratos informáticos, virtuais ou artificiais, porque os celebrados e os executados eletronicamente versam sobre quaisquer assuntos, têm objeto diversificado, não apenas os bens da informática, e, salvo em caso de participação de um ou outro aventureiro eletrônico, devem ser verdadeiros, reais, bem como partir da oferta de gente séria e comprometida com o respeito que merece a atividade mercantil.

8.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Aqui é proposta uma classificação sistemática, de modo a propiciar uma melhor compreensão do fenômeno contratual eletrônico. Trata-se de uma classificação de cunho essencialmente prático, e, certamente por isso mesmo, sem o rigor científico dos doutos. Mas como se trata de análise de situação nova, há de se correr o risco da crítica.

Dado o cunho prático acima mencionado, serão citados exemplos, que não são taxativos, mas meramente ilustrativos, que servem para visualizar o cenário que interessa.

Mostra-se importante a classificação dos contratos eletrônicos por-

que, a depender do respectivo enquadramento, ter-se-á respondido acerca:

a) do local de formação contratual, para definição da legislação aplicável ao contrato objeto de exame e, a depender da situação específica, do foro competente para processar e julgar feitos que cuidem sobre as controvérsias entre as partes, que decorram da inexecução contratual etc.;

b) do momento da formação contratual, instante em que passa a existir a relação jurídica, obrigações são constituídas, passam a ser contados os prazos prescricionais e decadenciais.

Os contratos eletrônicos classificam-se quanto: ao grau de eletrônica; à natureza da relação tutelada; ao grau de interação homem/máquina; à simultaneidade proposta/aceitação; e à subforma.

8.3.1 QUANTO AO GRAU DE ELETRONIZAÇÃO

Os contratos eletrônicos podem ser classificados de acordo com o maior ou menor grau de eletrônica²⁹. Esta classificação ajuda a compreender melhor as demais classificações que se seguem, bem como a afastar os mitos eventualmente existentes acerca do tema.

As características de tempo (momento e duração) em que o emprego das novas tecnologias influem na formação ou na execução contratual ditam o grau de eletrônica do contrato. Em outras palavras: um contrato que necessitou do emprego de meios tecnológicos para que pudesse se formar é um contrato mais eletrônico do que outro apenas executado por esses meios. O primeiro é tecnológico na sua raiz, na sua formação.

8.3.1.1 CONTRATOS EXECUTADOS ELETRONICAMENTE

Os meios eletrônicos dos contratos são aqueles apenas executados eletronicamente, sendo celebrados em meio físico. Podem ser subdivididos em parcial ou integralmente executados em meios eletrônicos. Ambos são tradicionais na sua formação, celebrados fisicamente. Geralmente são formas de execução de "contratos-mãe" ou "contratos-guarda-chuva" celebrados que agasalham obrigações com prestação diferida no tempo.

8.3.1.1.1. CONTRATOS PARCIALMENTE EXECUTADOS ELETRONICAMENTE

Hoje é comum o credenciamento de fabricantes de determinados produtos, junto à indústria automobilística e aos grandes varejistas, para que tais produtos sejam fornecidos a estes, quando o controle de estoque da montadora de automóveis ou do supermercado acusar uma baixa. Os fornecedores celebram previamente um contrato escrito com seus clientes comerciais, após habituais negociações. Os computadores dos contratantes são então programados para formular as requisições eletrônicas, visando à execução contratual, ou seja, máquinas são previamente programadas para atender aos interesses dos contratantes.

A maior ou menor demanda pelo mercado consumerista determinará, em consequência, o volume de componentes ou partes (lanternas, lâmpadas, pneus, baterias, volantes, parafusos etc.) a serem adquiridos pela montadora, bem como de produtos (sabão em pó, biscoito, vinho etc.) a serem comprados pelo supermercado.

Os produtos acima mencionados são bens tangíveis, físicos, que podem ser vistos e tocados. Eles serão objeto de recebimento físico pelo adquirente. Com isso, apenas uma parte da execução se dá de forma eletrônica.

Nesses contratos, por terem sido celebrados por via tradicional, não haverá dificuldade em se identificar o momento e o local de sua formação.

8.3.1.1.2. CONTRATOS INTEGRALMENTE EXECUTADOS ELETRONICAMENTE

Há situações outras em que o contrato pode ser celebrado fisicamente, e integralmente executado eletronicamente. Servem como exemplos os contratos de cartão de crédito e de manutenção de banco de dados.

Quanto aos primeiros, vale citar aqui a hipótese em que a utilização do cartão ocorre somente por intermédio de maquinetas eletrônicas e o pagamento se dá através de meio eletrônico, a fim de evitar controvérsias a respeito do grau de eletrônica dos mesmos. Os contratos de cartão de crédito prevêm a concessão de um certo limite de crédito pela empresa administradora do cartão, bem como o pagamento corres-

pondente ao valor utilizado, além das taxas de anuidades e encargos de parcelamento e financiamento das despesas, e encargos de mora, quando aplicáveis.

Ainda que o titular do direito de uso do cartão de crédito, com estes, adquira bens tangíveis mediante contrato de compra e venda destes, e os pague com o cartão, há de se notar que (o contrato de compra e venda) se trata de outro contrato distinto daquele (o contrato de cartão de crédito).

Os contratos de manutenção de banco de dados são habitualmente celebrados em meio físico, mas executados eletronicamente. As máquinas onde estão instalados os bancos de dados podem fisicamente se encontrar no ambiente físico da empresa proprietária do referido banco ou fora (mas nesta situação, haveria um outro contrato para o armazenamento do banco de dados). A manutenção pode ser efetuada no próprio local onde estiverem as máquinas ou em outro, mediante o acesso telemático. A execução desse contrato dar-se-á de forma inteiramente eletrônica, pois seu objeto é eletrônico – o banco de dados – e sua manutenção não implica materialização do objeto.

O contrato do provimento de hospedagem, desde que oriundo de uma celebração por meio tradicional, pode-se enquadrar nesta categoria.

Também nesses contratos, assim como nos anteriores, parcialmente executados eletronicamente, mas celebrados por via tradicional, não haverá dificuldade quanto à identificação do momento e do local de sua formação.

8.3.1.2 CONTRATOS CELEBRADOS POR MEIOS ELETRÔNICOS E EXECUTADOS FISICAMENTE

Aqui se fala em contratos eletrônicos propriamente ditos ou contratos eletrônicos *stricto sensu*. São contratos inseridos no cenário mundial das novas tecnologias. Neles, as manifestações de vontade dos contratantes – oferta e aceitação – se dão por meio de transmissão eletrônica de dados, enquanto o registro das respectivas transações ocorre em meio virtual.

Essa espécie de contrato pode ser considerada mais eletrônica que as anteriores porque o contrato é eletrônico desde sua formação, em seu nascedouro. Para sua celebração impõe-se o emprego de recursos

Há de se falar em contratos eletrônicos e não em contratos informáticos, virtuais ou artificiais, porque os celebrados e os executados eletronicamente versam sobre quaisquer assuntos, (...) e, salvo em caso de participação de um ou outro aventureiro eletrônico, devem ser verdadeiros, reais, bem como partir da oferta de gente séria e comprometida com o respeito que merece a atividade mercantil.

tecnológicos, muito embora a execução se dê da forma tradicional.

A compra e venda de bens, duráveis ou não, por intermédio de páginas eletrônicas na internet, é o melhor e mais típico exemplo da hipótese. Os serviços prestados fisicamente podem também ser enquadrados nesta categoria.

É grande a quantidade de *homepages* conhecidas do internauta que ofertam bens duráveis (discos, livros, equipamentos eletrônicos, eletrodomésticos etc.) e perecíveis (pizza, lanches em geral, compras de supermercados etc.). Umas são genuinamente digitais, oriundas do novo cenário mundial, nasceram eletrônicas, enquanto outras são empresas tradicionais que se digitalizaram a fim de manter-se na vanguarda das relações comerciais no mundo digital desmaterializado³⁰, de não perder o rumo da história. Geralmente são páginas hospedadas em computadores previamente programados, nas quais a oferta está à disposição do público, e, de maneira dedutiva, quase automaticamente, o destinatário da oferta interage com o computador do ofertante.

Nesses casos, a formação contratual se dá no instante em que o aceitante, mediante um clique confir-

matório, emite inequívoca declaração receptícia da vontade de contratar, isso após preencher um cadastro que o identifique individualmente e escolher os produtos que pretende adquirir.

Há situações que diferem do que foi visto acima, e, por isso mesmo, merecedoras de tratamento diverso. Tais hipóteses serão examinadas no tópico que versa sobre a classificação quanto ao grau de interação homem/máquina.

8.3.1.3 CONTRATOS FIRMADOS E EXECUTADOS ELETRONICAMENTE

São estes tipicamente inseridos no mundo virtualizado³¹, intangível. Tais contratos não são apenas celebrados eletronicamente como também são executados dessa forma, por isso, são os contemplados com um maior grau de eletrônica em relação às categorias anteriores.

É paulatinamente crescente a quantidade de produtos e serviços enquadrados na hipótese, da qual são interessantes exemplos a prestação de serviços de informação (por *e-mail*, *pager* e telefone celular), os contratos de licença de uso de *software* (quando estes são baixados diretamente do comerciante que o fornece, mediante *download*, sem a necessidade de utilização de outros dispositivos físicos além do próprio computador do adquirente da licença) e a compra de créditos de celular pré-pago via internet.

O tratamento dispensado à categoria anterior, no que tange ao momento e ao local da formação do contrato será igualmente aplicado à presente.

8.3.2 QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO TUTELADA

É o mesmo que classificar o contrato quanto à natureza jurídica do direito material envolvido ou fazê-lo quanto à qualidade das partes envolvidas.

A doutrina nacional recepcionista de estrangeirismos adotou denominar os contratos que versam sobre relações comerciais de *B2B*, ou *business to business*, para expressar que se trata de um contrato entre dois empresários ou duas empresas.

Na mesma linha, *B2C*, ou *business to consumer*, diz respeito a uma relação consumerista, entre uma empresa fornecedora e uma empresa.

Mas como no comércio eletrônico estão todas as formas de tran-

sações – comerciais, consumeristas, civis e até de Direito público (administrativo) – bem como as comunicações eletrônicas em geral, há de se denominar comércio eletrônico *lato sensu* o gênero que engloba todas essas transações, quer de Direito público ou privado, em contraposição à espécie comércio eletrônico *stricto sensu*, que versa somente sobre as relações *B2B* e *B2C*.

Diante disso, e para não fugir à regra adotada genericamente por todos, não resta outra alternativa a não utilizar o *C2C* (já referido na doutrina), e lançar aqui as denominações “*G2C*”, o “*B2G*” e o “*G2G*”³², até porque, na prática, eles já existem.

C2C ou *P2P* dizem respeito às relações civis ou pessoais (não me limitando às pessoas físicas), fora do âmbito do comércio propriamente dito. Tais relações não estão excluídas dos meios eletrônicos. É perfeitamente viável o perfazimento de uma avença entre duas pessoas como, por exemplo, a compra e venda de um carro usado, mediante troca de *e-mail* ou de mensagens eletrônicas por telefones celulares. Não difere destas a natureza jurídica da relação entre as pessoas que colocam à disposição de eventuais interessados os seus bens em páginas de terceiros, ainda que haja dúvida quanto à relação dos interessados em face do terceiro, que se autodenomina “leiloeiro virtual”.

O *G2C* e o *B2G* representam relações entre o particular e a administração pública. Estas integram o comércio eletrônico em sentido amplo, embora isso não ocorra no sentido restrito.

O cidadão hoje é beneficiário da prestação de serviços públicos por meio da internet. A obtenção de certidões digitais junto a diversos órgãos públicos, nas diversas esferas de poder, pela internet, é uma realidade do *G2C*, o Governo Eletrônico³³.

O Governo Federal e os de alguns Estados do Brasil já possuem ou estão implantando o portal Comprasnet. No âmbito do Governo Federal, Comprasnet é o sítio³⁴ na internet que presta serviços e divulga informações sobre licitações, e no qual os fornecedores podem tomar conhecimento das licitações em andamento.

No âmbito do Governo do Estado da Bahia, Comprasnet é o canal de compras *on-line* do Estado, tendo como principal objetivo ampliar a divulgação de seus serviços³⁵. Pelo referido portal do Poder Executivo

baiano já possui, em pleno funcionamento, empresas previamente cadastradas e em situação regular (conforme exigências das leis federal e estadual sobre licitações públicas) habilitam-se a fornecer o objeto dos respectivos editais. Ganha a administração pública, por simplificar, acelerar e baratear os processos licitatórios, ganham os licitantes, com a transparência no procedimento, que resulta em maior equilíbrio entre eles. A economia operada pela administração gera para os administrados em geral, a comunidade, uma maior possibilidade de investimento na área social.

A hipótese (licitação) não é exatamente a de um contrato eletrônico (celebração ou execução eletrônicas), mas refere-se a atos preliminares no âmbito da administração pública, inseridos no contexto das transações eletrônicas em geral, ou do comércio eletrônico *lato sensu*.

Por fim, as transações eletrônicas envolvem as relações *G2G*, ou restritas ao âmbito da administração pública. Também aqui não há falar-se em contratação, mas em atos administrativos praticados dentro de uma esfera de abrangência. O repertório legal existente no País contempla o Decreto n. 3.996/2001, que dispõe sobre a prestação de serviços de certificação digital no âmbito da Administração Pública Federal, além de haver revogado o Decreto n. 3.587/2000 que instituiu e estabeleceu normas para a ICP-Gov, a Infra-estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal Brasileiro.

8.3.3 QUANTO AO GRAU DE INTERAÇÃO HOMEM/MÁQUINA

Essa classificação foi proposta por Mariza Delapieve Rossi e adotada por Érica Brandini Barbagalo³⁶. Outros autores propuseram classificações assemelhadas à presente, mas não exatamente iguais à aqui mencionada³⁷. Embora esta classificação aqui incorporada não seja inovadora, a denominação o é.

De acordo com tal classificação, os contratos podem ser interpessoais, interativos ou intersistêmicos.

8.3.3.1 CONTRATOS INTERPESSOAIS

Os interpessoais são aqueles em que as mensagens eletrônicas são trocadas entre pessoas (pessoa-pessoa), como ocorre, por exemplo, em contratação por *e-mail*, em um *chat*³⁸ ou numa videoconferência. A

compra e venda via *homepage* pode ser enquadrada nesta hipótese quando a página eletrônica não oferecer recursos para aceitação automática da oferta, dispondo, contudo, de um *e-mail* para contato.

Como as páginas de comércio eletrônico mais conhecidas, mais famosas são interativas, ou seja, o consumidor interage com a máquina, o intérprete é levado a pensar que todas as páginas eletrônicas nas quais há ofertas ao público funcionariam da mesma forma. Ledo engano.

Embora seja crescente o número de páginas interativas, não basta a existência de oferta ao público. Se é oferecido um *e-mail* para que o aceitante possa manifestar sua vontade, não é possível a troca imediata de declarações de vontade e, por isso mesmo, o contrato, embora eletrônico na sua formação, é ora classificado como interpessoal, e celebrado entre ausentes. A formação dar-se-á no instante em que o aceitante expedir o *e-mail* que contém sua declaração de vontade.

8.3.3.2 CONTRATOS INTERATIVOS

Os contratos interativos são aqueles que permitem a interação de uma pessoa com uma máquina, como ocorre nas páginas eletrônicas mais modernas, em que o internauta seleciona os produtos que deseja adquirir, e após esse processo, declara sua vontade de aceitar a oferta mediante um clique confirmatório. Com esse ato, dá-se a formação do contrato.

Portanto, não basta que a *homepage* do empresário virtual contenha simplesmente um telefone para contato, nem o seu endereço de *e-mail*. Para que a hipótese esteja contemplada, impõe-se que seja possível o intercâmbio imediato de vontades.

A contratação não é entre homem e máquina. A máquina é previamente programada, em conformidade com a vontade do comerciante. Quando alguém alcança uma página de um fornecedor de discos musicais, o primeiro elemento constitutivo do contrato, a oferta, já está à disposição de possíveis interessados. Desse modo, a aceitação é suficiente para dar lugar ao consenso formador do contrato.

Não é objetivo deste trabalho adentrar na seara dos contratos de adesão, que imperam universalmente, dentro e fora das áreas onde as novas tecnologias são empregadas, porque eles fazem parte da vida moderna, na qual a dimensão tempo

parece ser cada vez menor. Em contraposição aos males criados por esse cenário, em que muitas vezes a parte mais fraca (não somente o consumidor³⁹) é obrigada a aceitar as cláusulas em pacotes, mediante esquemas uniformes, no dizer de Alberto do Amaral Júnior⁴⁰, sem chance de discuti-las, o novo Código Civil preceitua acertadamente que, nos contratos de adesão, as cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas de forma mais favorável ao aderente (art. 423), estabelecendo, ainda, a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424), o que significa um avanço social.

8.3.3.3 CONTRATOS INTERSISTÊMICOS

Dizem-se “intersistêmicos” os contratos operados entre máquina e máquina, em que os empresários programam previamente suas máquinas, de modo a executar o que foi antes avençado. A menção à “operação” dá-se pelo simples fato de que, embora não esteja descartada a hipótese de uma “celebração” intersistêmica, parece de pouco alcance prático.

São basicamente aqueles mesmos contratos menos eletrônicos, em que comerciantes que programam previamente suas máquinas, para que possam executar parcialmente na forma eletrônica um contrato de fornecimento de componentes para a indústria automotiva ou de produtos para os supermercados.

Já que foi ligeiramente mencionada a celebração de contratos de maneira intersistêmica, imagina-se que, com a evolução da tecnologia, talvez torne-se possível ao ser humano, futuramente, valer-se dos mesmos. Atualmente a hipótese parece improvável. Todavia, em razão da confiabilidade que merecer cada comerciante que eventualmente disponibilizar ofertas ao público (o que somente pode ser aferido, percebido, pela experiência humana), seria temerário para um consumidor valer-se da contratação intersistêmica. Por isso, a referência e o exemplo têm cunho meramente acadêmico.

Assim seria seu funcionamento: o consumidor interessado em adquirir determinado produto muniria sua máquina de informações acerca do produto (um vinho, por exemplo) como o tipo da uva, a safra, o país, a região e o produtor de origem, transporte desejado para a remessa, seus

dados pessoais básicos, inclusive endereço para entrega do produto e o número do cartão de crédito. Tendo o consumidor fornecido informações essenciais para a realização do negócio, poderia deixar seu computador operar automaticamente, varrendo a rede em busca da oferta mais em conta (preço e frete).

Se todos aqueles que disponibilizam ofertas na internet fossem mercedores da mesma confiança, o consumidor poderia ir tranqüilo para o cinema ou para a praia. Como há na internet quem utilize “fachadas” comerciais com o único intuito de se apropriar de números e de códigos

A contratação não é entre homem e máquina. A máquina é previamente programada, em conformidade com a vontade do comerciante. Quando alguém alcança uma página de um fornecedor de discos musicais, o primeiro elemento constitutivo do contrato, a oferta, já está à disposição de possíveis interessados.

de segurança de cartões de crédito, a fórmula acima sugerida é inviável no cenário atual, pois exige uma certa dose de sensibilidade e de experiência do consumidor para que não se deixe levar por falsas promessas de comerciantes pouco confiáveis. O exemplo do vinho deve-se a mero devaneio, não a qualquer experiência malsucedida.

Ao contrário da contratação intersistêmica, a execução intersistêmica é plausível, ainda que não se saiba previamente de qual dos fornecedores determinado produto será adquirido (quando o computador da empresa adquirente fizer uma varredura entre fornecedores), justamente

porque os fornecedores de componentes contrataram previamente com a indústria, sendo desta conhecidos.

8.3.4 QUANTO À SIMULTANEIDADE PROPOSTA/ACEITAÇÃO

A classificação dos contratos quanto à simultaneidade proposta/aceitação não apresenta dificuldades. Podem ser classificados em simultâneos ou não-simultâneos.

Simultâneos ou *on-line* são os que possibilitam a troca imediata, instantânea, de declarações de vontade. Por isso são considerados como celebrados entre presentes. Se no Código Civil antigo era necessário recorrer à analogia, para equiparar a contratação eletrônica simultânea àquela por telefone, de que trata o disposto no art. 1.081, inc. I, 2ª parte, que reputa entre presentes os contratos celebrados desta forma, agora esse recurso é dispensável, em razão da redação abrangente do dispositivo correspondente na nova lei, que diz expressamente, no art. 428, inc., I, que a contratação por quaisquer outros meios de comunicação que ao telefone se assemelhem será tida como entre presentes. De forma não-taxativa, enquadram-se na hipótese a contratação em *chats*, por videoconferência, *ICQ*, *MS Messenger* e por *homepages*, nos casos em que esta última for completamente interativa, conforme descrito anteriormente.

Não-simultâneos ou *off-line* são os contratos em que as manifestações de vontade ocorrem de forma diferida no tempo. São alguns exemplos desta hipótese a contratação por *e-mail*, por fax, e *homepages*, nos casos em que esta última não for completamente interativa, possibilitando a contratação apenas conforme descrito no tópico que trata de contratos interpessoais. Equivaliam aos contratos por correspondência epistolar objeto do disposto no *caput* do art. 1.086 do Código antigo, dispositivo agora trasladado para o *caput* do art. 434 do novo, que cuida de contratos entre ausentes.

A presente classificação não comporta contratos com menor grau de eletrônica, os contratos intersistêmicos.

8.3.5 QUANTO À SUBFORMA

A forma contratual diz respeito ao modo da declaração da vontade, sendo, assim, verbal, escrita, solene ou eletrônica.

As maneiras pelas quais a declaração de vontade manifestada eletronicamente pode-se expressar são as subformas.

A presente classificação quanto à subforma é imprecisa e necessita ser melhor discutida. É imprecisa porque ora contempla o protocolo de transmissão, ora a forma pela qual se mostram perceptíveis aos sentidos humanos as manifestações de vontade, mas como se trata de fruto da constatação (empírica) serve, na pior das hipóteses, para um melhor desenvolvimento da idéia pela comunidade científica e acadêmica.

A fala não se materializa em papel, embora numa sala de bate-papo o texto digitado pelas partes possa ser gravado como documento eletrônico, ou impresso, materializando-se como cópia. Subforma aqui diz respeito à subforma original, não à transformação nem à cópia.

A subforma *EDI* ou *IED* (intercâmbio eletrônico de dados) é um protocolo eletrônico de comunicação adotado comercialmente, que difundiu-se com a ampla utilização de cartões de crédito com tarjetas magnéticas. Miriam Junqueira⁴¹ leciona haver dois tipos básicos: o europeu e o americano. Ainda na década de 1980, convergiram para um único padrão internacional. Por questão de segurança, as empresas utilizam variantes dos mesmos tipos, a fim de dificultar a intervenção indesejável de piratas eletrônicos.

A subforma videoconferência, que pode ocorrer mediante o aluguel de um sistema específico (equipamentos profissionais) ou mesmo com a utilização de câmaras e microfones acoplados a computadores pessoais (portanto, não tão profissionais quanto aqueles equipamentos dedicados), invariavelmente externa-se de maneira multimídia.

Através do TCP-IP (protocolo de controle de transferência – protocolo de internet), usual nas comunicações na internet, várias subformas se expressam: *e-mail*, bate-papo e mensagens interativas.

Os exemplos citados contêm em si a própria classificação. A relação descrita é meramente exemplificativa. A lista é crescente, em conformidade com o avanço da tecnologia.

8.4 LOCAL DE FORMAÇÃO

Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto. É a regra do art. 1.087 do Código anti-

go transposta para o art. 435 do novo. Independentemente do enquadramento de um contrato no rol classificatório visto acima, quando celebrado entre ausentes, considerar-se-á formado no local onde foi proposto.

Quando se tratar de Direito interno, i.e., quando proponente e aceitante residirem no Brasil, a norma aplicável é a nacional. Contudo, em se tratando de Direito Internacional, obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente, regendo as obrigações a lei do país em que se constituírem, a teor do disposto no art. 9º e § 2º da LICC.

Há uma tendência recente, contraposta ao entendimento aqui esposado, no sentido de se considerar formado o contrato onde tem domicílio o destinatário da oferta. Conforme essa corrente de pensamento, o contrato seria formado no Brasil, se uma proposta é feita no exterior, mas em língua portuguesa, possibilitando a brasileiros a contratação de determinado produto ou serviço⁴².

Em conformidade com o nosso regramento jurídico, os contratos eletrônicos são formados no local onde tem domicílio o proponente. Os locais onde estão seus servidores, ou onde está o provedor de hospedagem, ou o país onde foi registrado o domínio virtual da *homepage* do comerciante, bem como o fato de a proposta dirigir-se às pessoas indeterminadas, independentemente de sua nacionalidade, são, *data venia*, irrelevantes para a definição da lei que regerá as obrigações contratuais.

8.5 MOMENTO DE FORMAÇÃO

No Direito brasileiro, que adotou a teoria da expedição como regra geral, o momento da formação do contrato é aquele em que o oblato emite a respectiva declaração receptícia da vontade, qual seja, a aceitação.

Em se tratando de proposta feita sem prazo a uma pessoa presente, o momento da aceitação deverá ser imediatamente posterior ao da oferta, sob pena de, não sendo imediatamente aceita, deixar de ser obrigatória a proposta.

Parece não haver maior dificuldade para definição do momento da formação dos contratos simultâneos ou *on-line*: é aquele imediatamente posterior ao da oferta. Para os contratos eletrônicos *off-line*, será formado o contrato quando da expedição da aceitação.

E não se diga que, no caso dos contratos interativos, este poderia ser considerado *off-line* pelo simples fato de a oferta estar disponível na internet, para quando o destinatário desejar contratar (desde que a oferta ainda esteja disponível), porque isso desnaturaria tal contrato.

Para Cesar Viterbo⁴³, o Direito brasileiro adotou sistema misto, com a aplicação da teoria da cognição em relação ao proponente, e da teoria da expedição quanto ao aceitante, com prevalência para este último.

Partindo do fato de que, em se tratando de comunicações eletrônicas, a transmissão é uma certeza e a recepção é uma dúvida, a imposição de envio pelo proponente de uma confirmação do recebimento da aceitação, conforme prevê o Projeto de Lei do Comércio Eletrônico, é aplicável a todas as categorias contratuais eletrônicas, não tendo o condão de equiparar todos os contratos eletrônicos a contratos entre ausentes, e visa ao estabelecimento de uma segurança para as partes quanto à eficácia do negócio, não quanto ao momento de formação contratual.

8.6 FORO COMPETENTE

Em se tratando de Direito interno, a regra geral do Código de Processo Civil é de que o foro competente para composição das lides entre as partes é o do domicílio do réu. Poderá ser o foro do domicílio do autor se incerto ou desconhecido o domicílio do réu, quando este não tiver domicílio nem residência no Brasil. Todavia, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. As partes podem, alternativamente, convencionar o foro de eleição, desde que não tenha esta por objetivo o cerceio de defesa pela parte aderente (v. art. 94 e 95 do CPC; art. 423 e 424 do Código Civil novo).

Quando o Direito material versar sobre responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços (relação de consumo), competente também será o juiz do foro do domicílio do consumidor, se este assim preferir, consoante preceito do art. 101, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor. O objetivo é dar cumprimento ao princípio da facilitação de sua defesa em juízo, arrolado no inc. VIII do art. 6º da mesma norma.

Quando, porém, versar a causa sobre um contrato internacional, impõe-se o exame da situação à luz do art. 12 da Lei de Introdução ao

Código Civil, que fixa a competência da autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

Não se pode afastar o imperativo do art. 9º e seu § 2º, da LICC, em relação ao direito material. O material aplicável é aquele ditado pelas leis do lugar em que for formado o contrato, em que residir o proponente, se de forma diversa não dispuserem as partes.

Em contratos comerciais internacionais, as partes costumam eleger um tribunal arbitral para a solução de eventuais contendas, bem como as leis aplicáveis à relação. Nos dias atuais, os grandes negócios são celebrados de forma tradicional, podendo ser parcialmente executados eletronicamente.

Apresenta-se de maneira conflituosa a aplicação do art. 101, I, do CDC, em face do art. 12 da LICC, quando a causa versar sobre defeito de fornecimento no âmbito das relações de consumo. Qual seria o foro competente para processar e julgar uma ação movida pelo consumidor? O do art. 12 da LICC, se o réu for nacional? O do art. 101, I, do CDC se o autor for nacional?

O ordenamento jurídico nacional pode conter aparentes conflitos, mas que são transponíveis. O intérprete da lei há de examinar a situação sob dois pontos de vista: o do tempo da lei e o da especificidade desta. O § 1º do art. 2º da LICC fornece os instrumentos adequados para a transposição do problema.

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. São normas de ordem pública tanto a LICC quanto o CDC. Hierarquicamente estão no mesmo nível. A Lei de Introdução é aplicável, genericamente, a todo o ordenamento jurídico nacional, não apenas ao Código Civil. Já o CDC é norma posterior à LICC (quase 50 anos mais nova), além de ser específica sobre as relações de consumo. O CDC introduziu princípios próprios dessa nova vertente do direito privado, dentre eles aquele da facilitação da defesa em juízo. Por isso, em se tratando de causa que envolva relação internacional de consumo, não se pode afastar o império do CDC, notadamente quanto à competência do foro do domicílio do consumidor.

Supondo que uma empresa brasileira, por uma página inteiramen-

A insegurança que ainda impera na internet, quer em razão do anonimato, quer devido à arquitetura da rede, possibilita simulações e fraudes por aventureiros, sendo um empecilho ao desenvolvimento do comércio eletrônico.

Com o decorrer do tempo, as empresas sérias e confiáveis da nova economia acabarão se tornando conhecidas e passarão a gozar de boa reputação. (...) O mercado fará sua própria seleção natural.

te iterativa na internet, ofereça artigos do artesanato nacional, terá como potencial cliente um alienígena, da Espanha por exemplo, que desejar adquirir uma panela de barro ou um cesto de palha. No caso de defeito no fornecimento, a competente ação poderá ser proposta na Espanha. É o que se depreende das normas retrocitadas. O contrato foi constituído sob a tutela da lei brasileira, que privilegia o foro do domicílio do consumidor. Em outras situações, mais complexas, será necessário confrontar as normas dos ordenamentos jurídicos possivelmente aplicáveis à relação contratual, caso a caso, para se definir o foro competente.

9 RECOMENDAÇÕES E CONCLUSÃO

O advogado é essencial à administração da Justiça⁴⁴, prestando, no seu ministério privado, serviço público⁴⁵. É importante que o advogado tenha consciência de seu papel na sociedade, e que os membros desta procurem um advogado de confiança para assessorá-los quando da elaboração de contratos em geral.

É lamentável que os membros da sociedade considerem de pouco ou de nenhum valor a questão formal do contrato. Carnelutti, com muita propriedade, alerta para o fato de que *até os mais cultos dos homens de negócios, de um modo geral, sentem pouco a importância que pode ter para eles o problema formal do contrato, e, por conseguinte, dão pouca atenção à necessidade de constituir tecnicamente estes instrumentos jurídicos, cujo mecanismo, de resto, não é, para o sucesso de uma empresa, nem menos útil, nem menos delicado que o das máquinas físicas*⁴⁶.

A insegurança que ainda impera na internet, quer em razão do anonimato, quer devido à arquitetura da rede, possibilita simulações e fraudes por aventureiros, sendo um empecilho ao desenvolvimento do comércio eletrônico. Com o decorrer do tempo, as empresas sérias e confiáveis da nova economia acabarão se tornando conhecidas e passarão a gozar de boa reputação. As outras, ao contrário, tornar-se-ão perfumaria etérea. O mercado fará sua própria seleção natural.

A versão em lei do projeto que tramita no Congresso Nacional que dispõe sobre o documento eletrônico, a assinatura digital, a certificação digital e que institui normas para as transações de comércio eletrônico por certo dará uma outra feição a essas relações em nosso País.

As empresas comprometidas com a credibilidade e a evolução do comércio eletrônico tomam a dianteira no que diz respeito à adoção de dispositivos de segurança, de perfeita incorporação dos princípios ditados pelo CDC às suas *homepages*. Afinal, *quem sabe faz a hora, não espera acontecer*⁴⁷. Em outras palavras, o empresário que deseja não apenas ser merecedor de confiança do público, mas também parecer merecedor dessa confiança, incorporará os dispositivos tecnológicos de segurança mais avançados.

Por outro lado, o homem inteligente e culto, empresário ou cidadão, que tem consciência de sua ignorância em relação ao direito, não estabelecerá vínculos contratuais que tutelarão suas relações sem antes, no mínimo, consultar a respeito um advogado.

Nada justifica a corriqueira e açodada atitude do consumidor em simplesmente clicar, manifestando sua vontade em adquirir determinado bem, sem antes ler integralmente o contrato. Esse contratos geralmen-

te dispõem sobre a política de privacidade à qual se submete. Não raras vezes, ao concordar com todas as cláusulas, o consumidor está permitindo ao fornecedor dispor livremente sobre informações de caráter pessoal, dados sensíveis a seu respeito.

O advento da Portaria SDE n. 05, de 28 de agosto de 2002, que ampliou o leque de cláusulas abusivas do Regulamento do CDC, Decreto n. 2.181/97, limitou em parte a possibilidade de negociação, por provedores de internet, de dados referentes ao consumidor. Dita Portaria considera abusiva, nos termos do seu art. 1º, inc. II, a cláusula que impõe ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor. Assim, deverá ser expressa a concordância do consumidor com a venda de cadastro com seus dados para terceiros.

Os fornecedores devem buscar o auxílio de um advogado, para que seus contratos padronizados de adesão estejam em conformidade com o ordenamento jurídico.

Por cautela, e a fim de afastar o risco de possíveis discussões acerca da lei aplicável ao contrato e do foro competente para julgamento das lides dele resultantes, o fornecedor de produtos e serviços na internet deve criar obstáculos que inviabilizem a formação dos contratos por aqueles com quem ele não deseja contratar.

O consumidor deve amparar-se na opinião de um advogado, para não ter, no futuro, de desgastar-se emocionalmente com pendengas judiciais.

Um consumidor incauto geralmente o é sempre, seja pessoalmente, seja à distância. As vítimas do tradicional golpe do vigário são potenciais⁴⁶ vítimas do mesmo, ainda quando este se apresentar na forma eletrônica.

Uma recomendação bastante simples, de profunda repercussão, no âmbito contratual, é a adoção de uma lista de declarações a serem emitidas pelo oblato, no caso de uma relação de consumo por meio de meios eletrônicos. Como que se tome, como rol mínimo, declarações que digam respeito à confirmação da leitura e da concordância do consumidor quanto às disposições contratuais como um todo, bem como especificamente em relação às cláusulas que permitem a veiculação de dados pessoais do

consumidor e das que limitem direitos ou o exercício deles.

A existência de tais declarações deve estar mencionada em cláusula contratual, e integrar o instrumento para todos os fins e efeitos. Com isso, e como imperativo tecnológico, para que o contrato possa ser formalizado, i.e., expedida a resposta, necessário o preenchimento das declarações.

É de valor trazer à baila a sábia conclusão a que chegou Cesar Viterbo, de que o computador não traz novidade acerca da *formação dos contratos e da eficácia probatória de seus instrumentos*, embora introduza uma nova forma de compreensão do tema, de modo a merecer a atenção do direito⁴⁹.

Enfim, os contratos eletrônicos não apresentam nada de novo entre o céu e a Terra, a não ser novos desafios para o jurista, que deve procurar conhecer o fenômeno em si, já que a ele *cabem a tarefa de propor e posicionar os problemas existentes para o direito, antes mesmo de solucioná-los*⁵⁰.

Impõe-se a aprovação do Projeto de Lei do Comércio Eletrônico, pois ele visa ao estabelecimento da contratação eletrônica de forma segura, mas enquanto isso não ocorrer, o ordenamento jurídico pátrio não deixa ao desamparo quem optar pela contratação por intermédio dos meios eletrônicos.

Embora o Código Civil de 2002 suscite inúmeras confusões em outros campos por ele regulados, no âmbito dos contratos eletrônicos ele representa um indubitável avanço.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999. p. 245. Tradução de: Antônio Carlos Ferreira.
- 2 Idem. (p. 245 a 246). Disse o autor que a eletricidade não parecia ser objeto de furto, já que algo que não se toca, não se vê, e nem parece ser coisa. Trouxe a lume duas posturas diante do novo: *Tal a força do hábito que, na Alemanha, para que tais fatos fossem punidos, foi necessário promulgar uma lei especial. Sinal, certamente, da maior utilidade da inteligência latina é que nossos magistrados tenham preferido inverter o silogismo, e, em vez de deduzir do fato de a eletricidade não ser uma coisa que esta não se pode roubar, terem deduzido da verificação de que pode ser roubada a conclusão de que deve ser uma coisa.*
- 3 REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. *As possíveis leis de assinatura digital no Brasil*.

Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/leis.htm>>. Acesso em: 14/set/2002. Uma destas discussões diz respeito à adoção da assinatura digital com criptografia de par de chaves assimétricas. Um estudo sério sobre o assunto conduz à compreensão de que a criptografia com par de chaves assimétricas é conceito, bem explicado pelo Prof. Pedro Rezende da Unb, e não tecnologia, ou seja, criptografia não é tecnologia, nem engessa a tecnologia. A respeito, vale transcrever o seguinte texto de sua lavra: *Condeno, combato e repilo a classificação da criptografia assimétrica como sistema tecnológico, já que é conceito semiótico. Criptografia assimétrica quer dizer literalmente escrita com ocultação não-simétrica. Os três substantivos nesta definição lexical remetem respectivamente à linguagem, à cognição e à geometria, perenidades que independem de qualquer ferramenta ou lei criada pelo homem, antecedendo e sobrevivendo a utilidade de nossos ordenamentos jurídicos e nossos sistemas tecnológicos. Tal conceito tem parentesco com outros que já conhecemos da semiótica, como o de escrita por alfabeto, o de escrita por ideograma, o de escrita numérica posicional – com seus sistemas decimal e binário, e o de escrita numérica não-posicional – cujo sistema mais conhecido hoje é o romano. Igualmente recomendável o debate travado com o Prof. Augusto Tavares Rosa Marcacini, denominado “Assinatura digital em debate com um professor do Direito Processual”*. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/trabs/debatsindex.htm>>.

- 4 Ressalve-se, aqui, normatização da Bovespa/BMF, sobre validade jurídica dos contratos eletrônicos firmados em bolsa.
- 5 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 59-61.
- 6 A vigente Medida Provisória n. 2.200/2001 não trata da contratação eletrônica. Ela instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira, além de fazer breve referência a alguns institutos do Direito da Informática que serão objeto de definição na futura Lei do Comércio Eletrônico.
- 7 Art. 10. *Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.*
§ 1º *As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.*
- 8 Disponível em: <<http://live.emarketer.com>>. Acesso em: mar/2002.
- 9 Disponível em: <<http://www.sap.com>>.
- 10 Disponível em: <<http://www.megasolutions.com.br>>.
- 11 LIMA, Osmar Brina Correia. (sem título). Belo Horizonte: Inédito, 2002 (p. 4). A página eletrônica do Professor Doutor Osmar Brina Correia Lima está disponível em: <<http://www.obcl.com.br/>>, mas não contém citado artigo.

- 12 O Simpósio Internacional de Direito Comercial Eletrônico e Telecomunicações foi realizado entre os dias 14 e 16 de agosto de 2002, em Belo Horizonte-MG, sob a coordenação científica do Professor Carlos Rohrmann, Doutor em Direito.
- 13 O artigo encontra-se publicado no site do IBDI, Instituto Brasileiro da Política e do Direito da Informática. Disponível em: <http://www.ibdi.hpg.ig.com.br/artigos/alexandre_freire/001.html>.
- 14 GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 45-46. Para ele, *requer o contrato, para valer, a conjunção de elementos extrínsecos e intrínsecos. A doutrina moderna distingue-os sob os nomes, respectivamente, de pressupostos e requisitos. Pressupostos são as condições sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato (FERRARA). Agrupam-se em três categorias, conforme digam respeito: 1º aos sujeitos; 2º ao objeto; 3º à situação dos sujeitos em relação ao objeto. Todo contrato pressupõe: a) capacidade das partes; b) idoneidade do objeto; c) legitimação para realizá-lo. Esses pressupostos devem estar presentes no momento em que o contrato se realiza ou alcança vigor (BETTI). São, portanto, extrínsecos, embora se integrem posteriormente na relação contratual. Mas, não bastam. A lei exige outras condições para o contrato cumprir sua função econômico-social típica. São requisitos complementares, considerados elementos intrínsecos indispensáveis à validade de qualquer contrato: a) o consentimento; b) a causa; c) o objeto; d) a forma. Porque pressupostos e requisitos se completam, confundem-se, apesar de serem diversos. Por simplificação, diz-se que são requisitos essenciais à validade do negócio jurídico: a capacidade do agente, a possibilidade do objeto e a forma, esta quando prescrita em lei. Sendo o contrato negócio jurídico bilateral, a vontade dos que o realizam requer exame à parte, por ser particularização que precisa ser acentuada. Assim, o acordo das partes adquire importância especial entre os elementos essenciais dos negócios jurídicos bilaterais. É, de resto, sua força propulsora.*
- 15 Carnelutti, *op. cit.*, p. 444.
- 16 *Idem*, p. 444.
- 17 BARBAGALO, Érica Brandini. *Contratos eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 54.
- 18 LOPES, V. Carrasqueira; ARRANZ, M^a. A. Pozo; CASTRO, E. P. Rodríguez. *La Contratación informática: el nuevo horizonte contractual*. Gradana (Espanha): Comares, 1999. p. 25.
- 19 Para um exame mais aprofundado desse assunto, o *spam*, recomenda-se a leitura de SILVA NETO, Amaro de Moraes. *"E-mails" indesejados à luz do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- 20 Constituição Federal. Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
§ 1º *Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.*
- 21 Lei n. 8.935/94. Art. 1º. *Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.*
- 22 WALD, Arnold. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n. 12* – jul/ago/2001. p. 39.
- 23 O Projeto de Lei n. 1.483/99 define como documento eletrônico a *informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares*. Isso porque os equipamentos eletrônicos e os meios de transmissão tidos como eletrônicos não se apresentam de forma eletrônica pura. Geralmente há **participação** efetiva de componentes ópticos (cabos de fibra óptica, discos e leitoras ópticas), opto-eletrônicos (conversores, a exemplo do equipamento de linha óptica, que converte os sinais elétricos que trafegam nos circuitos eletrônicos dos equipamentos em sinais ópticos aptos a trafegarem pelas transparentes fibras ópticas de silício ou germânio que integram os cabos ópticos). Com a transmissão no espaço livre (rádio e TV comerciais **abertas**, ou seja, **não-assinadas**; transmissão por satélite) os sinais elétricos são modulados e trasladados para uma frequência de transmissão compatível com a do equipamento de recepção. As antenas transmissoras são conversores eletromagnéticos que transformam os sinais elétricos em ondas eletromagnéticas que viajam pelo espaço e são atenuados com o aumento da distância do local de recepção. As antenas de recepção fazem o processo inverso, captando sinais eletromagnéticos e convertendo-os em sinais elétricos.
- 24 LOPES, ARRANZ e CASTRO, *op. cit.*, p. 109.
- 25 LÉVY, Pierre. *O que é o virtual*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996.
- 26 MICHAELIS: *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. p. 2.208.
- 27 Faço-o com todas as permissões dos autores que tratam de "contratos virtuais". Como referência, para eventual estudo acerca das justificativas que amparam as denominações "direito virtual" e "contrato virtual", indico o sítio do culto e inteligente Professor Doutor Carlos Rohrmann, coordenador científico do Simpósio Internacional de Direito Comercial Eletrônico e Telecomunicações, realizado entre os dias 14 e 16 de agosto de 2002, em Belo Horizonte, Minas Gerais, autor de diversos artigos sobre o tema. Disponível em: <<http://home.earthlink.net/~lcgems/index.htm>>.
- 28 Faço tal afirmação sem qualquer preconceito ou tom pejorativo às profissionais do sexo, mas por imperativo de esclarecer tratar-se de alguém que satisfaça necessidades momentâneas do interessado. O respeito à própria condição humana de luta pela sobrevivência, da necessidade de integração ao mercado de trabalho, para garantir a subsistência, levou-me a escrever essa frase que geralmente se diz mas não se escreve.
- 29 Justiça se faça, surgiu-me a idéia de adotar esta classificação quando presenciava um debate entre os advogados Sérgio Ricardo Marques Gonçalves e Mauro Leonardo Cunha, na Conferência *Direito da Informática*, realizada em São Paulo, em agosto de 2000, quando este último disse não haver contrato eletrônico puro. Daí, pensei que poderia haver um escalonamento, uma gradação quanto à pureza eletrônica do contrato.
- 30 A internet, exemplo mais corriqueiro da situação enfocada, embora não seja o único, não é nem pode ser considerada ambiente físico, mas um megacanal de comunicação. *Mundo digital desmaterializado* significa uma quebra de paradigma, em termos de canal de comunicação, do que se apresenta hoje em dia em relação ao que existia antes do emprego das novas tecnologias nas relações entre as pessoas.
- 31 A palavra "virtual" não está sendo empregada aqui em seu sentido técnico, porque já foi antes explicitada a inadequação do termo "virtual" no âmbito do Direito. Aqui ela é utilizada em seu sentido vulgar, de algo inerente ao mundo da informática, intangível.
- 32 Para fazer justiça, incluí duas últimas categorias por sugestão do Dr. Pedro Marcos Cardoso Ferreira, culto advogado baiano, pós-graduado em Direito Público.
- 33 São exemplos de órgão que fornecem certidões a Secretaria da Receita Federal. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>> e o Ministério da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br>>.
- 34 O sítio de compras do Governo Federal está disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>>.
- 35 O sítio do Estado da Bahia, citado aqui como um exemplo, dentre outros sítios estaduais, está disponível em: <<http://www.comprasnet.ba.gov.br>>.
- 36 ROSSI, Mariza Delapieve *apud* BARBAGALO, *op. cit.*, p. 51. Na nota n. 91 de rodapé, a autora faz referência ao artigo "Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão", publicado nos Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, promovido pela Associação Brasileira de Propriedade Intelectual.
- 37 BARBAGALO, *op. cit.*, p. 48 e 50. A autora referiu-se a Cesar Viterbo de Matos Santolim, Manoel Joaquim Pereira dos Santos e João Vicente Lavieri.
- 38 Sala de bate-papo na internet, também conhecido como "bate-papo virtual".
- 39 São cláusulas abusivas, na dicção do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, entre outras, as relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos, subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, transfiram responsabilidades a terceiros e as que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. A relação do art. 51 do CDC é meramente exemplificativa. Seu regulamento, o Decreto n. 2.181/97, traz uma relação extensa de cláusulas abusivas, constantemente ampliada por Portarias da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.
- 40 AMARAL JR., Alberto do. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Juarez

de Oliveira (Coordenador). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 204 – 205. Segundo o autor, que é um dos co-autores do anteprojeto do CDC: *Nos contratos de massa, as cláusulas contratuais são prede-terminadas, unilateralmente, mediante a elaboração de esquemas uniformes, que deverão se repetir em todos os contratos celebrados pelo predisponente. Os contratos de massa suprimem todas as negociações prévias, cabendo ao aderente aceitar ou recusar em bloco o regulamento uniforme que lhe é apresentado. O traço essencial que os singulariza não é tanto a diferença econômica entre as partes, mas o poder de estabelecer unilateralmente as cláusulas que deverão integrar o instrumento contratual.*

Enquanto os contratos individuais são precedidos pela ampla discussão das cláusulas que compõem o seu conteúdo, os contratos de massa são contratos por adesão para os clientes ou consumidores que, em regra, não discutem as suas cláusulas, como sucederia nos contratos isolados.

- 41 JUNQUEIRA, Miriam. *Contratos eletrônicos*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. p. 68. A autora explica que o EDI é um padrão internacional para intercâmbio eletrônico de dados. Apresenta-se como origem da padronização os seguintes acontecimentos: a) por volta de 1985, surgiram dois padrões que tiveram larga aceitação: ANSI ASC X12 (American National Standards Institute Accredited Standards Committee – Instituto Nacional Americano de Padrões – Comitê Credenciado de Padrões), na América do Norte, GTDI (Guidelines for Trade Data Interchange – Orientações para Intercâmbio de Dados Comerciais), na Europa. Embora atendessem necessidades domésticas, a existência desses dois padrões, significantes mas diferentes, criou dificuldades para o comércio internacional; b) em 1986, a UN/ECE aprovou o 'UN/EDIFACT', que significa Intercâmbio Eletrônico de Dados para Administração, Comércio e Transporte. O conceito é simples: um único padrão internacional para o EDI, suficientemente flexível para atender às necessidades do governo e da indústria privada.
- 42 BARBAGALO, *op. cit.*, p. 72.
- 43 SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e eficácia dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 15-17.
- 44 Estabelece o art. 133 da Carta Magna que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.
- 45 O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 8.906/94, dispõe, no § 1º do art. 2º: *No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.*
- 46 CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 168.
- 47 VANDRÉ, Geraldo. Excerto do refrão da música "Para não dizer que não falei de flores", composta na época da ditadura militar no Brasil.
- 48 Pode-se dizer que essas são virtuais vítimas do golpe do vigário, podendo tornar-se reais vítimas, se o golpe for levado a termo.

49 SANTOLIM, *op. cit.*, p. 41.

50 Idem, p. 41.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

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

ABSTRACT

The author discourses, in light of the Civil Code, on the introduction and proliferation of the electronic means on the current days, which makes possible the business fulfilment and the free circulation of the financial flows through the stock exchanges, acquisition of products and services, transfers of values, everything is done in a fast way and without any contact with the paper money.

He defines the term "electronic contract" and promotes its classification in relation to the electronic level, to the nature of the tutored relation, to the man/machine interaction level, to the proposal/acceptance simultaneity and to the subform.

He emphasizes the importance of having a good advice, in order to value the formal question of the contract, as well as to guarantee the business success.

Finally, he states that the insecurity still reigns within the internet, however, the natural selection occurred by the electronic commerce market will allow the survival of the serious and reliable enterprises and, therefore, will promote the others' extinction.

KEYWORDS – Electronic contract; internet; Civil Code; electronic commerce; e-mail.

Eurípedes Brito Cunha Júnior é Advogado e Professor de Direito de Informática da Universidade Católica de Salvador.