

**MARCELO MONTEIRO**

**CONTRATOS ELETRÔNICOS**

**CURITIBA**

**2006**

**MARCELO MONTEIRO**

**CONTRATOS ELETRÔNICOS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciência Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo R. R. Nalin**

**CURITIBA**

**2006**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO MONTEIRO

### CONTRATOS ELETRÔNICOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin  
Departamento de Direito Civil, UFPR

\_\_\_\_\_  
Prof. MSc. Rodrigo Xavier  
Departamento de Direito Civil, UFPR

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. MSc. Patrícia Buendgens Schneider  
Departamento de Direito Civil, PUC-PR

Curitiba, 25 de outubro de 2006.

Ao meu pai, José, pelo exemplo de vida,  
marcada pelo trabalho, honestidade e  
dedicação à família.

Agradeço a Deus pelo glorioso dom da vida;  
À minha mãe, Amélia, pelo incentivo em todos  
os momentos;  
À Wanderlea pelo carinho e compreensão.

O homem é a medida de todas as coisas.

Protágoras

## SUMÁRIO

<b>LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS</b> .....	vi
<b>RESUMO</b> .....	vii
<b>1 - INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 - O CONTRATO ELETRÔNICO</b> .....	6
2.1 - CONCEITO .....	6
2.2 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS .....	9
2.2.1 - Boa-fé objetiva .....	10
2.2.2 - Autonomia Privada .....	14
2.2.3 - Função Social do Contrato .....	16
2.2.4 - Equilíbrio das prestações contratuais .....	18
2.3 - A ASSINATURA DIGITAL .....	21
2.4 - FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO .....	24
2.5.1 - Momento da Formação .....	26
2.5.2 - A Proposta .....	27
2.5.3 - Oferta ao Público .....	28
2.5.4 - A Aceitação .....	30
2.5.5 - Lugar da Formação do Contrato Eletrônico .....	31
2.6 - REQUISITOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS .....	33
2.6.1 - Capacidade civil .....	33
2.6.2 - Objeto lícito .....	35
2.6.3 - Forma .....	36
2.7 - CONSENTIMENTO ELETRÔNICO .....	38
2.8 - A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE COMÉRCIO ELETRÔNICO .....	40
2.9 - CONTRATOS ELETRÔNICOS POR ADESÃO .....	44
2.10 - ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO .....	48
2.11 - TENDÊNCIA À UNIFORMIZAÇÃO INTERNACIONAL DA LEGISLAÇÃO ...	51
<b>3 - CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>4 - REFERÊNCIAS</b> .....	67

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	—	Artigo
B2B	—	Business to business
BGB	—	Bürgerliches Gesetzbuch
CCB	—	Código Civil Brasileiro
CD	—	Compact Disk
CDC	—	Código de Defesa do Consumidor
CF	—	Constituição Federal
CPF	—	Cadastro de Pessoa Física
Dec.	—	Decreto
DL	—	Decreto-Lei
EDE	—	Eletronic Data Interchange
FIESP	—	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
ICMS	—	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
ICP-Brasil	—	Infra-estrutura de chaves públicas brasileiras
inc	—	Inciso
LC	—	Lei Complementar
LICC	—	Lei de Introdução ao Código Civil
MP	—	Medida Provisória
OAB-SP	—	Ordem dos Advogados do Brasil-Seccional São Paulo
OECD	—	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PLC	—	Projeto de Lei da Câmara Federal
PLS	—	Projeto de Lei do Senado Federal
STF	—	Supremo Tribunal Federal
UNCITRAL	—	United Nations Commission in International Trade Law
UNIDROIT	—	Institut Internacional Pour L'Unification du Droit Prive

## RESUMO

O início do século XXI é o marco da generalização da economia baseada no comércio eletrônico. Conquanto o mundo é conduzido pela economia, essa substancial mudança na forma de negociar traz reflexos imediatos para o Direito. Contudo, essa nova realidade ainda encontra certa resistência entre os juristas que hesitam em abordar incisivamente a questão por estarem presos aos institutos do Direito Clássico ou porque não compreenderam ainda a exata dimensão que a Era Digital representa para a sociedade. No presente trabalho buscamos abordar os contratos eletrônicos como uma nova forma de contratar da qual se pode fazer uso como suporte para todas as modalidades contratuais que não exijam forma especial. Buscamos identificar os princípios do Direito Contratual mais umbilicalmente ligados aos contratos eletrônicos buscando demonstrar sua validade jurídica. Como nova forma de contratação existem algumas peculiaridades que o diferencia das demais formas tradicionais, dentre essas particularidades se encontra a Assinatura Digital, elemento essencial para a eficácia probante do documento digital. A formação dos contratos eletrônicos é outro aspecto que gera polêmica na doutrina, sendo importante definir quando se pode considerar que um e-contrato foi celebrado entre ausentes ou quando foi celebrado entre presentes; quando a proposta é aceita ou quando é vinculante; ou, ainda, qual o lugar de formação do contrato eletrônico. Procuramos, também, fazer um apanhado geral sobre a legislação brasileira existente sobre o tema. Tratamos de alguns aspectos atinentes aos contratos eletrônicos por adesão e à questão tributária envolvendo o *e-commerce*. Por fim, defendemos a necessidade de uma padronização internacional da legislação sobre o comércio eletrônico e seus contratos visando garantir a segurança jurídica para os negociantes independentemente de onde se situarem.

- **Palavras-chave:** Contratos Eletrônicos. Direito e Tecnologia da Informação. Direito e Internet.

## 1 - INTRODUÇÃO

O início do século XXI é o marco da generalização da economia baseada no comércio eletrônico. Conquanto o mundo seja levado a reboque da economia, essa substancial mudança na forma de negociar também trouxe conseqüências para toda a sociedade refletindo-se, logicamente, no Direito.

Superados os receios do apocalíptico “*bug* do milênio”, que se verificou inexistente, as grandes empresas se renderam às possibilidades e facilidades do meio virtual para levar seus produtos cada vez mais longe, desconhecendo fronteiras e superando barreiras geográficas, históricas e culturais.

Avançamos em um novo tempo que nos acostumamos a chamar de “Era Digital” onde o mundo da informática, aliado a poderosos meios de comunicação de dados, fascina e seduz personagens de todas as áreas do conhecimento humano contribuindo decisivamente para o processo de globalização da sociedade. Assim, a internet e a transmissão eletrônica de mensagens e dados tornaram-se os maiores e mais eficazes veículos de comunicação da atualidade, integrando povos, fomentando o comércio mundial e a ampla difusão do conhecimento humano.

Para nossa geração essa revolução da informação possui uma magnitude tão grande quanto aquela representada pela ferrovia à época da revolução industrial; entretanto, o cenário jurídico não estava preparado para enfrentar esse imenso impacto nas relações sociais e que envolve interesses privados e interesses dos Estados.

A evolução das telecomunicações tem possibilitado que cada vez mais pessoas tenham acesso aos meios de comunicação de dados. A internet já não é mais novidade para as classes alta e média da sociedade, de modo que essas pessoas já se acostumaram a usar cotidianamente seu computador para acessar suas mensagens eletrônicas, verificar o extrato de suas contas bancárias, efetuar transferências e pagamentos através do “*home banking*”, pesquisar e contratar produtos e serviços, ler jornais e revistas, enfim, uma infinidade de possibilidades estão disponíveis na *WEB* e para acessá-las basta um computador e um meio de comunicação.

À medida que novas tecnologias vão surgindo, mais fácil e barato tem se tornado o acesso a esse mundo virtual, disseminando cada vez mais o uso da

internet. Junto com o aprimoramento da tecnologia vem a sofisticação do sistema de segurança eletrônico, evitando fraudes e furtos de dados. Essa melhoria na segurança tem despertado o interesse das empresas e dos cidadãos comuns que passam a confiar cada vez mais nessa nova forma ágil e rápida de realizar negócios.

Sempre atentos às novas possibilidades de desenvolver seus negócios, os empresários têm investido maciçamente em *sites* para vendas de bens e serviços. Assim, inúmeras novas empresas surgiram fincando suas bandeiras na economia virtual, mantendo suas bases no mundo real. Até mesmo as tradicionais empresas têm se rendido aos encantos do comércio eletrônico criando suas “lojas virtuais”. Na Europa e no Estados Unidos da América já é muito comum grandes empresas realizarem seus negócios utilizando-se dos contratos eletrônicos; no Brasil, os contratos eletrônicos de consumo já se tornaram rotina em face da extrema facilidade que representa.

Em muitas grandes cidades já não mais é necessário sair de casa para fazer as compras de supermercado, na maioria dos países ocidentais as grandes redes internacionais estenderam seus tentáculos para vender à distância produtos que só existem no mundo virtual e que, muitas vezes, não foram sequer produzidos ainda. Imaginemos o quanto isso tem reduzido os custos de produção com a possibilidade de adoção plena de sistemas como o “*just-in-time*”<sup>1</sup> pelo qual não existem estoques, ou o estoque é mínimo, reduzindo os gastos com a logística da armazenagem e os prejuízos com os produtos “encalhados”.

Hoje, podemos afirmar que a informática é uma realidade imprescindível ao modo de vida do homem moderno que necessita de respostas rápidas aos seus anseios culturais e comerciais. Essa nova Era Digital influencia diretamente nossas vidas, alterando o modo como nos relacionamos com as pessoas, nossos hábitos e nossas necessidades.

Para nossa geração essa revolução da informação possui uma magnitude tão grande quanto aquela representada pela ferrovia à época da revolução industrial; entretanto, o cenário jurídico não estava preparado para enfrentar esse imenso impacto nas relações sociais e que envolve interesses privados e interesses dos Estados.

É o novo tempo, em que se deve repensar vários conceitos jurídicos aos quais estamos agarrados desde o Direito clássico romano. Porém, a velocidade

---

<sup>1</sup> Sistema de produção baseado em estoque mínimo, normalmente suficiente para apenas um dia.

dessas mudanças, aliada à falta de abertura intelectual para a interdisciplinaridade, tem gerado grande resistência no meio jurídico, que insiste em desconhecer das novas necessidades de tutela jurídica.

Desse modo, torna-se fundamental a ampla discussão do tema face à sua contemporaneidade e à importância, direta e indireta, que tem no dia-a-dia do homem moderno e nas suas relações jurídicas. É necessário “desmistificar” a internet, desfazer preconceitos, abrir a mente do jurista para esse novo horizonte que desponta e que necessita de um arcabouço jurídico que lhe sirva de substrato.

Com a tecnologia da informação, os atos negociais assumiram novas características que exigem uma revisão de conceitos em torno das declarações de vontades, identificação dos contratantes, requisitos de forma, local e momento de formação do contrato etc. Com a comunicação instantânea não há mais a necessidade da presença física do interlocutor, ou negociante, gerando novas regras de mercado que aos poucos vão se adaptando a uma realidade diferente em que também os bens se tornaram virtuais.

Diante desse cenário, pairam inúmeras incertezas acerca de como o Direito pode tutelar as relações jurídicas estabelecidas com o auxílio das extraordinárias ferramentas de comunicações colocadas à disposição dos cidadãos na atualidade. Cotidianamente ouvimos as pessoas nos perguntar sobre “seus direitos” enquanto consumidor de produtos adquiridos via internet, ou sobre a validade dos contratos celebrados via WEB; se os documentos eletrônicos possuem valor probante em juízo; se esses documentos são válidos como demonstração de vontade negocial; questionam se é seguro efetuar transações comerciais ou financeiras utilizando meio eletrônico; enfim, há uma série de questionamentos que merecem uma adequada resposta jurídica.

Entretanto, verifica-se que o sistema jurídico não acompanhou a evolução tecnológica parecendo desconhecer a irretroagibilidade desse fenômeno mundial.

Porém, com a globalização da economia, acirrando a competitividade mundial, há um impulso natural com investimentos em tecnologia da informação por parte das grandes indústrias. Com isso, as normas do direito positivo obrigatoriamente terão que se adequar para acompanhar o desenvolvimento da sociedade moderna, regulando as novas transações comerciais em ambiente virtual.

No presente trabalho procuramos dirigir nossas atenções para o tema dos contratos eletrônicos e as inovações que resultaram na revisão de conceitos já solidificados e que imaginávamos imutáveis, tal como ocorre com a assinatura que adquiriu uma nova roupagem em ambiente digital.

Embora estejamos em plena revolução da informação, o Direito e a maioria dos juristas ainda estão presos a institutos criados pelo Direito Romano que não conseguem dar a adequada resposta jurídica à realidade que se apresenta, terão, portanto, que ser adaptados, contextualizados, ou até mesmo reformulados. No que tange aos contratos eletrônicos, a tutela dos direitos tem se desenvolvido ainda de forma caótica com base na parca legislação específica existente, no Código de Defesa do Consumidor e na aplicação do Código Civil ao caso concreto, em especial com o auxílio da modalidade de contrato entre ausentes, faltando, ainda, no ordenamento jurídico nacional uma legislação ampla específica acerca do tema, embora existam alguns projetos de lei acerca do tema em tramitação no Congresso Nacional.

É essencial que se discuta a aplicação do Direito posto aos contratos eletrônicos e que se identifiquem as suas peculiaridades e lacunas; é necessário que surjam novas idéias que consigam dar as respostas jurídicas que a sociedade globalizada da era da informação almeja.

Nesse trabalho, tem a finalidade de analisar os contratos eletrônicos realizados via Internet, à luz do ordenamento jurídico nacional e estrangeiro e de seus institutos. São analisadas as inovações trazidas por essa nova forma de contratação e as conseqüências que elas trazem para o Direito em seus diversos ramos (Civil, Comercial, Tributário, Direito Internacional Privado etc).

Procuramos fazer um paralelo entre as regras e princípios aplicáveis aos meios de contratação tradicionais e sua utilização analógica aos institutos surgidos pela inovação tecnológica. Tentamos apontar as suficiências e lacunas do Direito nacional para tutelar essa nova forma contratual.

Destacamos alguns aspectos que julgamos relevantes para as contratações eletrônicas, dentre eles abordamos a questão tributária envolvendo softwares, vídeos, músicas e livros eletrônicos que são adquiridos através de *download*. Também abordamos, em tópico apartado, o tema relativo aos contratos eletrônicos por adesão, haja vista ser esta uma das mais recorrentes utilizações dos contratos eletrônicos no Brasil.

Ao fim concluímos sobre a tutela jurídica que o Direito Internacional dispensa a essa nova forma de acordo de vontades, defendendo a necessária homogeneização das legislações nacionais visando garantir a segurança jurídica aos contratantes que optam por efetuar suas transações comerciais sob a forma eletrônica.

## 2 - O CONTRATO ELETRÔNICO

### 2.1 - CONCEITO

Para tratar dessa nova forma de contratação, surgida mercê da tecnologia, é necessário que compreendamos o que é um contrato eletrônico para então o situarmos no âmbito do Direito Civil. Sem dúvida podemos, desde logo, afirmar que é essencialmente um contrato como qualquer outro, porém que apresenta suas peculiaridades.

Primeiramente poderíamos perguntar: afinal, o que é “contrato”? Na gênese, o gênero contrato advém de *contratus* do direito romano e designa a relação que se forma em virtude de um acordo de vontades, sendo que o acordo em si, naquele sistema jurídico, era definido por meio das expressões *conventio*, *conventum*, *pactum*.

Pertinentemente, Silvio Rodrigues<sup>2</sup> cita em sua obra o jurista clássico Messineo informando que este considerava o contrato como “*o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes*”.

Já ALMEIDA<sup>3</sup> define contrato como o acordo de duas ou mais vontades qualificadas de modo a gerarem efeitos jurídicos, ressaltando que a eficácia da manifestação volitiva é estabelecida pela lei, onde ela aparece como fonte mediata do contrato, enquanto a vontade surge como fonte imediata.

O contrato eletrônico nada mais é que uma espécie do gênero contrato e como tal seu conceito não pode fugir da definição dos contratos em geral apresentada pela doutrina.

Portanto, na essência, os “*e-contratos*” também são acordos de vontades dos quais decorrem obrigações.

Contudo, na doutrina não se encontra ainda uma definição consistente e adequada que particularize o contrato eletrônico, normalmente é definido em função do meio ou a técnica de que se utiliza e do tipo de operação que oportuniza.

---

<sup>2</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, v.3 , p. 10.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Aspectos Relevantes dos Contratos Eletrônicos. In: *Novas fronteiras do direito na era digital*. Coord. Ivette Senise Ferreira e Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90.

Alguns autores o vêem como um “conjunto de trocas digitalizadas ligadas às atividades comerciais entre empresas, umas com as outras, ou entre as mesmas e particulares ou a Administração Pública”<sup>4</sup>.

Mas, como salienta Alain Bensoussan, citado por Arnold Wald<sup>5</sup>, “na realidade, abrange tanto a troca de informações e transações comerciais referentes a produtos, equipamentos ou bens de consumo e serviços, no sentido mais amplo, englobando os financeiros, os simplesmente informativos, os culturais, os jurídicos, etc”.

Um tanto simplista é a definição oferecida por Erica Aoki<sup>6</sup> a qual diz que “contrato cibernético nada mais é do que aquele contrato firmado no espaço cibernético, e não difere de qualquer outro contrato. Ele apenas é firmado em um meio que não foi previsto quando a legislação contratual tradicional se desenvolveu”.

Também é por demais reducionista o ponto de vista de Manoel J. Pereira do Santos<sup>7</sup> para quem “são chamados contratos eletrônicos os negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual”.

Maria Eugênia Finkelstein<sup>8</sup> sucintamente diz que “contrato eletrônico é caracterizado por empregar meio eletrônico para sua celebração”; entendendo que todas as outras características são as mesmas aplicáveis aos contratos convencionais.

Já Semy Glanz<sup>9</sup> diz que “contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha”.

Ou seja, facilmente se constata que, tradicionalmente, a distinção do contrato eletrônico tem sido feita essencialmente em função do meio que instrumentaliza a manifestação de vontade no contrato<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> WALD, Arnaldo. Os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. Coord. Marco Aurélio Greco, Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 2001, p. 17

<sup>5</sup> Id.

<sup>6</sup> AOKI, Erica. Comércio Eletrônico – modalidades contratuais. In: *Anais do 10º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações*, dez. 1996, p. 4.

<sup>7</sup> BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos Eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas na formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 37.

<sup>8</sup> FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Aspectos Jurídicos do Comércio eletrônico*. Porto Alegre: Editora Síntese, 2004, p.187.

<sup>9</sup> GLANZ, Semy. Consumidor e Contrato eletrônico. In: *Revista Forense Vol. 367*. Rio de Janeiro: Forense, p. 114-115.

<sup>10</sup> BARBAGALO, op. cit., p. 37

Contudo, entendemos que uma estrutura contratual tão complexa quanto a dos *e-contratos* não se reduz a conceitos tão simplistas. É bem verdade que há ainda uma grande dificuldade em estabelecer um conceito definitivo, pois não há em lugar algum uma definição legal ou jurisprudencial deste tipo de contrato.

O professor Olivier Iteanu<sup>11</sup> procurou dar sua contribuição conferindo maior completude ao conceito integrando as três características fundamentais do comércio eletrônico:

- a) A oferta é realizada através de uma rede de telecomunicações (nacional ou internacional);
- b) A oferta se expressa por meio audiovisual;
- c) Existe uma interatividade entre as partes contratantes.

Assim, o ilustre jurista arrisca o seu conceito: “o contrato eletrônico pode definir-se como o encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede internacional de telecomunicações e de uma aceitação susceptível de manifestar-se por meio da interatividade”.

Apesar de ser um conceito mais amplo, entendemos que ainda faltam alguns elementos. Embora a maioria dos doutrinadores diferencia o contrato eletrônico dos contratos convencionais apenas pelo meio usado; entendemos que ele é mais do que isso, é uma nova forma de contratar, não prevista no ordenamento jurídico tradicional de nenhum país.

*Na verdade, é um contrato não impresso celebrado entre sujeitos situados em locais diversos e que manifestam suas vontades negociais utilizando recursos de comunicação eletrônicos, onde se presumem verdadeiras as declarações dos contratantes baseado na boa-fé contratual e cuja prova do acordo é feita através de meios de confirmação eletrônicos.*

Nos aspectos relativos à capacidade, objeto, causa e efeitos o contrato eletrônico é idêntico aos demais contratos tradicionais.

O conteúdo volitivo dos contratantes não se altera com o uso da tecnologia de contratação não presencial. Entretanto, há que se atentar que por ser um contrato celebrado à distância, nem sempre a declaração emitida coincide com a intenção das partes. Pode haver, v.g., uma expectativa por parte de quem adquire um

---

<sup>11</sup> ITEANU, Olivier. *Internet et le Droit*. Paris: Eyrolles, 1996. p. 23-27

determinado bem que não será satisfeita quando efetivamente receber o produto, seja porque ele não atende às suas necessidades (falsa expectativa), seja porque não corresponde às qualidades atribuídas pelo vendedor. Aqui, o princípio da boa-fé se torna um instrumento essencial para o equilíbrio contratual.

É oportuno ressaltar que no contrato eletrônico a boa-fé é erigida a uma posição central, as partes contratantes devem pautar seus comportamentos no sentido da efetiva realização do que foi pactuado conforme determinado pelo Direito; também a mútua colaboração para o perfeito cumprimento das obrigações é, mais do que nunca, fundamental para o sucesso na realização daquilo que foi acordado com o uso da forma eletrônica.

Entretanto, obviamente, não estamos em uma sociedade utópica, em que todas as pessoas são corretas e agem conforme seu compromisso; portanto, é necessário haver meios de garantir a segurança jurídica do contrato eletrônico. Assim, surgiram as assinaturas digitais e as assinaturas eletrônicas, que são instrumentos para certificar a efetiva autoria do conteúdo contratual. A assinatura digital representa muito mais que uma simples “assinatura” ela é o equivalente à “impressão digital” do contratante no documento eletrônico. Pela importância que tem para o comércio eletrônico, esse tema será abordado em tópico específico desta monografia.

## **2.2 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS**

Como já dissemos, o contrato eletrônico é uma nova forma de contrato, que pode albergar várias modalidades de relações jurídicas negociais. Não pode ser entendido como uma modalidade contratual autônoma porque lhe falta um objeto próprio, na verdade empresta nova forma para boa parte dos contratos tradicionalmente existentes.

Porém, por ser relativamente novo, os contratos eletrônicos ainda não possuem o completo e necessário regramento jurídico. Todavia, por se tratar de um contrato, os seus princípios gerais serão os mesmos princípios que regem os contratos em geral, com uma ênfase maior em alguns princípios que lhes são mais próximos tendo em vista a forma diferenciada da qual se reveste.

À luz da doutrina civilista contemporânea e com base na revolucionária legislação consumerista (que se diga, permeia todo o Direito Civil e não apenas se presta exclusivamente às relações de consumo) podemos extrair os princípios que assumem posição de destaque nos contratos eletrônicos, quais sejam: autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e o equilíbrio das prestações contratuais. Frisamos novamente que esses princípios são apenas os mais ligados à contratação eletrônica, não diminuindo a importância dos outros princípios que regem as relações jurídicas obrigacionais, os quais são plenamente aplicáveis.

### **2.2.1- Boa-fé objetiva**

O princípio central nos contratos eletrônicos e, por que não dizer de todo o direito obrigacional contemporâneo, é o da boa-fé.

O sistema jurídico contemporâneo é permeado por esse princípio, de modo que não mais há como estudar o Direito sem fazer referência à boa-fé. É, hoje, o princípio mais intenso e profundo no âmbito civilista possuindo o alcance que nenhum outro comporta.

Contudo, o princípio da boa-fé não é uma inovação dentro do nosso ordenamento jurídico, o que há de novo o entendimento doutrinário tratou de fazer a divisão em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

No Código Civil de 1916, predominava a boa-fé subjetiva, que é vista como uma boa-fé interior ao sujeito, que faz parte de seu juízo, de sua crença. Em face de dada situação jurídica, o sujeito acredita que seus atos são lícitos e que não está violando direito alheio. Na boa-fé subjetiva há uma crença pessoal, fé, na própria conduta. O revogado Código tratava a boa-fé como algo isolado, de modo que se tornaram corriqueiras e populares as expressões tais quais: “estar de boa-fé”, “possuir alguma coisa de boa-fé” etc.

Por sua vez, a boa-fé objetiva só começou a ter uma leitura mais adequada a partir do início do século XX com o BGB quando os juristas alemães conseguiram trazer à tona para discussão o trabalho dos pandectistas do Direito Romano. Entretanto, ainda assim perdurou a supremacia da boa-fé subjetiva; haja vista

que todos os Códigos daquela época (francês, italiano, português e, também, o brasileiro de 1916) tinham tendência individualista e subjetivista.

O artigo 85 do Código Civil de 1916 exemplifica bem essa subjetividade nas relações jurídicas<sup>12</sup>. A reminiscência subjetivista é tão emblemática que a regra exemplificada continua presente no art 112 do Novo Código Civil Brasileiro.

Diferentemente da boa-fé subjetiva, a boa-fé objetiva não é crença, é comportamento. Exige-se do “obrigado” um comportamento conforme a boa-fé (função objetiva, porque exterior ao sujeito), o que é diverso do sujeito que age de boa-fé (função subjetiva). Paulo Nalin<sup>13</sup>, ao tratar da diferenciação entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva assim se expressa: “percebe-se que além do elemento interno (subjetivo) do contratante de julgar estar agindo conforme procedimentos condizentes com a boa-fé (padrões razoáveis de conduta), espera-se dele um *plus* exterior. Para a boa fé subjetiva, somente o elemento interno é suficiente.”

O Código Civil atual coloca a boa-fé objetiva em posição de destaque nas relações contratuais ao aduzir que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (Código Civil Brasileiro, art. 422). Exige-se aqui uma conduta em conformidade com a norma positivada e com a norma não positivada.

A norma não positivada advém do grupo social para a solução de uma situação específica, há uma ideal desejável da conduta alheia. A sociedade exige comportamentos éticos dos seus cidadãos, e essa ética é que será fundamental para a adequada leitura da boa-fé objetiva, levando em consideração uma pluralidade de elementos da comunidade (culturais, antropológicos, religiosos, sociológicos etc) para definir o *standard* social de comportamento ético. É um conceito leigo de justiça que se torna “senso comum” dentro dessa dada comunidade.

Para STARK<sup>14</sup>, citado por NALIN [NALIN, op. cit., p. 197], o esperado padrão de conduta do exeqüente da prestação contratual passa pelas variantes da lealdade e cooperação. O compromisso de lealdade contratual pode ser resumido na obrigação de informação, que vai além da eficácia pós-contratual, ou seja, para além

---

<sup>12</sup> Código Civil Brasileiro de 1916. Art. 85. “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção que ao sentido literal da linguagem”.

<sup>13</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Coord. Luiz Edson Fachin. 2ª tiragem. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p.197

<sup>14</sup> STARK, Boris. ROLAND, Henri. BOYER, Laurent. *Obligations: contrat*. 5ª ed. Paris: LITEC, 1995, p.494.

da execução final; e, o dever de cooperação se reporta à obrigação de se facilitar o cumprimento obrigacional, conforme a boa-fé, exigindo de ambos os contratantes uma postura de solidariedade<sup>15</sup>.

A boa-fé objetiva nos contratos, de que trata o Código Civil de 2002, determina que as partes contratantes devem seguir esse padrão ético de conduta, independentemente daquilo que está expresso no instrumento contratual.

Nesse ponto é importante ressaltar que, hoje, o instrumento do contrato é diferente do contrato em si; pois, a boa-fé objetiva extrapolou os limites do instrumento e impõe deveres aos contratantes que não estão anotados no instrumento englobando momentos da *pré* e *pós* contratualidade.

A boa-fé estabelece obrigações e deveres além daqueles que estão no plano do instrumento contratual, supõe deveres laterais e correlatos que estabelecem um padrão de conduta, que gera uma expectativa ética, socialmente eleita, de que as partes se comportem de acordo com o padrão social.

Esses deveres, que poderíamos expressar pelas variantes lealdade e cooperação, são de importância fundamental para os contratos eletrônicos, como v.g.: dever de informação; diminuição de ônus desnecessários; cooperação para atingir o objetivo social do contrato, solidariedade, não abuso de direito etc.

É a própria boa-fé objetiva que permitiu o nascimento dos contratos eletrônicos, pois na ausência de normas positivadas acerca do Comércio Eletrônico, as pessoas passaram a contratar eletronicamente com base no comportamento esperados das partes em razão dos valores sociais dominantes. Pertinente é a observação de Nalin<sup>16</sup>: "*a boa fé contratual torna transparente os interesses contratuais envolvidos, que uma vez frustrados acabam por desembocar a relação no campo do descumprimento contratual*". Essa "transparência" é a pedra angular para o futuro das relações negociais eletrônicas.

A boa-fé objetiva é norma de conduta que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes nos contratos eletrônicos, desde a oferta (quando ainda não há a outra parte presente) até a pós-venda (quando o contido no instrumento do contrato já se encontra cumprido) em se tratando de contrato eletrônico de compra e venda ou contrato eletrônico de consumo.

---

<sup>15</sup> Nalin, *op. cit.*, p. 197-198.

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*, p. 207.

Ela deve estar presente já na intenção negocial, pré-contratual, manifestada através da mensagem eletrônica. É necessário que os candidatos a contratantes “*ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conservações*” etc<sup>17</sup>. Estende-se, também, para a pós-conclusão do contrato com a obrigação de prestar o auxílio e a cooperação necessários para que seja efetivamente atendida a finalidade social desse contrato.

O princípio da boa-fé afasta definitivamente o pensamento de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual. Já não há mais margem para entendimentos retrógrados, pois a boa-fé objetiva já está consolidada em nosso ordenamento e positivada clara e expressamente no Código de Defesa do Consumidor e no art. 422 do Código Civil.

Acerca da inclusão do princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, Cláudia Lima Marques<sup>18</sup> aduz que o a legislação consumeirista impõe, para as relações de consumo, um patamar mínimo de boa-fé objetiva. Entende que a boa-fé significa um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com o consumidor e seus dependentes. Tal patamar de lealdade, cooperação, informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor são impostos por norma legal, tendo em vista a aversão do direito aos abusos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade contratual, assegurada pelo princípio da autonomia privada. Destaca a jurista, que o Código de Defesa do Consumidor trouxe como grande contribuição a exegese das relações contratuais no Brasil, a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III, e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no CDC: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: *Revista Direito do Consumidor* n°18. São Paulo: RT, 1992, p. 25.

<sup>18</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 1992, p. 136.

<sup>19</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 185.

Reforçando ainda mais a supremacia desse princípio, o art. 2º do Projeto de Lei n.º 1.589/99, que trata da regulamentação do comércio eletrônico, também, dispõe claramente sobre o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

### **2.2.2- Autonomia Privada**

A autonomia privada está no cerne do Direito Civil contemporâneo, é uma releitura atualizada do dogma liberal da “autonomia da vontade” o qual veio sendo consagrado desde a *Lex Privata* romana, tendo seu apogeu com o liberalismo do século XIX. Contudo, ao poucos o chamado Estado Social foi ganhando espaço e a vontade individual foi sendo condicionada a fatores sociais coletivos, além da lei propriamente dita.

A autonomia da vontade<sup>20</sup> é a manifestação psicológica de vontade em seu aspecto subjetivo, é o querer do indivíduo em contraposição aos limites estabelecidos pelo Estado; e a autonomia privada corresponde ao poder negocial conferido às partes, pelo Estado, para criação do conteúdo jurídico de seus atos tendo conforme estabelecido pela lei e com vistas ao atendimento aos interesses coletivos envolvidos.

Esse princípio sintetiza o poder reconhecido pela ordem jurídica aos particulares para dispor acerca dos seus interesses, notadamente os econômicos (autonomia negocial<sup>21</sup>), realizando negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos<sup>22</sup>, sendo que o contrato é o instrumento por excelência da manifestação dessa autonomia privada.

Essa esfera de liberdade-limitação reconhecida pelo Estado aos particulares foi acolhida primeiramente no Código Civil italiano que em seu art. 1.322 aduz: “... *podem as partes determinar livremente o conteúdo do contrato nos limites impostos por lei e celebrar contratos atípicos ou inominados, desde que destinados a*

---

<sup>20</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. In: *Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Ferreira Correia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.

<sup>21</sup> REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9. O autor faz a seguinte assertiva: “é o que se chama autonomia da vontade, e que, na minha concepção filosófica-jurídica, denomino poder negocial”.

<sup>22</sup> PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

*realizar interesses dignos de tutelas, segundo o ordenamento jurídico*". Veja-se, que a legislação italiana estabelece o parâmetro: "*interesses dignos de tutela*" esses *interesses* nada mais são do que manifestações do interesse social do contrato.

Do mesmo modo, o Código Civil português dispõe em no seu art. 405 que "*as partes podem livremente fixar o conteúdo do contrato nos limites da lei e celebrar contratos diferentes dos previstos no mesmo código*".

No Brasil, o poder individual é fundado na Constituição<sup>23</sup> que reconhece a propriedade privada e tutela a livre iniciativa e livre exercício da atividade econômica dentro de uma política de justiça social que garanta existência digna a todos<sup>24</sup>. Essa "livre iniciativa" deve ser lida de modo abrangente, possibilitando aos sujeitos estabelecer regramentos conforme sejam necessários às suas relações jurídicas.

Então, nada obsta que sejam criadas novas formas de contratação, desde que tenha por objetivo regular interesses legítimos. Nesse contexto, não há dúvida que o contrato eletrônico também é albergado pelo ordenamento jurídico como uma nova e eficiente forma de manifestação da autonomia privada.

Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro, em seu art. 425, claramente dispõe que: "*é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código*"; ou seja, atendidos os princípios que norteiam o ordenamento jurídico, nada obsta que as partes utilizem de novos métodos para regular suas relações econômicas.

Sob um ponto de vista pragmático, há que se dizer que o princípio da autonomia privada é a tradução jurídica da liberdade de iniciativa econômica, isto é, ao sujeito é atribuída a possibilidade de criar situações de direito subjetivo, pessoais ou reais. A autonomia privada é vista como um poder, que lhe é reconhecido pelo ordenamento jurídico, de regulamentar os próprios interesses, dentro de determinados parâmetros legais.

Sem dúvida que os contratos eletrônicos têm sua gênese na regulação de interesses econômicos; servindo de facilitador para as transações comerciais de bens e serviços, estarão atendendo aos interesses sociais, propiciando maior agilidade na economia, pois aumentando as trocas comerciais também aumentará a

---

<sup>23</sup> Paulo Luiz Lobo Neto discorda desse ponto de vista. [LOBO NETO, Paulo Luiz. *O Contrato: Exigências e Concepções Atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986].

<sup>24</sup> *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, art. 170.

necessidade de produção e de mão-de-obra resultando na desejada circulação de capital, compondo um “círculo virtuoso” onde todos têm a ganhar.

### **2.2.3- Função social do contrato<sup>25</sup>**

Tradicionalmente a doutrina entende que o contrato tem função eminentemente patrimonialista, voltada à proteção do credor e de seus interesses na relação obrigacional. Nesse sentido, Noronha<sup>26</sup> entende que as obrigações negociais atendem sua função social quando contribuem para a satisfação das necessidades econômicas da sociedade; e, através da responsabilidade civil atende a função social de resolver conflitos entre lesantes e lesados, mantendo a paz social. O renomado jurista defende que a liberdade de contratar “contribui para a legitimação do sistema político-econômico da sociedade e para a preservação dos valores que esta tenha por essenciais, como a propriedade privada, o individualismo, a livre iniciativa, a igualdade formal, o respeito pelos compromissos assumidos, o apreço pelo dinheiro, etc”.

Contudo, em que pese a posição do ilustre doutrinador, devemos entender que a Constituição Federal de 1988, com seu caráter dirigente e social, inaugura uma nova era jurídica no Direito Brasileiro estabelecendo limites e diretrizes para a atuação privada, primando sempre pelo interesse coletivo.

Essa nova concepção socializante<sup>27</sup> se espraia por todo o ordenamento jurídico nacional de modo que o próprio Código Civil de 2002, em seu art. 421, dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Por sua vez o Código de Defesa do Consumidor, cronologicamente anterior ao atual Código Civil, já trazia várias disposições que objetivam tornar socialmente legítimas as contratações, embora não haja nenhuma previsão expressa a respeito.

Exemplificativamente, podemos destacar o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a vedação de práticas e cláusulas abusivas pelas quais, o fornecedor prevaleça-se “da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em

---

<sup>25</sup> Noções extraídas das aulas de Direito Civil B (Direito das Obrigações) ministradas pelo Prof. Dr. Paulo Nalin no Curso de Direito da UFPr, Curitiba, 2004.

<sup>26</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo:Saraiva, 2003. p.91.

<sup>27</sup> Principalmente advinda da hermenêutica do art. 170 da Constituição Federal.

vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”, ou para “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”, ou aquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 39, IV e V; art. 51, IV), bem como quando determina como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica” (art. 4º, III).

Nesse contexto, a liberdade de contratar deve ser exercida de modo a trazer o melhor retorno inter-contratantes e extra-contratantes, pois os efeitos da relação jurídica obrigacional não raro se manifestam com efeitos pan-contratuais, atingindo terceiros a quem não foi oportunizado se manifestar. Assim, as partes contratantes devem sempre estar atentas para optar pela via negocial que melhor sirva aos fins do contrato e não atinja negativamente os interesses de outrem, especialmente os interesses sociais coletivos.

O contrato estará cumprindo sua função social se conciliar a necessidade de regramento dos interesses privados com os interesses da sociedade, em especial com o da comunidade local aonde irão se desencadear os seus efeitos.

Assim, podemos dizer que a função social estabelece certas balizas ao poder de contratar, através de um “juízo de merecimento” sobre os atos praticados pelas partes, enquadrando-os como jurídicos (atinge o fim social) ou anti-jurídico (não atinge o fim social).

Todos os contratos (típicos, atípicos ou eletrônicos) devem passar pelo crivo da análise dos “direitos merecidos” (efeitos merecidos) em razão dos interesses socialmente tuteláveis. Mas, na seara dos contratos eletrônicos, o princípio em tela assume ainda maior importância, pois a vulnerabilidade a situações antiéticas se torna maior do que nos contratos convencionais. A pré-estipulação de cláusulas nos contratos eletrônicos por adesão, por exemplo, pode conduzir a situações de abuso de direito e, portanto não tuteláveis pelo Direito. E, não há como negar, uma parcela considerável dos contratos eletrônicos é tipicamente por adesão, haja vista que essa modalidade se mostra extremamente célere para as transações consumeiristas.

Nos contratos celebrados sob a forma eletrônica, a função social (que de modo algum se limita à questão patrimonial) deverá ser observada rigorosamente, de modo que qualquer violação a esse princípio poderá conduzir à declaração de ineficácia do ato jurídico, uma vez que carecerá do necessário “juízo de merecimento” não produzindo efeitos no mundo jurídico.

Outra consequência da inobservância desse princípio poderá ser a anulabilidade do ato por decisão judicial, a qual poderá ser sanada desde que as partes superem a antijuridicidade; ou, em casos específicos, o próprio magistrado poderá modificar *ex-officio* o ato não tutelável através de sentença, considerando que as partes agiam de boa-fé e não teriam celebrado o negócio jurídico se soubessem, *a priori*, da antijuridicidade do ato.

Como já frisamos, noção do que é ato jurídico tutelável não está restrita apenas às hipóteses expressas ou à autonomia privada autorizada pelo silêncio eloqüente da lei; em verdade está umbilicalmente ligado à questão ética de modo que a boa-fé objetiva se torna instrumento para a concretização da função social nos contratos, em especial, os eletrônicos.

#### **2.2.4- Equilíbrio das prestações contratuais**

Cada contrato representa uma equação de direitos e obrigações que deve tender ao equilíbrio, quaisquer benefícios diretos ou indiretos que favoreçam a ambição de uma das partes em detrimento da outra deve ser tolhido da relação jurídica. Para que atinjam os fins a que se destinam os contratos devem estar pautados pelo equilíbrio das prestações impostas às partes envolvidas em todas as fases, desde a pré-contratual, até a pós-contratual.

A proteção equilibrada dos interesses e expectativas dos contratantes seguirá o transcurso das prestações contratuais, a execução do contrato, o cumprimento dos deveres principais e acessórios e alcançará até o momento pós-contrato, onde o dever de cooperação se torna mais relevante.

Para tanto, é necessário que os direitos e deveres contratuais sejam distribuídos com equidade, afastando a incidência de cláusulas abusivas que onerem

mais uma parte em favorecimento de outra o que representaria a quebra da “democracia obrigacional”<sup>28</sup>.

Nesse sentido, não se pode aceitar qualquer perturbação que comprometa o equilíbrio da relação obrigacional, pois o injusto benefício de um dos contratantes tem como consequência imediata o prejuízo do outro. Para proteger esse equilíbrio, o Estado impõe normas imperativas intervindo na relação privada para servir de contrapeso visando garantir que a parte mais forte não imponha sua vontade estipulando cláusulas desproporcionais e abusivas.

Essa atuação estatal era impensável para a modernidade liberal, fortemente influenciada pela codificação francesa, só se tornando possível com a funcionalização dos institutos do Direito Civil promovida com o advento do Estado Social. Assim, embora as partes sejam livres para manifestar suas vontades, elas somente serão juridicamente tuteláveis se estiverem de acordo com os princípios jurídicos que regem a relação.

Embora as partes gozem dessa liberdade de contratar, é evidente que muitas vezes existem desigualdades materiais entre elas, fato que facilmente se pode verificar em muitos contratos eletrônicos, onde de um lado da relação obrigacional se encontra uma empresa poderosa que estipula as cláusulas contratuais conforme seus interesses e noutro lado está um consumidor comum que, não raro, pouco conhecimento tem acerca do Direito. Essa situação é bastante freqüente nos contratos eletrônicos de consumo, onde as cláusulas são pré-estipuladas e o consumidor apenas tem o poder de aceitar ou não. E, o que é pior, a maioria sequer lê as cláusulas do contrato ao qual está aderindo. Nessa linha, Fabiana Barletta<sup>29</sup> sustenta que ainda que as partes sejam livres para manifestar suas vontades não se pode desconsiderar que existem desigualdades materiais entre elas fazendo com que a suposta liberdade torne-se cada dia mais falaciosa, reclamando o intervencionismo estatal a fim de preservar o equilíbrio da relação contratual entre pessoas possuidoras de condições substancialmente diversas.

Mas, o desequilíbrio das relações obrigacionais não se dá apenas na estipulação de cláusulas abusivas, poderá ocorrer por fato superveniente alheio às

---

<sup>28</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Ensaio sobre a mecânica obrigacional e contratual: o iter obligacionis e o iter contractus*. Diritto & Diritti, gennaio, 2005. Disponível em <http://www.diritto.it>.

<sup>29</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A Revisão Contratual no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

vontades dos contraentes e imprevisíveis no momento da formação do contrato. Tal problema é contornado pela Teoria da Imprevisão que foi consagrada nos arts. 478 a 480 do vigente Código Civil permitindo a resolução contratual em tal hipótese. Na verdade, tal previsão legal encontra seu fundamento na conhecida cláusula “*rebus sic standibus*” pela qual a relação jurídica deve ser mantida enquanto se mantiverem inalteradas as situações fáticas que ensejaram a sua formação.

A exigência do equilíbrio das prestações está positivado no art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor, juntamente com o princípio da boa-fé objetiva e o direito à revisão das cláusulas contratuais nos casos em que as prestações se tornem excessivamente onerosas foi consagrado pelo Código consumerista em seu art. 6º, V.

Em sede de revisão contratual, à luz do princípio da boa-fé objetiva, o magistrado analisará o objeto do contrato, a vontade declarada no instrumento, os efeitos pretendidos e os fatos supervenientes. Desse modo, se permite que haja a recomposição da justiça contratual e a efetividade do princípio do equilíbrio das prestações por via judicial, “*revitalizando a importância da comutatividade e procurando a justa proporcionalidade de direitos e deveres, de conduta e de prestação nos contratos sinalagmáticos*”.<sup>30</sup> A esse respeito é pertinente a assertiva de Cláudia Marques: “*Á procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes*”<sup>31</sup>.

Entendemos, portanto, que o princípio do equilíbrio das prestações contratuais está umbilicalmente ligado aos contratos eletrônicos, sobretudo àqueles cujas cláusulas são simplesmente aceitas por adesão, servindo de instrumento eficaz para coibir abusos e o enriquecimento sem causa. E, através da previsão legal de revisão e de resolução judicial dos contratos excessivamente onerosos para um dos pólos da relação contratual, garante-se a segurança estatal para aqueles que optam por essa nova forma de contratação, ajudando a afastar o receio que muitos ainda têm em efetuar negócios eletrônicos não presenciais.

---

<sup>30</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p.

136.

<sup>31</sup> Ibid. p. 101.

### 2.3- A ASSINATURA DIGITAL

Embora saibamos que a boa-fé presida a essência dos contratos, especialmente nos chamados “eletrônicos”, eventualmente pode haver necessidade de se produzir prova do que foi efetivamente acordado, seja para dirimir dúvidas, seja para perseguir o direito em juízo, ou para se comprovar a autoria. Mas como provar que alguém se obrigou em um contrato eletrônico, já que não há papel assinado?

Nossa cultura jurídica empresta extremo valor à prova documental escrita, de modo que ela sempre foi elevada a uma posição de destaque no âmbito civilista. Entretanto, a tecnologia da informação veio introduzir um novo meio de prova, ao qual muitos ainda relutam em emprestar eficácia, que é a assinatura digital.

É evidente a necessidade de uma “assinatura” que confira maior segurança às partes contratantes, e a assinatura digital veio a suprir essa necessidade criada pelo comércio eletrônico em que a presença física dos contraentes nem sempre é possível. No mundo virtual, o contato direto, pessoal, entre as partes não existe, não se sabe *à priori* quem está “do outro lado”, a menos que os sujeitos se identifiquem através de signos eletrônicos.

Esses signos eletrônicos vão aduzir certeza acerca da veracidade da identidade dos contratantes, a esses signos costuma-se denominar de “assinatura digital”. Essa assinatura não é física como nos contratos tradicionais, uma vez que os contratos eletrônicos não são impressos e apresenta suas próprias particularidades.

De um modo geral, as assinaturas físicas<sup>32</sup> possuem algumas funções essenciais, quais sejam:

- a) identificação do autor do documento;
- b) *paternidade* e vinculação às obrigações nele constantes;
- c) função probatória.

Portanto, a assinatura digital deverá, obrigatoriamente, cumprir de modo eficiente a essas mesmas funções. Atualmente, já podemos afirmar que essa nova forma de assinatura atende adequadamente a todas essas funções. Contudo, ainda é difícil que as pessoas se convençam de que já existe um método eletrônico tão ou mais eficiente do que a assinatura manuscrita. Sabemos que o chamado

---

<sup>32</sup> FINKELSTEIN, op. cit., p. 172.

“reconhecimento de firma” da assinatura escrita é praxe arraigada na civilística ocidental para “garantir” que foi determinada pessoa que subscreveu o documento; contudo, semelhante processo foi idealizado por técnicos e engenheiros para conferir certeza ao contrato eletrônico, com a utilização de modernos sistemas criptográficos e chaves digitais.

A legislação alemã<sup>33</sup> nos traz um conceito interessante do que é a assinatura digital: “assinatura digital significa um selo afixado a dados digitais, o qual é gerado por uma chave privada de assinatura e da integridade dos dados com o uso de uma chave pública de assinatura sustentada por um certificado de chave de assinatura utilizada, fornecida por uma autoridade de certificação”.

Consiste, basicamente, de um sistema em que a mensagem enviada pelo meio eletrônico é criptografada<sup>34</sup> com o uso de uma “chave” disponível apenas às partes envolvidas. Atualmente, por questão de segurança e confiabilidade do conteúdo<sup>35</sup>, são usadas chaves assimétricas<sup>36</sup>, nesse sistema a assinatura é formada por uma série de letras, números e símbolos e é feita em duas etapas.

Primeiramente, o autor, através de um software que contém um algoritmo próprio, faz a encriptação da mensagem (contrato) usando como elemento base sua chave privada armazenada em seu computador ou em seu *smart card*; o receptor, por sua vez, utilizará a chave pública (disponível a qualquer um dos parceiros comerciais em *sites* específicos na internet ou na *home-page* do proponente, mediante autorização) para decifrar a proposta do remetente. Como a chave privada, que é de conhecimento ou porte exclusivo do titular é uma seqüência de vinte ou mais signos se torna quase impossível que a mensagem seja interceptada no meio do caminho, modificada e retransmitida.

Do mesmo modo, o receptor pode responder à proposta utilizando sua própria chave privada garantindo que seu aceite ou contra-proposta também trafegue incólume pelos meios de telecomunicações.

---

<sup>33</sup> *Lei de assinatura digital, de 1º de agosto de 1997*, art 3º, §2º, alínea l.

<sup>34</sup> Criptografia é uma técnica que se ocupa de transformar uma mensagem inteligível em uma fórmula aparentemente ininteligível com o uso de um código secreto embaralhador e modificador de caracteres (chave) disponível somente às partes envolvidas, emprestando, assim, segurança e proteção à informação transmitida.

<sup>35</sup> O projeto de lei nº 1589/99 e a Medida Provisória 2200/01, bem como as legislações estrangeiras prevêm o uso desse sistema.

<sup>36</sup> Tradicionalmente existem dois sistemas de criptografia: o simétrico e o assimétrico. No primeiro, tanto o remetente quanto o receptor detém a mesma chave alfa-numérica, o que compromete a segurança e certeza, já que não é possível precisar qual dos dois redigiu ou efetuou alterações no documento; portanto, protege apenas quanto à ação de terceiros. No segundo, o remetente possui uma chave diferente daquela do receptor, garantindo a integridade e incolumidade do documento.

Os órgãos certificadores têm conseguido difundir o uso da assinatura digital por causa da comodidade e segurança que proporciona. O usuário tem apenas que implantar em um computador pessoal o software de criptografia assimétrica e utilizar a sua chave privada para que possa efetuar transações seguras no mundo do *e-commerce*.

Vale lembrar que o software e a assinatura funcionarão apenas em um determinado computador escolhido pelo usuário, de modo que seriam necessários a um suposto fraudador conhecer a chave privada, a senha e ter acesso ao computador do usuário. O que, convenhamos, é bastante difícil de acontecer.

Assim, podemos afirmar que a assinatura digital possui segurança adequada para “firmar” os documentos eletrônicos, de modo que ela cumpre as funções essenciais da assinatura convencional (escrita manualmente) proporcionando inequívoca confirmação da identidade dos contratantes e da incolumidade do conteúdo do contrato, estando apta para servir como elemento probante em juízo. Vejamos com pouco mais detalhes essas características:

- a) autenticação: autentica a identidade da pessoa que assinou a informação de modo a saber quem participou da transação;
- b) integridade: protege a integridade da informação de modo a tornar possível saber se a mensagem lida foi modificada, quer acidentalmente, quer propositadamente;
- c) não-repúdio: permite que se prove posteriormente quem participou de uma transação de modo a não permitir que quem recebeu ou enviou a informação negue tal fato.

LORENZETTI<sup>37</sup> identifica os elementos mínimos necessários para qualificar uma assinatura digital, quais sejam:

- a) *Elemento objetivo*: é o suporte não escrito e que independe de elaboração manual do autor. É qualquer símbolo ou procedimento de segurança que usado por uma pessoa que inclui meios eletrônicos, digitais, magnéticos, ópticos, eletromagnéticos ou similares.
- b) *Elemento subjetivo*: a assinatura digital tem o específico propósito de identificar a pessoa e aprovar o conteúdo da mensagem eletrônica.

---

<sup>37</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Comércio Eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p.80.

- c) *Esfera de controle do titular*: é necessário que a firma pertença única e exclusivamente a um titular de modo que o controle de uso seja por ele realizado já que é um elemento de imputação de autoria.
- d) *Verificação do receptor*: os sistemas utilizados devem ser passíveis de verificação pelo receptor para assegurar a autoria.

Portanto, para que se tenha segurança na contratação eletrônica é *conditio sine qua non* que haja a assinatura digital no documento eletrônico para que o fato ocorrido no meio virtual seja equiparado ao documento formal escrito. Cabendo ao titular da assinatura manter sob segurança sua chave privada, o computador onde está armazenada e a senha de acesso ao programa de encriptação, já que sem esses três elementos, concomitantemente, ninguém mais poderá assinar digitalmente em seu nome. O que nos parece um preço relativamente baixo a pagar pela facilidade e comodidade que a assinatura digital proporciona.

## **2.4- FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO**

A formação do contrato eletrônico é ponto de extrema relevância e complexidade no estudo da matéria. Existe ainda uma grande controvérsia sobre sua natureza, alguns autores entendem que é um contrato celebrado entre ausentes e outros consideram que os contratos eletrônicos celebrados pela internet são realizados entre presentes, pois defendem que a internet seria o lugar de celebração.

Ora, em nosso ponto de vista, não podemos conceber que a internet seja um lugar, mas apenas um meio de comunicação, diga-se, complexo e abrangente.

Contudo, o Código Civil Brasileiro (artigo 428, inc. I) aduz um precedente criando a ficção de que a contratação por telefone é realizada entre presentes e estende essa artificialidade para “outros meios de comunicação semelhantes”.

Perguntamos: quais as características que tornam outros meios de comunicação semelhantes ao telefone dentro da conotação dada pelo nosso Código Civil?

O professor colombiano Francisco Reyes Villamizar ao analisar dispositivo semelhante existente na legislação de seu país defende que o termo “presença” não se refere necessariamente a participação física das partes relevantes, mas à possibilidade de comunicação imediata entre as partes, não obstante o sistema usado para alcançar tal objetivo.

O ilustre Orlando Gomes<sup>38</sup> dizia que não há mais sentido nas expressões “entre ausentes” e “entre presentes”, pois as modernas técnicas de comunicação permitem que pessoas separadas por longas distâncias celebrem contratos como se estivessem frente a frente. Para ele o que importava era a possibilidade ou não da resposta imediata.

Parece que realmente é esse o melhor entendimento extraído da hermenêutica da legislação civilista; mas, ousamos acrescentar algo mais.

Sem dúvida que a idéia do legislador está relacionada à possibilidade da manifestação volitiva dos contratantes, considerando ausente aquele que não tem como pronunciar seu desejo imediatamente. Contudo, há que se verificar que nos contratos realizados à distância, sem a presença física das partes, pode conduzir a erros e fraudes, as quais não ocorreriam num contrato presencial.

Assim, é mister que para que os contratos realizados através de meios de comunicação sejam possíveis identificar com certo grau de certeza quem são os contratantes. Nesse sentido é que o legislador equiparou a presentes aqueles que se obrigam via telefone, haja vista que é possível reconhecer a voz de quem está do outro lado da linha. Do mesmo modo é possível equiparar a presentes os contratantes que realizam negócios pela internet, desde que possam manifestar imediatamente suas vontades com adequado grau de certeza sobre a idoneidade das partes.

Para tanto, no âmbito das comunicações de dados, foi criada a assinatura digital certificada por órgão competente.

Sob outro prisma, para que sejam considerados realizados entre presentes, é necessário que se afaste com certa razoabilidade a possibilidade de erro sobre o objeto da contratação. Nesse aspecto, temos visto que o comércio eletrônico já possibilita boa compreensão sobre os produtos e serviços expostos no ciberespaço do estabelecimento comercial, onde a maioria dos empresários indica a marca, a qualidade, funcionamento e demais características do produto ou serviço,

---

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 72.

possibilitando, ainda, que eventuais dúvidas sejam sanadas por *e-mail*, telefone ou “*on-line*” com os atendentes de plantão.

Então, podemos assumir que os contratos eletrônicos podem ser considerados celebrados entre presentes caso sejam atendidas as premissas supra-delineadas, ou seja, a possibilidade de imediata manifestação de vontade com certeza da idoneidade das partes no tocante à identidade e ao objeto da obrigação.

Portanto, nada tem a ver com considerações etéreas de que o ambiente virtual da internet é um “lugar” como defendem aqueles que acham que a expressão “presentes” adotada pelo nosso Código Civil se refere tão somente a pessoas que estão fisicamente próximas.

Devemos, ainda, ressaltar a questão dos contratos ofertados por *e-mail*, o EDE (*Eletronic Data Interchange*), e a grande maioria dos contratos realizados em *websites* disponibilizados por empresários onde a comunicação instantânea é possível. Nesses casos, nem sempre quem recebe a proposta toma conhecimento imediato, de modo que se assemelham mais com uma mera comunicação realizada por correspondência, sem nenhum vínculo jurídico estabelecido antes da aceitação expressa, não podendo, portanto, ser considerado um contrato eletrônico “entre presentes”.

Com se pode verificar, os contratos eletrônicos não podem ter um tratamento uniforme, é necessário analisar caso a caso haja vista a ampla gama de possibilidades de contratar através de sistemas eletrônicos de comunicação.

### **2.5.1- MOMENTO DA FORMAÇÃO**

A definição do momento de constituição do contrato tem relevância para o Direito, na medida em que é determinante para a verificação da existência da relação jurídica, das obrigações constituídas, dos prazos prescricionais e decadenciais.

Como verificamos, cada contrato eletrônico possui suas peculiaridades não sendo possível dar tratamento uniforme a todos eles. Assim, v.g., na análise de cada modalidade de contrato eletrônico poderemos dizer se é considerado realizado entre presentes ou entre ausentes.

Não sendo possível efetuar uma análise genérica de todos os contratos eletrônicos surge a dúvida sobre o momento de sua formação, isto é, quando o *e-contrato* estará perfeito e acabado.

Na hipótese em que o consideramos como celebrados entre presentes, a solução é mais pacífica, pois o art 428, I do Código Civil Brasileiro aduz claramente que “deixa de ser obrigatória a proposta se feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita”. Portanto, os contratos celebrados entre presentes são considerados celebrados quando a proposta e a aceitação se integram de forma imediata.

Entretanto, nas hipóteses dos contratos considerados entre ausentes a questão é mais complexa, é necessário apurar quando se considera feita a proposta, ou fornecida a aceitação; precisamos saber, também, até quando a proposta ou a aceitação são tidas como vinculantes? Será que a legislação vigente é completamente aplicável ou são necessárias novas soluções específicas?

Analisaremos a seguir algumas dessas questões.

## **2.5.2- A PROPOSTA**

A proposta é um convite feito à outra parte para que concorde com os termos de um negócio jurídico<sup>39</sup> e para que seja vinculante a proposta deve ter todos os elementos próprios de um contrato<sup>40</sup>.

Orlando Gomes<sup>41</sup> entende que a proposta se torna eficaz quando o eventual aceitante a recebe. Mas, como precisar o momento da recepção no caso dos contratos eletrônicos entre ausentes?

O Código Civil Brasileiro fala em “decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente” nos casos de proposta sem prazo pré-fixado (art. 428, II). Nas propostas com prazo fixo, a proposta deixa de ser obrigatória se não houver resposta do destinatário dentro do prazo dado (art. 428, III). Podendo, ainda, haver a retratação do proponente, desde que essa chegue antes ou simultaneamente à proposta (art. 428, IV).

---

<sup>39</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 61

<sup>40</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 98.

<sup>41</sup> GOMES, op. cit., p. 66

Como se pode ver essa previsão legal não é objetiva, pois não fornece elementos para precisar qual o exato momento da realização eficaz da proposta.

Mais adequada e precisa é a Lei Modelo da UNCITRAL<sup>\*</sup>, que em seu art 15 estabelece que, se as partes não convencionarem de maneira diversa, considera-se enviada a proposta quando ele entra no sistema de informação fora do controle do emissor; ou seja, a proposta estará feita de modo irretratável logo que o proponente enviar o documento eletrônico.

Nesse sentido, existe projeto de lei no Senado Federal sob n° 672/99, que dá igual tratamento à matéria.

Portanto, como não há legislação específica em vigor no ordenamento pátrio, nada impede que o direito comparado seja utilizado ao caso concreto; até porque parece que é essa a inclinação do legislador pátrio conforme se denota do projeto referido.

### **2.5.3- OFERTA AO PÚBLICO**

A oferta ao público é aquela dirigida a várias pessoas e é facilmente encontrada na internet. Na atualidade, uma grande quantidade de empresas se utilizam da internet para divulgar e vender seus produtos e serviços haja vista a sua crescente penetração nas camadas sociais de maior potencial consumidor. Como não poderia deixar de ser, os empresários sempre procuram todas as formas de maximizar seus lucros e a internet possibilita uma forma de divulgação ampla e barata.

Esse tipo de oferta não tem um destinatário nominalmente pré-definido, mas nem por isso deixa de ser uma proposta como qualquer outra, ou seja, que deve conter todos os elementos essenciais de uma proposta: objeto, preço determinado ou determinável, consenso.

O Código Civil Brasileiro trata da oferta ao público em seu art. 429, aduzindo: "a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos".

Portanto, para que a oferta ao público seja vinculante é necessário que contenha todos os requisitos essenciais de um contrato.

---

\* Sigla da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (*United Nations Commission in International Trade Law*)

Mas, aqui novamente surge a pergunta: a partir de qual momento pode ser considerada feita a proposta?

Com base no que expusemos no tópico anterior parece lógico dizer que a proposta estará feita a partir do momento em que o proponente a insere no sistema de telemático escolhido.

Contudo, nos contratos eletrônicos nem sempre a resposta mais óbvia é a mais adequada, já que como temos dito, cada caso é um novo caso e deve ser analisado de acordo com suas particularidades.

No caso da oferta ao público em que o empresário mantém a proposta em seu *website*, é possível que esse empresário mude quantas vezes quiser o conteúdo de sua oferta, situação diferente de quando ele envia a proposta a um destinatário específico através de um meio de telemática sem que possa alterá-la à *posteriori*. Na oferta ao público o empresário não é obrigado a manter a proposta por um determinado prazo (a não ser que ele mesmo o estipule), mas também não pode lesar aqueles que acessaram sua *home-page* e se interessaram pela oferta.

Para solucionar esse conflito, a Lei Modelo da UNCITRAL criou a figura jurídica do iniciador, que na definição de Fábio Ulhoa Coelho<sup>42</sup> é um conceito jurídico que visa a “operacionalizar, de forma mais ajustada à realidade dos negócios eletrônicos, o momento da manifestação da oferta pelo proponente”.

Com a criação da figura do iniciador, passou-se a considerar que a oferta se torna vinculante a partir do momento em que o potencial adquirente acessa o *website* do proponente. Desse modo, mesmo que a oferta seja retirada ou modificada o empresário terá que manter todas as condições inicialmente previstas durante o prazo de validade da proposta ou se não houver prazo estipulado, deverá manter até um prazo suficiente para resposta do interessado, conforme preceitua o nosso Código Civil quando trata de contratos entre ausentes.

Entretanto, nossa legislação acerca do assunto não é esclarecedora, não fazendo menção à figura do iniciador nem mesmo no projeto de lei n° 1589/99 que pretende regulamentar o comércio eletrônico no Brasil. Sendo assim, mais uma vez nos parece adequado utilizar o direito comparado (leia-se: legislações estrangeiras baseadas na Lei Modelo da UNCITRAL) na solução das situações concretas.

---

<sup>42</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.40.

## 2.5.4- A ACEITAÇÃO

A aceitação é a formulação da vontade do oblato, dentro do prazo estabelecido, aderindo integralmente à proposta recebida<sup>43</sup>. Sucintamente é concordar com uma proposta recebida.

O principal efeito da aceitação é a constituição do vínculo contratual entre as partes a partir desse exato momento.

Nos contratos eletrônicos celebrados entre presentes a aceitação deve ser imediata para que gere o vínculo obrigacional. Entretanto, no caso dos contratos celebrados entre ausentes a questão se torna mais complexa.

Tradicionalmente, o contrato por correspondência epistolar é o representativo de um contrato entre ausentes e, segundo Ramos de Almeida<sup>44</sup>, acerca deles duas teorias são conhecidas no que concerne à aceitação:

- a) a teoria da cognição: segundo ela o contrato se aperfeiçoa no momento em que o policitante toma conhecimento da aceitação;
- b) a teoria da agnição: por ela o contrato se ultima pela declaração do aceitante.

Prossegue ensinado o ilustre professor:

*“O sistema da agnição, por sua vez, se divide em três subteorias, quais sejam:*

- a) subteoria da declaração, pela qual o contrato se forma desde que o aceitante escreva a carta;*
- b) subteoria da expedição, segundo a qual o contrato se aperfeiçoa no momento em que a aceitação é expedida; e*
- c) subteoria da recepção, de acordo com a qual o contrato só se conclui no momento em que a aceitação chega às mãos do proponente”*

Observa-se pelo art 434 do Código Civil Brasileiro que o legislador optou pelo sistema da agnição na subteoria da expedição.

<sup>43</sup> RODRIGUES, op. cit., p.62.

<sup>44</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 100-101.

Na ausência de legislação específica que determine qual o exato momento em que se considera expedida a aceitação eletrônica, devemos fazer uma contextualização do Código Civil com a legislação alienígena e com o projeto-de-lei n° 672/99 que tramita no Senado Federal.

De acordo com o art. 15 da Lei Modelo da UNCITRAL, considera-se enviada uma mensagem eletrônica a partir do momento em que ela ingressa no sistema de comunicação estando fora do controle do emissor. O projeto de lei do Senado é silente no que concerne ao momento da aceitação, mas segue a mesma linha da Lei Modelo da UNCITRAL no que trata da expedição da mensagem.

Assim, nos parece lógico que se o legislador optou pela subteoria da expedição podemos utilizar a analogia com a questão do envio da mensagem normatizada no direito comparado. Ou seja, deve-se considerar que o contrato eletrônico está perfeito e acabado quando a aceitação se encontra fora do alcance do emissor, no caso agora, o aceitante.

Cabe ao proponente confirmar que recebeu a mensagem de aceite, sob pena de responder por perdas e danos segundo prevê o art. 430 do Código Civil Brasileiro. O projeto de lei 1589/99 prevê, inclusive, que haja uma resposta eletrônica automática confirmando o recebimento da aceitação.

### **2.5.5- LUGAR DA FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO**

É de fundamental importância a fixação do lugar onde se celebrou um contrato, pois a partir desta definição poder-se-á fixar a competência territorial do juízo e da lei aplicável, no caso dos contratos internacionais.

Com os contratos eletrônicos não é diferente, contudo a determinação do lugar onde se aperfeiçoou o contrato nem sempre é fácil de se obter haja vista que estamos tratando de um ambiente virtual, onde os contratantes podem estar em qualquer lugar do mundo ou mesmo se deslocando em território internacional.

Assim, é muito comum que nos contratos eletrônicos as partes nem se conheçam pessoalmente e nem ao menos saibam de onde seu interlocutor está se comunicando ou onde o proponente tem seu estabelecimento.

No que tange à legislação aplicável a Lei de Introdução ao Código Civil é bastante elucidativa, em seu art. 9º, §2º traz que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente e será válida a lei do seu país para dirimir as questões decorrentes. Por sua vez, o Código Civil Brasileiro, em seu art. 435, estabelece que se reputará celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

Entendemos que esses diplomas legais são aplicáveis ao *e-contratos*, entretanto, como já dissemos, nem sempre é fácil saber o lugar onde reside o proponente. Além do mais, como definir o lugar em que ocorreu a proposta no caso dos contratos propostos pela internet?

A melhor solução é que as partes sempre estabeleçam expressamente e por consenso qual o lugar da celebração do contrato e o foro competente. Entretanto, quando isso não for feito, ou for feito com abuso de uma posição dominante do estipulante, ter-se-á que buscar no ordenamento jurídico a solução para o impasse.

Para tanto, mais uma vez nos socorremos da Lei Modelo da UNCITRAL a qual determina como lugar de conclusão do contrato aquele em que o proponente tem a sua sede principal, independentemente do lugar de instalação do seu sistema de informática.

No caso dos contratos internacionais a situação se torna ainda mais complexa, pois se estará diante de ordenamentos jurídicos distintos e muitas vezes conflitantes. Nesses casos a melhor solução seria a obrigatoriedade da adoção expressa do foro e da lei aplicável como requisito de validade do contrato internacional.

O silêncio acerca desse requisito não pode inferir aceitação da imposição futura da parte dominante. A própria Convenção de Viena determina que o silêncio ou inércia não constitui aceitação, sendo esse um princípio consolidado do UNIDROIT.

Nessa mesma linha de raciocínio Maria Eugênia Finkelstein<sup>45</sup> assim se expressa: "... é nosso entendimento que a manifestação da vontade nos contratos internacionais deve ser sempre expressa e inequívoca, e principalmente no que tange à lei aplicável e às questões que advierem da mesma ...".

O contrato é essencialmente manifestação volitiva das partes, não se pode admitir cláusulas pré-estabelecidas e inegociáveis que possam de algum modo

---

<sup>45</sup> FINKELSTEIN, *op. cit.*, p.216.

resultar em abrir mão de um direito. Com a mesma seriedade se deve tratar a eleição do foro, jurisdição e da lei aplicável nos contratos, reportando-se nulas as cláusulas pré-estabelecidas e impositivas que violem a livre manifestação da vontade dos contratantes.

## **2.6- REQUISITOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS**

A prescrição do art. 104 do Código Civil Brasileiro é plenamente aplicável aos contratos eletrônicos, aduz o referido diploma legal que para ser válido um contrato é necessário que as partes sejam capazes, que o objeto do contrato seja lícito e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei.

### **2.6.1- Capacidade civil**

De acordo com os artigos 3º e 4º do nosso Código Civil são considerados absolutamente incapazes para os atos cíveis os menores de 16 anos, os deficientes mentais que não tenham suficiente discernimento e os que não puderem exprimir sua vontade mesmo que por causa transitória. O Código prescreve que são relativamente incapazes aqueles que são maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que por deficiência mental tenham o discernimento reduzido, os pródigos e os excepcionais com desenvolvimento mental incompleto.

Os contratos eletrônicos não podem fugir às regras estabelecidas pela lei para a modalidade contratual à qual empresta a sua forma. Portanto, para que um contrato eletrônico seja válido é necessário que as partes contratantes sejam capazes.

A grande dificuldade que surge é a comprovação da identidade de quem está contratando, pois o *e-contrato* é realizado sem a presença física das partes, o que por si só já dirimiria boa parte das dúvidas acerca da capacidade (deficiência mental aparente; menoridade, que em muitos casos se pode constatar pela aparência da pessoa etc).

Portanto, para que haja segurança jurídica do negócio mais uma vez frisamos que é fundamental que as partes comprovem sua identidade através de meios seguros, tais como a assinatura digital e o uso de senhas.

Sem a eficaz constatação da veracidade da identidade dos contratantes poderão surgir inúmeras questões que poderão levar à nulidade ou à anulabilidade de todo o negócio jurídico, tornando inexigíveis as eventuais obrigações assumidas.

Sendo a capacidade um requisito fundamental dos atos jurídicos, a dificuldade de identificação das partes pode culminar na invalidação do contrato eletrônico, como já ocorria nos chamados contratos epistolares, pois somente a partir do momento em que se puder identificar a autoria é que se poderá definir com clareza a capacidade do ofertante e do aceitante.<sup>46</sup>

Poder-se-ia dizer que com a facilidade de acesso e o anonimato proporcionado pelos meios telemáticos atuais, notadamente a internet, seria contraproducente exigir assinatura digital ou outros meios de identificação, pois tornaria mais morosa a transação comercial e redundariam na queda de faturamento das empresas que atuam via internet, o que contrariaria a essência do próprio comércio eletrônico.

Isso é o que ouvimos habitualmente quando dizemos que as normas jurídicas que regem o Direito Obrigacional também se aplicam aos contratos telemáticos.

Como resposta a esse argumento, nos valem as palavras de HULTMARK<sup>47</sup>, citado por Maria Eugênia Finkelstein [FINKELSTEIN, *op. cit.*, p. 197]: "Proceder de maneira errada na Internet é tão ilegal quanto proceder de maneira errada em relação a um documento físico. A maioria das normas legais é aplicada independentemente do meio utilizado".

Mesmo sabendo que é mais difícil identificar as pessoas que transacionam via internet, é necessário que as partes contratantes dêem especial atenção a esse requisito, pois assim como se pede a alguém a cédula de identidade, CPF e comprovante de residência para abertura de uma conta ou para a concessão de crédito; ou, como o comerciante que solicita a identificação do jovem que deseja

---

<sup>46</sup> FINKELSTEIN, *op. cit.*, p. 197.

<sup>47</sup> HULTMARK, C. *The International Dimensions of Cyberspace Law – Developing Legal Systems and Good Moral for the Internet*. London: UNESCO Publishing, 2000.

adquirir uma garrafa de bebida alcoólica para certificar-se que se trata de maior de idade, do mesmo modo se deve solicitar que a pessoa se identifique eletronicamente para que o negócio eletrônico se concretize com segurança e licitude.

Meios para proceder a essa identificação podem ser os mais variados possíveis além da já consagrada assinatura digital. Por exemplo: senhas de acesso, criptografia<sup>48</sup>, reconhecimento biométrico<sup>49</sup> e estenografia<sup>50</sup>, dentre outros.

## **2.6.2- Objeto Lícito**

A presença de objeto lícito também é essencial ao contrato eletrônico, de tal modo que o que se está contratando não atente contra os bons costumes, a ordem pública e a moral.

Embora a internet ainda pareça uma “terra sem lei”, as autoridades públicas (principalmente a Polícia Federal no Brasil) têm se dedicado cada vez mais a coibir abusos no uso dos meios de telemática especialmente no comércio de produtos ou serviços ilícitos, fazendo aplicar as devidas sanções cíveis e criminais aos infratores.

O objeto do contrato eletrônico não só não pode ensejar violação à lei, mas deve ser conforme a lei; isto é, deve atender às normas quanto à possibilidade jurídica e material do objeto, além de sua determinação ou determinabilidade.

Assim, o objeto deve ser possível, ou seja, o objeto deve ser susceptível de realização. Essa possibilidade deve ser material e jurídica.

A possibilidade material significa a viabilidade da prestação pretendida e a possibilidade jurídica se coaduna com a inexistência de obstáculo normativo ao cumprimento da obrigação.

Em sentido negativo, a impossibilidade material comporta duas espécies: a absoluta, quando ninguém pode cumprir a obrigação, por nenhum meio ou

---

<sup>48</sup> Criptografia consiste em codificar um texto com o uso de uma chave base de codificação, somente que possuir a chave poderá decodificar o conteúdo.

<sup>49</sup> Processos de reconhecimento à distância que necessitam de equipamentos especiais para verificar íris, impressão digital, ramificação vascular da mão, etc.

<sup>50</sup> É uma criptografia acompanhada de um timbre ou desenho que somente será visível se o decodificador utilizar a chave digital correta.

método; e a relativa, quando as partes não podem ou não tem como cumprir a obrigação.

O objeto também deve ser determinado ou determinável de modo que as partes obrigadas possam cumpri-lo ao tempo estipulado.

A forma virtual de contratação não altera as regras concernentes ao objeto, pois mesmo que o bem ou serviço não exista fisicamente no momento do acordo, ele terá que se materializado conforme estipulado pelas partes e terá que obedecer todas as imposições legais como se estivessem comercializando da forma física convencional. Repita-se, no meio virtual o ordenamento jurídico permanece vigente, ele não pode ser visto como um ambiente sem lei onde tudo é possível; pois, os “habitantes” desse mundo virtual são pessoas reais que devem se submeter às mesmas regras do mundo material.

### **2.6.3- Forma**

De nada adianta o desenvolvimento da telemática voltada ao *e-commerce* se o objeto do negócio jurídico não tiver uma salvaguarda que garanta a segurança jurídica das relações interpartes, ou seja, é necessário haver um documento que comprove os atos jurídicos ou o negócio jurídico como um todo.

A negociação pela internet ou por qualquer outro ambiente virtual consiste numa troca de documentos eletrônicos que merecem ter a adequada tutela jurídica. Assim, as regras atuais, fundamentadas no valor jurídico dado ao documento em forma de papel, deverão ser reavaliadas. “Em outras palavras, os documentos eletrônicos deverão ter a mesma validade de um documento em papel, original e assinado”<sup>51</sup>.

O Código Civil faz referência a forma prescrita ou não defesa em lei como requisito de validade dos contratos. Mas como tratar desse requisito em ambiente virtual?

---

<sup>51</sup> CIETTO, Rogério Paiva. *Microempresas virtuais*. São Paulo: RT 817, nov 2003, 92º ano, p.84.

Forma, na concepção de Clóvis Beviláqua é o conjunto das solenidades que se deve observar para que a declaração da vontade tenha eficácia jurídica<sup>52</sup>.

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 107, não exige forma especial para a validade da declaração de vontade, exceto quando haja previsão legal expressa; portanto, a regra é a liberdade de forma e a exceção a forma específica disciplinada em lei.

Essa liberdade de forma está intimamente ligada à autonomia privada que é uma dos pilares do Direito Civil, em especial da estrutura contratual, permitindo que as partes convençam a forma que melhor lhes aprouver nos limites legais e desde que a lei não preveja expressamente a forma a ser usada; situações que se não observadas ensejam a nulidade do contrato.

Portanto, os documentos eletrônicos estão dentro da legalidade e, diga-se mais, são admitidos pelo direito a partir da hermenêutica do Código Civil. Cabe-nos, porém, destacar que os contratos eletrônicos não terão validade para as situações em que a lei prevê a forma especial.

Dentro da teoria das formas, o ato solene (*ad solemnitatem*) exige a exibição do documento previsto em lei, com todos os seus componentes e requisitos. Por sua vez o ato *ad probationem tantum* admitem que a prova de sua realização seja feita por todos os meios admitidos em Direito<sup>53</sup>, que em nosso ordenamento estão previstos no art. 212 do CCB<sup>54</sup>. Essa relação é meramente exemplificativa, pois outros meios de prova podem existir ou vir a ser descobertos e não poderão ser repelidos judicialmente se forem capazes de proporcionar a evidência necessária.<sup>55</sup>

Ante ao que estamos aduzindo, é conseqüente constatar que os contratos eletrônicos não podem ser usados para determinados negócios jurídicos, como, e.g., sucedâneo de contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre

---

<sup>52</sup> ALVES, Francisco. *Código Civil do Brasil*. 1956, vol I, p.310.

<sup>53</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindberg. *A Internet em suas Relações Contratais e Extracontratuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 65

<sup>54</sup> Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

- I- Confissão;
- II- Documento;
- III- Testemunha;
- IV- Presunção;
- V- Perícia.

<sup>55</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Parte Geral*, Saraiva, 13ª ed., vol I, p.169.

imóveis com valor superior a 30 salários mínimos (art. 108 do Código Civil), pois a escritura pública é a forma elementar para a existência desse ato jurídico.

A escritura é um documento lavrado por tabelião, redigido em língua portuguesa e dotado de fé pública conforme estabelecido na lei. É documento formal, que requer a qualificação das partes contratantes, a clara manifestação de vontade, a assinatura das partes e das testemunhas além da assinatura do tabelião. Ao exigir esse rigor formalístico objetiva a lei dar maior segurança ao ato, tendo em vista a importância que tem para as próprias partes e perante terceiros.

Por outro lado, nos contratos celebrados entre particulares, onde a lei não exija forma específica, exige-se apenas as assinaturas das partes contratantes e das testemunhas (normalmente duas) e para que passem a valer perante terceiros devem ser registrados no Cartório de Títulos e Documentos.

O projeto de lei n° 1589 de autoria da OAB-SP e que tramita no Congresso Nacional, se aprovado, autorizará ao Registro de Títulos e Documentos a proceder à transcrição e ao registro de documentos eletrônicos emitidos por particulares.

Em síntese, podemos dizer que os contratos que exigem forma *ad solemnitatem*, a exemplo dos contemplados no art. 215 do Código Civil (escritura pública) não têm condições de serem celebrados utilizando a forma eletrônica; já aqueles que obedecem à regra de liberdade de forma (*ad probationem*) podem ser realizados como contratos eletrônicos<sup>56</sup>.

## 2.7- CONSENTIMENTO ELETRÔNICO

O consentimento é a exteriorização da vontade interna do declarante, destina-se a fazer com que a outra parte tome conhecimento da sua intenção de alcançar um determinado efeito jurídico.

Essa declaração de vontade pode se processar de diversos modos: pela fala, por gestos, pela assinatura, por sinais ou por um meio de comunicação<sup>57</sup>.

Desde o Código Civil de 1916 já se tem aceitado a manifestação de vontade através do telefone (art. 1081, I) e o Código Civil de 2002, já prevê outros

---

<sup>56</sup> MONTENEGRO, op. cit. p. 66

<sup>57</sup> BARBAGALO, op. cit. p. 62

modos de consentimento, estendendo a possibilidade de utilização de outro *meio de comunicação semelhante* (art. 428, I) para manifestar o consentimento.

De fato, o que importa não é o meio usado, mas a eficiência desse meio para a manifestação volitiva inequívoca. Assim, quem usa um computador interligado a um meio de telemática que possibilite conectar-se a *Websites*, e.g, com o intuito de realizar um contrato está manifestando sua vontade tal qual aquela pessoa que se dirige fisicamente a um determinado estabelecimento ou empresa para negociar um bem ou serviço.

No contrato eletrônico, tal qual ocorre em um contrato convencional, é necessário que a pessoa siga determinados procedimentos para efetivar o vínculo obrigacional. A diferenciação está nos procedimentos, não na essência que é a vontade de contratar.

Há várias ações que denotam a intenção de contratar, começando por conectar-se ao meio de telemática, acessar o documento ou o *website* disponibilizado pelo proponente até aceitar a proposta enviando um documento eletrônico ou clicando nas caixas de diálogo confirmativas.

Há tempos tem sido feita análise semelhante no que concerne ao uso do telefone para contratar, de tal sorte que o Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu em acórdão que a declaração de vontade expressa por acionamento de disco ou teclas de aparelho telefônico é válida e suficiente para a formação do vínculo contratual<sup>58</sup>.

Nesse aspecto é muito relevante o ponto de vista de BESSONE<sup>59</sup>, citado por BARBAGALO [BARBAGALO, *op. cit.*, p. 63]: "... a manifestação de vontade não depende de formalidades extrínsecas, podendo verificar-se por qualquer meio apto a revelá-la". Prossegue explanando que segundo dizem Planiol e Ripert:

"... sempre que não exista uma disposição legal em sentido contrário, o consentimento pode manifestar-se, expressa ou tacitamente, entre pessoas presentes ou distantes, com ou sem intermediário e por meio de qualquer procedimento, seja a palavra humana, diretamente ou por telefone, ou gravada por reprodução mecânica (fonógrafo), ou por escrito privado, ou público, pessoal ou impessoal, firmado ou não, manuscrito, impresso, estenografado, em original ou por cópia fotográfica, ou transmitido, como sucede nos telegramas ou linguagem por meio de sinais etc."

---

<sup>58</sup> São Paulo, Primeiro Tribunal de Alçada Civil, 3ª Câmara de Férias de Julho/98. Apelação em Sumário nº 767.595-4, Ribeirão Preto. Relator Juiz Luiz Antonio de Godoy.

<sup>59</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato: teoria geral*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

O próprio Código Civil coloca a vontade negocial em uma posição de supremacia, tanto é que em seu art. 112 prescrever que “nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem”. Não importa se essa linguagem é através de signos eletrônicos, ou de *clicks* de mouse, o fundamental é a intenção de negociar, isso é perfeitamente aplicável quando a pessoa utiliza o meio telemático com fins negociais.

A lei modelo da UNCITRAL também preceitua, em seu art. 12, a não discriminação da manifestação de vontade por meio eletrônico, auferindo assim a necessária validade e eficácia a essa forma de consentimento negocial.

## **2.8- A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE COMÉRCIO ELETRÔNICO**

A primeira disposição a tratar sobre comércio eletrônico no Brasil foi a Instrução Normativa n° 17, de 11 de dezembro de 1996, editada pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Contudo, a mais importante iniciativa legislativa no setor é o Projeto de Lei n° 1589/99 da Câmara dos Deputados. Devido à similitude temática, esse PLC juntamente com o PLC n° 1483/99 encontram-se, hoje, apensados ao PLC n° 4906/2001 (PLS n° 672/99), aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 26 de setembro de 2001. A compilação dessas iniciativas parlamentares é que pretende dar origem à “Lei do Comércio Eletrônico” no Brasil.

Portanto, o Brasil não possui ainda uma lei que verse sobre os temas relacionados ao comércio eletrônico. O Projeto de Lei do Comércio Eletrônico é hoje uma mera compilação desses projetos individuais, os quais, diga-se, são baseados em grande parte na Lei Modelo da UNCITRAL de 1996.

A UNCITRAL é um organismo das Nações Unidas para o comércio internacional e a sua “lei modelo” é apenas uma referência, fornecendo diretrizes para que os países internalizem em seu Direito as normas que entendam adequadas à sua realidade. A “lei modelo” busca, sobretudo, homogeneizar o tratamento jurídico acerca do tema sugerindo aos países que adotem seus dispositivos visando facilitar as trocas comerciais internacionais.

A lei modelo não se furtou ao tratamento da questão do comércio eletrônico, até porque essa já é uma realidade trivial para os chamados países desenvolvidos, e tem sido a principal base para as legislações sobre a matéria que vêm sendo criadas ao redor do mundo.

Os principais pontos tratados pela Lei Modelo da UNCITRAL sobre o comércio eletrônico são<sup>60</sup>:

- a) definição conceitual (mensagens eletrônicas, intercâmbio eletrônico de dados, remetente, destinatário, intermediário e sistema de informação);
- b) regulação das formalidades legais para as mensagens eletrônicas;
- c) regulamentação da comunicação via mensagens eletrônicas.

No que concerne à interpretação, a Lei Modelo tem como princípio fundamental a boa-fé e a necessidade de promover a uniformização de sua aplicação<sup>61</sup>.

A partir dessa premissa, a UNCITRAL tem os seguintes objetivos relacionados ao comércio eletrônico:

- a) facilitar o comércio eletrônico no interior e além das fronteiras nacionais;
- b) convalidar as operações efetuadas por meio das novas tecnologias de informação;
- c) fomentar e estimular a aplicação de novas tecnologias de comunicação;
- d) promover a uniformidade do direito aplicável à matéria; e
- e) apoiar novas práticas comerciais.

No âmbito brasileiro, o Projeto de Lei n° 1589/99 foi elaborado pela Comissão de Informática da OAB, seccional São Paulo, e trata da validade jurídica do documento eletrônico e da assinatura digital, sendo que seus principais pontos são<sup>62</sup>:

---

<sup>60</sup> DE LUCCA, Newton. *Títulos e Contratos Eletrônicos*. In: *Direito & Internet*. Coord. N. de Lucca e A. Simão. Bauru: Edipro, 2001. p. 52 - 54.

<sup>61</sup> FINKELSTEIN, op. cit., p. 93

<sup>62</sup> FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Comércio Eletrônico. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico* N° 1, out-nov-dez / 2002, p.140.

- a) estabelece que são aplicáveis ao comércio eletrônico as normas de proteção e defesa do consumidor. Nota-se clara influência do Código de Defesa do Consumidor de modo que o projeto abre o Capítulo VI para tratar das “Normas de Proteção e Defesa do Consumidor”<sup>63</sup>. Não seria de se esperar disciplina diferente, pois o comércio eletrônico é apenas mais uma modalidade de relação de consumo que também merece ser albergado pelas normas consumeristas visando proteger os interesses da parte hipossuficiente desse peculiar negócio jurídico.
- b) obriga que a oferta ao público de bens e serviços seja feita em ambiente seguro;
- c) define o provedor como mero intermediário que fornece serviços de conexão ou de transmissão de informações ao ofertante e ao adquirente, sem a obrigação de fiscalizar o conteúdo que circula pela rede; eximindo-o de qualquer responsabilidade sobre o que contém os “pacotes de dados” transmitidos, pelos quais respondem apenas os contratantes;
- d) procede a regulamentação do sistema criptográfico com uso de chave pública. Reputa falso o documento assinado digitalmente com uso de chaves obtidas ou geradas fraudulentamente.

Por sua vez, o Projeto de Lei n° 1483/99 é pouco inovador, destacando-se a instituição do uso da fatura eletrônica e da assinatura digital nas transações do Comércio Eletrônico.

O Projeto de Lei do Senado n° 672/99 é o que mais se baseou no Modelo da UNCITRAL e traz como principais pontos<sup>64</sup>:

---

<sup>63</sup> Capítulo IV – Das Normas de Proteção e da Defesa do Consumidor. Art. 13. Aplica-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor. § 1º Os adquirentes de bens, de serviços e informações mediante contrato eletrônico poderão utilizar a mesma via de comunicação adotada na contratação, para efetivar notificações e intimações extrajudiciais, a fim de exercerem direito consagrado nas normas de defesa do consumidor. § 2º Deverão os ofertantes, no próprio espaço que serviu para oferecimento de bens, serviços e informações, disponibilizar área específica para fins do parágrafo anterior, de fácil identificação pelos consumidores e que permita seu armazenamento, com data de transmissão, para futura comprovação. § 3º O prazo para atendimento de notificação ou intimação de que trata o § 1º começa a fluir da data em que a respectiva mensagem esteja disponível para acesso pelo fornecedor. § 4º Os sistemas eletrônicos de ofertante deverão expedir uma resposta eletrônica automática, incluindo a mensagem do remetente, confirmando o recebimento de quaisquer intimações, notificações ou correios eletrônicos dos consumidores.

<sup>64</sup> FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico. Porto Alegre: Editora Síntese, 2004, p. 79.

- a) define como intermediário a pessoa que presta o serviço de enviar, receber, armazenar e demais serviços atinentes às mensagens de terceiros;
- b) reconhece a validade jurídica das informações transmitidas eletronicamente, atribuindo os efeitos delas decorrentes; ou seja, a manifestação de vontade negocial nos contratos eletrônicos passa a contar com uma tutela jurídica positivada.
- c) Equipara a mensagem eletrônica à mensagem escrita, desde que a informação eletrônica seja passível de verificação à *posteriori*. Aqui, o PLS atribui força probatória ao documento eletrônico quanto ao seu conteúdo material.
- d) Estabelece a validade da assinatura eletrônica efetuada através de método adequado e seguro que permita identificar o contratante e a veracidade do conteúdo da mensagem. Desse modo, o legislador está equiparando a assinatura digital à assinatura manual, dando-lhe mesmo tratamento jurídico. No entanto, há a ressalva de que o método de autenticação ou certificação digital utilizado seja confiável. Não é especificado qual seria esse método, deixando livre às partes escolherem o sistema que lhes for mais favorável e qual entidade certificadora desejarem usar (pública ou privada). O sistema padrão adotado (criptografia assimétrica de chave pública) é baseado no modelo da UNCITRAL, mas não é de utilização obrigatória, sendo lícito às partes optar por qualquer sistema que atenda aos requisitos de validade e confiabilidade das assinaturas eletrônicas certificadas.
- e) Por fim, delineados todos os meios necessários a conferir segurança jurídica aos documentos eletrônicos, o legislador reconhece a validade dos contratos eletrônicos. Assim, todos os atos jurídicos realizados eletronicamente passam a ser válidos desde que observados os requisitos de identificação segura dos contratantes e do conteúdo volitivo das mensagens, através da utilização de métodos confiáveis e apropriados.

Porém, enquanto aguardamos a aprovação do Projeto de Lei do Comércio Eletrônico, o Executivo toma a iniciativa de editar e reeditar medidas provisórias acerca do tema. Assim foi editada a MP n° 2.200/02 que visa garantir a autenticidade, a integridade e assegurar a validade jurídica dos documentos eletrônicos. Essa Medida Provisória instituiu a “infra-estrutura de chave públicas brasileiras”, ou ICP-Brasil, que fornece suporte à operação de certificação digital baseado em criptografia de chave pública<sup>65</sup>; ficando, desse modo, instituída uma entidade estatal para certificação digital.

Essa entidade tem a função de distribuir as chaves criptográficas e servir de certificador das assinaturas digitais, da chave pública e da correspondente chave privada. Para tal missão foi indicado o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, o qual foi transformado pela medida provisória em autarquia vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia. Entretanto, em suas edições mais recentes o diploma legal passou a conter dispositivo permitindo a criação de entidades privadas de certificação de autoria e integridade do documento eletrônico.

## **2.9- CONTRATOS ELETRÔNICOS POR ADESÃO**

Existe uma forte tendência de se adotar um contrato-base para as transações realizadas no comércio virtual, notadamente quando se trata de relação de consumo. “Essa idéia conduz naturalmente ao uso de contratos por adesão, diante da ausência de discussão de suas cláusulas”.<sup>66</sup> Sem dúvida, atualmente os contratos eletrônicos por adesão representam uma parcela considerável do *e-commerce*, em face da massificação do consumo e da comodidade que essa forma representa. O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, inclusive os eletrônicos, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio o que tem sido uma exigência das economias de escala.

---

<sup>65</sup> FORTES, Christienne Krassuski. Notas Sobre o Comércio Eletrônico e suas Implicações na Realidade Jurídica Contemporânea: Uma Leitura Interdisciplinar. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR N° 42*. Curitiba: Síntese, 2004, p. 23.

<sup>66</sup> MONTENEGRO, op. cit., p.99

Ensina o ilustre Orlando Gomes<sup>67</sup> que o contrato por adesão se caracteriza por ter seu conteúdo pré-constituído por uma das partes, eliminando a livre discussão que normalmente precede à formação dos contratos; assim, o seu traço distintivo seria a imposição da vontade de um dos contratantes à do outro.

Para o excelente jurista baiano, “no contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos”; sendo que o “consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo pré-estabelecido da relação jurídica”.

Sinteticamente podemos dizer que os contratos por adesão são contratos com cláusulas previamente preparadas pelo fornecedor de bens e serviços (normalmente a parte economicamente mais forte) cabendo ao aderente apenas aceitar ou não os termos, sem possibilidade de discussão e alteração das disposições pré-estabelecidas.

Assim, todas as cláusulas gerais são uniformemente estabelecidas pelo ofertante de modo abstrato para contratação com pessoas não determinadas no momento da formulação do contrato e que só serão conhecidas em momento posterior por ocasião da adesão, restando-lhes como única possibilidade de manifestação da vontade negocial, o ato de aderir ao contrato em sua integralidade, sem que possa influenciar ou reformular as cláusulas. Esse momento de “livre aceitação” marca o início da eficácia jurídica estabelecendo-se entre as partes uma relação jurídica negocial com os direitos e obrigações correlatos.

Questiona-se se essa “aceitação inevitável” às condições uniformes que foram unilateralmente formuladas violaria a livre manifestação da vontade negocial; ora, a partir das lições de Orlando Gomes verifica-se que existem duas modalidades: contratos **por** adesão e contratos **de** adesão; os primeiros são aqueles em que não existe monopólio do bem ou serviço ofertado e onde a concorrência é teoricamente perfeita, já no segundo caso, o peticitante é o único a oferecer determinado bem não restando ao oblato outra alternativa senão a de comprar ou não o produto. Essa segunda situação é a que se pode tornar mais facilmente patológica, violando a essência de “acordo de vontades entre as partes”, pois se o aderente necessita indispensavelmente do bem, e não existe outro potencial fornecedor, terá que se

---

<sup>67</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109.

sujeitar às condições impostas pelo ofertante. Há aqui um constrangimento à adesão das cláusulas fixadas pelo policitante que pode facilmente conduzir à abusividade e à violação do equilíbrio das prestações contratuais tornando necessária a interferência estatal para afastar a ditadura da unilateralidade que exorbite do poder privado de disposição.

Tendo em vista que as relações jurídicas estabelecidas entre as partes se dá pelos métodos de contratação de massa, formando contratos por adesão, estes se sujeitarão às normas do código de Defesa do Consumidor. Adequadamente, o CDC fundiu as duas hipóteses de contratos sob o conceito de contrato de adesão. Desse modo, tanto as estipulações unilaterais dos contratos de adesão quanto as cláusulas redigidas previamente e unilateralmente por uma das partes contratantes estão incluídas sob a mesma disciplina legal, fornecendo os instrumentos necessários à interpretação Judicial.

Assim, na dúvida, o contrato eletrônico por adesão tal qual qualquer outro contrato **por** adesão ou **de** adesão deve ser interpretado contra quem o redigiu<sup>68</sup>, sensível à proteção do contratante mais fraco e leigo, o consumidor<sup>69</sup> conforme prevê o CDC em seu art. 47<sup>70</sup>. É obvio que não podemos generalizar inferindo que a imposição das cláusulas por uma das partes ofenda, necessariamente, o princípio da boa-fé; mas, sem dúvida, aumenta as possibilidades de que a parte mais forte estipule cláusulas abusivas que lhe dê um desproporcional favorecimento atentando contra o princípio do equilíbrio das prestações contratuais. Quando uma das partes tem o poder de estipular as condições do negócio jurídico sem que a outra possa opinar, há a tendência de que inclua inúmeras cláusulas que explicitamente ou implicitamente resguarde preferentemente seus interesses, eliminando para si todos os riscos, diminuindo os casos e a extensão de sua responsabilidade, fixando prazos exíguos à outra parte para a prática de atos, para a manifestação de vontades ou para o exercício do direito; por

---

<sup>68</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.47.

<sup>69</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A proteção de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. In: *Revista de Direito do Consumidor* Nº 41, São Paulo:RT, p. 59.

<sup>70</sup> Código de Defesa do Consumidor, Lei Nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, Art. 47: As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

outro lado, deixa de prever para si quaisquer sanções ou limitações, mas cria taxas, comissões, sanções, penas e multas pelo mínimo descumprimento do aceitante<sup>71</sup>.

Sensível à essa realidade, a jurisprudência já vem a muito tempo tentando minorar os efeitos porventura funestos do contrato de adesão<sup>72</sup> efetuando a interpretação das cláusulas tendo em mente que se trata de um contrato diferenciado, em que naturalmente existe um desequilíbrio de poder. Assim, mesmo antes da legislação consumeirista os juízes já buscavam distinguir as cláusulas principais das acessórias atribuindo maior poder vinculante àquelas, haja vista que estas chamam menos atenção do aderente do que aquelas passando, às vezes, despercebidas sendo justamente o modo que o estipulante escolhe para inserir benefícios próprios desproporcionais. O consumidor, confiando nas empresas e presumindo que haja controle estatal e proteção do Estado contra irregularidades, acabam aderindo mesmo sem entender a totalidade do conteúdo do contrato. Por essa razão, é fundamental que esses contratos sejam transparentes (art. 4º, *caput* e art. 36 do CDC), isto é, que sejam redigidos em uma linguagem acessível ao homem comum para que este entenda a plenitude de seus efeitos, sob pena de se estar tentando induzir em erro o aderente com o uso de linguagem rebuscada que não é do seu domínio, fato que se comprovado já poderia caracterizar má-fé contratual, com todas as conseqüências daí advindas.

Postas essas ressalvas, os contratos eletrônicos por adesão em nada são menos justos do que os contratos eletrônicos normativos (nos quais há observância de regras bilateralmente traçadas, de comum acordo entre as partes, nas relações que venham a travar entre si, ou com terceiros), pois a repetição lhes traz um caráter de regularidade e sob estreita fiscalização do Poder Público não há como vingar cláusulas reputadas abusivas. Para tanto, existem mecanismos legais criados pelo legislador do CDC, o qual traçou o regime jurídico aplicável e instituiu um sistema de controle prévio dos contratos de adesão, a cargo do Ministério Público, por via de inquérito civil.

Resta inconteste que os contratos eletrônicos **por** adesão ou **de** adesão devem ser interpretados à luz da legislação consumeirista, sendo aplicável subsidiariamente o Direito Geral quando este for mais benéfico ao aderente, buscando

---

<sup>71</sup> SCARAVAGLIONI, Eduardo. O Código de Defesa do Consumidor e os contratos de adesão. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=706>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

<sup>72</sup> RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p.47.

sempre perquirir se o consumidor entendia o real conteúdo do contrato ou a extensão da cláusula que lhe era prejudicial, ou mesmo sabendo que não lhe era favorável, deve-se investigar se ele tinha escolha, ou seja, se estava livremente manifestando sua vontade abrindo mão de prerrogativas ou se foi necessário aderir por falta de opção ante à premente necessidade de contratar. Nessa análise, é importante ressaltar que as normas de proteção ao consumidor são de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC) e, portanto, inderrogáveis pela vontade das partes, pois atingem potencialmente a todos sendo interesse do Estado zelar pelo sua correta aplicação.

Como já dissemos, nos contratos eletrônicos por adesão o CDC é aplicado como norma específica, mas não derroga a importância da legislação civil quando for mais benéfico para o aderente. Nesse sentido, o próprio Código Civil consagra especial proteção ao oblato em dois dispositivos. O primeiro deles é o art. 423 que estabelece que na existência de cláusulas ambíguas ou contraditórias prevalecerá a interpretação mais favorável ao aderente. O segundo está no art. 424 e proclama serem nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direitos derivados da natureza do negócio.

## **2.10 - ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO.**

O ilustre professor Geraldo Ataliba ensina que ocorrendo a hipótese de incidência tributária instaura-se uma relação obrigacional entre o contribuinte e aquele que tem o poder de tributar. Tal relação jurídica obrigacional se forma nos moldes do Direito Civil, ou seja, há um sujeito ativo, que é o detentor do direito subjetivo de cobrar algo de outrem e há um sujeito passivo, possuidor do dever jurídico de saldar a dívida, que é o elo de ligação entre um e outro.

Estando presentes todos os elementos da Regra-Matriz de Incidência<sup>73</sup> surge uma relação jurídica obrigacional que redundará no nascimento do crédito tributário. Essa Regra-Matriz de Incidência é composta pela hipótese de incidência (formada pelos critérios material, espacial e temporal) e pelo conseqüente da norma constituído pelo critério subjetivo (sujeito ativo e sujeito passivo) e pelo critério

---

<sup>73</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 12ª ed. São Paulo:Saraiva, 1999, p. 276-340.

quantitativo (base de cálculo e alíquota). Em sendo possível distinguir todos esses elementos nasce um crédito tributário do sujeito ativo para com o sujeito passivo<sup>74</sup>.

Dentre os objetos da relação obrigacional tributária encontram-se as mercadorias e os serviços. No que concerne às mercadorias, sua circulação, ou seja, transferência de titularidade do bem, está sujeita a incidência do ICMS. A Lei Complementar n° 87/96 prescreve as hipóteses de incidência (art. 2º) e a base de cálculo (art. 13) deste imposto, bem como os casos de não-incidência tributária (art. 3º). Ocorre que novas formas de mercadoria têm sido disponibilizadas através do comércio mundial que não estão previstas na legislação, notadamente as chamadas mercadorias virtuais dentre as quais queremos destacar o “livro eletrônico”, as músicas, os vídeos e os programas de computador disponibilizados para *download* mediante pagamento, entende a doutrina que esses bens são intangíveis e se referem aos direitos relativos à propriedade intelectual<sup>75</sup>. Para comprar esses produtos o adquirente poderá pagar com cartão eletrônico e fazer o *download* sem que nada de real seja necessário para completar a relação jurídica obrigacional. Daí a doutrina tem questionado se sobre esse tipo de comercialização incidiria ICMS já que não há mercadoria no sentido tradicionalmente adotado<sup>76</sup>.

Portanto, o produto virtual não se enquadra no conceito de mercadoria e não pode caracterizar o objeto da relação jurídica obrigacional do ICMS uma vez que a LC87/96 não prevê a incidência sobre esse tipo de produto. Como é sabido o princípio da legalidade impede que sejam cobrados tributos que não estejam expressamente previstos em lei e, ainda mais, a Constituição Federal (art. 146, III, “a”) impõe a exigência de lei complementar para criação ou modificação de tributos. Como o produto virtual é intangível, não está ele presente nem na hipótese da incidência nem na base de cálculo do ICMS, é conseqüente a inexistência de relação jurídica tributária e de crédito tributário.

---

<sup>74</sup> SILVA, Maria Stela Campos da. A impossibilidade jurídica da cobrança de ICMS sobre o comércio eletrônico de produtos de áudio e vídeo. Um diálogo sobre não-incidência, imunidade e isenção. In: *Novas Fronteiras do Direito na Era Digital*. Coord. Ivette Senise Ferreira, Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 201- 202.

<sup>75</sup> KRAKOWIAK, Leo. KRAKOWIAK, Ricardo. Tributação Aduaneira e Problemas Jurídicos Decorrentes da Informatização do Comércio Exterior. In: *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. Coord. Marco Aurélio Greco, Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 2001, p. 69.

<sup>76</sup> Ensina o professor Rubens Requião que “as mercadorias são bens corpóreos da empresa, quer dizer, que ocupam espaço no mundo exterior. São produtos para o mercado, prontos para serem consumidos, que se caracterizam pela corporabilidade, mobilidade, aptidão para o tráfico, valor patrimonial próprio e permanência no tráfico mercantil”. [REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial vol. 1*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 254].

Esse entendimento é o que vem se firmando no Supremo Tribunal Federal<sup>77</sup>, no sentido da não-incidência de ICMS sobre produtos entregues sob a forma digitalizada.

Se é assim no que diz respeito ao ICMS logicamente se decorre que nas operações de importação e exportação de tais produtos também não incide os respectivos impostos. Na linha do entendimento do STF acerca do ICMS podemos dizer que em se tratando de transferência eletrônica de determinado *software*, livro, vídeo ou música que sejam objeto de licenciamento ou cessão de uso não há importação/exportação de produto algum, mas apenas uma operação envolvendo direitos relativos à propriedade intelectual. Nesse sentido é relevante a indagação de Leo e Ricardo Krakowiak<sup>78</sup>: “Ademais, considerando que a base de cálculo destes impostos (...) guarda relação com o valor do próprio produto importado/exportado e não com a operação que lhe deu causa, como poderia aferir o valor de um *software* que não é ele próprio objeto de comércio, mas apenas é licenciado ou tem seu uso cedido?”. Em outras palavras, a base de cálculo para fins de tributação é considerada sobre o valor do bem em condições de livre concorrência (valor aduaneiro) e não o valor negociado entre as partes; mas, na situação em tela não se está negociando o bem em si, apenas se está cedendo direito de uso ou se está fornecendo licença para uso sem transferência da titularidade.

Com efeito o Regulamento Aduaneiro<sup>79</sup> (Decreto n° 4543, 26/12/2002) em seu art. 81 positiva o entendimento de que a importação/exportação de bens virtuais entregues por meio eletrônico (via *download*) não é tributada. No entanto, caso o bem virtual seja entregue fisicamente (por exemplo, um CD importado contendo um *software*) a tributação é unicamente sobre a mídia. Caso não haja essa discriminação o software será tributado como mercadoria.

Também a produção em massa para comercialização e revenda de exemplares do *corpus mechanicum* da obra intelectual que nele se materializa não

---

<sup>77</sup> RE 176.626, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 11.12.1998.

<sup>78</sup> KRAKOWIAK, *op. cit.*, p. 74.

<sup>79</sup> Decreto N° 4.543 de 26 de dezembro de 2002. Art. 81: O valor aduaneiro de suporte físico que contenha dados ou instruções para equipamento de processamento de dados será determinado considerando unicamente o custo ou o valor do suporte propriamente dito.

§ 1° Para efeitos do disposto no caput, o custo ou o valor do suporte físico será obrigatoriamente destacado, no documento de sua aquisição, do custo ou valor dos dados ou instruções nele contidos.

§ 2° O suporte físico referido no caput não compreende circuitos integrados, semicondutores e dispositivos similares ou bens que contenham esses circuitos ou dispositivos.

§ 3° Os dados ou instruções referidos no caput não compreendem as gravações de som, de cinema ou de vídeo.

caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias<sup>80</sup>, passíveis da incidência tributária.

Por óbvio que o valor pago para viabilizar o uso do bem incorpóreo de que estamos tratando revela uma capacidade contributiva, mas que por absoluta falta de previsão legal escapa à incidência tributária. Para que tal manifestação de capacidade contributiva possa ser tributada deverá ser criado novo imposto no âmbito da competência residual da União Federal ou modificada a Constituição Federal<sup>81</sup>.

Afora as ressalvas que fizemos supra a respeito de bens entregues de forma digitalizada (meio eletrônico) a questão relativa à incidência dos tributos sobre o comércio eletrônico não apresenta maiores dificuldades. Desse modo toda operação interna relativa à circulação de mercadorias sujeita-se a incidência do ICMS (independentemente do seu valor), bem como o importador/exportador (ou o equiparado a tal) deverá recolher o respectivo produto. Portanto, é plenamente aplicável a tributação do comércio eletrônico de bens entregues aos consumidores por meios não eletrônicos, desde que se trate de um tributo que incida do mesmo modo caso a operação tivesse sido efetuada pelas formas convencionais de comércio<sup>82</sup>.

## **2.11– TENDÊNCIA À UNIFORMIZAÇÃO INTERNACIONAL DA LEGISLAÇÃO**

O Comércio Eletrônico é hoje um instrumento a serviço da globalização, de modo que as relações contratuais podem facilmente ser estabelecidas entre pessoas naturais ou jurídicas de quase todo o planeta. A tecnologia da informação tem possibilitado a interação entre os mais variados povos, com cultura jurídica próprias e legislações diferentes, isso traz à tona uma situação bastante complexa para a concretização, análise e solução de conflitos atinentes aos contratos eletrônicos acordados entre as pessoas que estão sob ordenamentos jurídicos distintos.

Daí a crescente importância do Direito Internacional Privado na solução dos conflitos de lei no espaço visando tutelar os interesses legítimos dos empresários,

---

<sup>80</sup> RE 199.464, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 02.03.1999.

<sup>81</sup> KRAKOWIAK, *op. cit.*, p. 75.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 62.

consumidores, profissionais e todos aqueles que utilizam a forma eletrônica de contratar.

Nos contratos internacionais, incluindo os chamados eletrônicos, prevalece o princípio da autonomia privada possibilitando às partes escolher a lei que vai reger o contrato e o foro para dirimir eventuais divergências.

Normalmente, são eleitas leis de países que têm alguma relação com os negócios acordados, sendo bastante comum se recorrer às leis de mais de um país, tal prática é denominada *dépiçag* que é a divisão do contrato em partes que vão ser regidas por leis de países distintos. A primeira parte do contrato internacional que corresponde à formação e às negociações iniciais geralmente é regida pela lei de onde foi realizado o contrato e a parte final que corresponde à execução do contrato é regida pela lei do local onde efetivamente se realizará o contrato.

Contudo, no âmbito brasileiro temos a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) que aduz ser aplicável a lei do país em que as obrigações se constituírem<sup>83</sup>, silenciando acerca da possibilidade das partes disporem em contrário escolhendo a legislação aplicável. Coube à doutrina construir o entendimento de que é lícito aos contratantes escolher a lei competente tendo em vista não estar expressamente proibida tal prática; assim, os particulares, no uso da sua autonomia privada, podem estipular em seus contratos tudo aquilo que a lei não vede.

Mas, de um modo geral, a doutrina tende a admitir a escolha da lei aplicável sempre que essa eleição seja feita livremente, sem vícios e sem pressão de uma parte sobre a outra. Essa tendência tem sido seguida pela maior parte dos países de modo que se estabeleceu expressamente na Convenção Interamericana do México (não ratificada ainda pelo Brasil) a possibilidade dos contratantes escolherem a lei aplicável aos seus contratos internacionais, e, fixou-se que, na ausência de expressa estipulação, os contratos internacionais serão regidos pela lei do país mais fortemente vinculado ao contrato.

Nas últimas décadas é notório o exponencial crescimento da quantidade de contratos internacionais que adotam a forma eletrônica, haja vista a maior agilidade que representam para as transações comerciais do mundo globalizado.

---

<sup>83</sup> Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942). Art. 9º: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Todavia, os contratos eletrônicos não se compadecem com as morosas discussões acerca do estudo e da interpretação das legislações singulares de cada país, nem com os elevados custos de uma advocacia internacional. Portanto, embora seja possível a escolha da lei competente essa prática tem se mostrado pouco eficiente e incompatível com a rapidez desejada para essa nova forma de contratar; com efeito, a divergência existente entre as inúmeras legislações nacionais é um verdadeiro óbice ao pleno desenvolvimento do Comércio Internacional, especialmente do chamado Comércio Eletrônico.

Observa-se a necessidade de elaboração de uma legislação especializada no comércio eletrônico que comporte toda a envergadura e complexidade das trocas comerciais possibilitadas pelo fenômeno das novas tecnologias de informação. Nas legislações relativas ao comércio eletrônico que têm entrado em vigor nos últimos tempos é possível constatar numerosas inconsistências, as quais se explicam tendo em vista que o legislador está atuando em matérias novas que representam a problemática que dele é desconhecida<sup>84</sup>.

Atenta a isso, desde a década de 1970, a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) vem demonstrando interesse na padronização do direito aplicável ao comércio eletrônico entre os países signatários. Desse modo, em 1996 estabeleceu a chamada Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico a qual tem sido uma das principais fontes de inspiração para os países associados às Nações Unidas.

Também a OECD<sup>85</sup> (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) vem influenciando muito a comunidade internacional na elaboração das leis internas de cada país acerca do tema. Essa organização é composta por trinta países membros (os chamados países desenvolvidos) e proporciona aos governos um *fórum* para discussão de políticas econômicas e sociais que, muitas vezes, resulta em recomendações práticas que acabam por se tornar base para as leis nacionais. Na atualidade o grande esforço da OECD tem sido no sentido do estabelecimento de diretrizes para proteção do consumidor no contexto do comércio eletrônico<sup>86</sup>, tendo se

---

<sup>84</sup> OLAVE, Ruperto Pinochet. *Contratos Electrónicos y Defensa Del Consumidor*. Madri: 2001, Marcial pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., p. 239-240.

<sup>85</sup> *Organization for Economic Cooperation and Development*

<sup>86</sup> *Guidelines for consumer protection and context of electronic commerce ("Guidelines")*.

tornado o principal modelo para as legislações consumeiristas no âmbito dos contratos eletrônicos internacionais, especialmente nos chamados contratos por adesão.

A OMC (Organização Mundial do Comércio) tem implementado esforços entre seus membros para facilitar o comércio internacional, e especificamente sobre o *e-commerce* adotou um programa de trabalho para examinar todas as questões comerciais que emergiam dessa forma de contratar, com especial destaque para a adoção da política de não-imposição de taxas alfandegárias no comércio eletrônico<sup>87</sup>.

A União Européia através de suas diretivas, tem procurado mitigar o problema da falta de regulamentação sobre o *e-commerce* internacional no âmbito da comunidade. Em 1998 houve a criação a primeira diretiva (Diretiva 98/27/CE) que reconhecia a importância do comércio eletrônico no âmbito da comunidade e propunha a criação de uma legislação uniforme. Posteriormente, a Diretiva 2000/31/CE tratou de aspectos relevantes para a unificação legislativa, definindo, v.g., o que se considera prestador de serviço e consumidor; estabelecendo a que os Estados-membros facilitem o acesso às informações sobre o prestador de serviço; exorta aos Estados que apliquem sanções efetivas e dissuasivas contra fraudes envolvendo o comércio eletrônico.

Além dessas organizações, inúmeras outras têm se preocupado com o problema do comércio eletrônico, envidando esforços para constituição de um quadro jurídico único. Segundo Lionel Zaclis<sup>88</sup>, “esses esforços articulam-se em torno de três eixos principais: proteger os direitos ameaçados; internacionalizar as soluções jurídicas; garantir a flexibilidade das soluções adotadas”. Zaclis prossegue afirmando que embora haja inúmeras tentativas de regulamentação internacional, “todas acabam enfrentando obstáculos significativos, decorrentes dos interesses geopolíticos e das particularidades socioeconômicas em causa”. Entretanto, apesar das divergências, todos são uníssonos em dizer que é necessária uma padronização internacional sobre o tema para que se possa garantir a necessária segurança jurídica aos contratantes.

Com efeito, o desenvolvimento tecnológico fez nascer um mundo globalizado que desconhece limites geográficos ou políticos, e o comércio mais uma

---

<sup>87</sup> FORTES, *op. cit.*, p. 225.

<sup>88</sup> ZACLIS, Lionel. Visão Alternativa da Nomogênese de um Sistema Jurídico Voltado à Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico Internacional: a assim chamada *lex electronica*. In: *Revista de Direito do Consumidor n° 43*. São Paulo:RT, p. 194-195.

vez soube fazer uso das ferramentas que esse desenvolvimento lhe proporcionou. Assim, o *e-commerce* internacional é uma realidade que avança a passos largos a despeito da inexistência de normas jurídicas consistente que o regulamentem. Esse fenômeno não é novo, pois é sabido que historicamente os mercadores sempre realizaram suas operações e estipularam suas normas antes mesmo que o Direito Estatal o fizesse.

Segundo notícia ZACLIS<sup>89</sup>, em texto apresentado na I Encontro de Entidades da Câmara na FIESP<sup>90</sup>, o senador Lúcio Alcântara reconhece o atraso do legislador em face da evolução tecnológica, assim se expressando:

“... apesar de alguns juristas defenderem a idéia de que o legislador deve prever os fatos da evolução social e dos costumes da humanidade, o ritmo alucinante de evolução tecnológica torna praticamente inviável o direito andar à frente das relações humanas, que se modificam a cada dia. Então, o que se tem a fazer é suprir o melhor possível as lacunas regulamentares, onde possa haver a possibilidade de surgirem conflitos de interesses”.

Diante de tais dificuldades, os próprios Estados encorajam a elaboração de auto-regulações, incentivando a emergência de um direito não estatal que nasce de modo espontâneo a partir da prática comercial.

Esse fenômeno dá origem à chamada *lex mercatoria*, que segundo Irineu Strenger<sup>91</sup> é “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais de uma forma juridicamente eficaz”, a qual tem sido amplamente utilizada nas arbitragens privadas envolvendo o comércio internacional.

A *lex mercatoria* não possui uma identificação com um país ou com uma instituição, é um conjunto de normas esparsas de origem incerta e que versam sobre uma ampla gama de assuntos ligados ao comércio internacional. Mas, não faltam críticas na doutrina, à qual nos filiamos, pondo em dúvida inclusive a sua existência como norma, por estar ligada à idéia de incerteza de sua origem, que eventualmente poderia afrontar o direito legislado, e por não prever expressamente conseqüências coercitivas ao seu descumprimento.

---

<sup>89</sup> ZACLIS, op. cit., p.195.

<sup>90</sup> ALCÂNTARA, Lúcio. Texto apresentado no I Encontro de Entidades da Câmara – E. NET. Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP. Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico. São Paulo, SP, 18 jun 2001.

<sup>91</sup> STRENGER, Irineu. *O Direito do Comércio Internacional e a Lex Mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 78.

Todavia, a história vem mostrar que o costume, gerado pela prática reiterada dos atos, é uma fonte do Direito. Assim, também é o caso da *lex mercatoria* que não possui a força coercitiva do Direito legislado, mas paradoxalmente, é justamente o fato de nascer das necessidades dos comerciantes internacionais, desvinculado dos Estados, que lhe confere a aceitação.

Esse é o caminho que está sendo trilhado pela legislação do *e-commerce*, pois a natureza do comércio eletrônico “não se coaduna com os métodos autoritários de regulação, exigindo, ao invés, a adoção de uma atitude coordenada dos países mais influentes e dos próprios participantes desse universo”<sup>92</sup>.

Inúmeras vezes se levantam para defender a auto-regulamentação do comércio eletrônico, de modo que ela surja imune às restrições legais nacionais e que seja controlado por uma organização privada transnacional, propondo a criação de uma *e-lex mercatoria* ou, como querem outros, de uma *lex electronica*.

Nesse sentido, interessante é reproduzir as palavras da ilustre mestre Maria Eugênia Finkelstein<sup>93</sup>:

“Para aqueles que advogam a necessidade de um corpo de leis específicas ao comércio internacional, que não devam sujeitar-se às leis de uma nação, com muito mais propriedade então dever-se-ia propugnar pela defesa da criação de uma *e-lex mercatoria*, pois não somente tais operações eletrônicas geram contratos, como também adquirem novas formas e conteúdo a cada dia, características estas que dificilmente poderiam ser corretamente reguladas por alguma legislação nacional aplicável a tais operações comerciais envolvendo partes situadas em diversas localidades, sujeitas a princípios legais distintos”.

Sem dúvida que em razão das necessidades práticas o mercado se auto-regulará até que os Estados imponham uma legislação unificadora para todo o comércio eletrônico internacional, muitas vezes incentivado pelos governos de muitos países, como ocorre em França onde foi publicada em março de 1997 a “Charte de l’Internet” que propunha que os próprios operadores da Internet providenciassem a regulação das suas atividades; ganhando, inclusive, o apoio do primeiro ministro Lionel Jospin.

Sabemos que há muito tempo se tem tentado unificar as normas aplicáveis ao comércio internacional, nesse sentido o Direito Internacional Privado busca formar um sistema que harmonize a aplicação das normas uniformes. Não é tarefa fácil, pois enquanto os países não internalizarem em suas legislações essas

---

<sup>92</sup> ZACLIS, op. cit., p. 196.

<sup>93</sup> FINKELSTEIN. *Aspectos Jurídicos ...*, op. cit., p. 133

normas faltará a necessária coercitibilidade para obrigar aos contratantes a cumprir fielmente seus acordos.

Nos contratos eletrônicos esse problema é central, pois não existe o tradicional “papel escrito” e são poucos os países que já possuem uma legislação sólida que dê o necessário amparo jurídico ao documento digital; e, ainda mais, são ainda em menor número aqueles que possuem sistemas de assinatura digital implantado com entidades certificadoras legalmente constituídas.

Sem dúvida que naturalmente o próprio mercado cria um “direito espontâneo” que visa remediar a inadequação dos direitos nacionais aos problemas surgidos no comércio internacional. Contudo, esse direito não legislado, espontâneo e imprevisível não é a melhor alternativa para reger quaisquer relações jurídicas, historicamente se verificou que a auto-regulação é autofágica, pois dá margem ao corporativismo e alimenta a ânsia capitalista pela maximização do lucro, resultando nas conseqüências nefastas que é de todos conhecida. A “mão invisível do mercado”, idealizada por Adam Smith é destruidora, seduz os neoliberais comprometidos com a oligarquia capitalista, mas se mostra cruel e injusta, privilegiando os “mais fortes” que tratam de dizimar a concorrência utilizando práticas desleais e antiéticas.

Não se pode permitir que grupos particulares, quaisquer que sejam, tomem para si o poder de legislar, é nítido que os defensores da auto-regulação buscam manter acesa a chama do neoliberalismo propondo um Estado mínimo, alheio à realidade, não lhes interessando mostrar que o custo social de um Estado omissivo é extremamente alto.

Por outro lado, entendemos que toda e qualquer participação para a construção de uma legislação unificadora é bem vinda, desde que não retire das mãos dos Estados o poder de legislar; vemos na *e-lex mercatoria* (ou *lex electronica*) uma importante fonte para a criação de um futuro Código do Comércio Eletrônico que possa ser adotado em âmbito internacional. Assim, como é fundamental que organismos internacionais tais quais a UNCITRAL estabeleçam recomendações à semelhança de sua Lei Modelo de 1996 visando incentivar os países a adotarem legislações uniformes que dêem segurança jurídica aos contratantes que optarem pela forma eletrônica para seus negócios jurídicos.

No entanto, nos parece que muitos Governos ainda não se deram conta da real importância do comércio eletrônico para a economia mundial. Em um

futuro próximo um número considerável das contratações realizadas nos países desenvolvidos e em alguns ditos “em desenvolvimento” terá a forma eletrônica e necessitarão de um substrato legal sólido que lhes garanta certeza, previsibilidade e confiança.

Já é ponto relativamente pacífico que a legislação acerca do comércio eletrônico precisa de uma unificação internacional, haja vista que jamais na história da humanidade foi tão fácil contratar com povos das mais diversas nações, pois a internet e os outros meios de comunicação eletrônico desconhecem fronteiras possibilitando às pessoas realizar negócios jurídicos com cidadãos de outros países com a mesma facilidade com que contratariam com o vizinho próximo.

É preciso ter em mente que a evolução tecnológica acelerou o irreversível processo de globalização e que é necessário repensar nossos conceitos sobre o comércio e sobre a forma de contratar. Felizmente, há diversas iniciativas de entidades estatais e privadas fazendo com que comece a despontar um Direito que tutele as relações jurídicas estabelecidas na Era da Informação. Resta às organizações internacionais compilarem todas essas contribuições e discuti-las entre os países membros de modo a estabelecer o consenso sobre os pontos de interesse comum, fazendo com que pela via do Tratado Internacional os ordenamentos jurídicos dos países signatários sejam unificados no que concerne ao *e-commerce* e aos contratos eletrônicos.

### 3 – CONCLUSÃO

O avanço da tecnologia da informação inaugurou uma nova Era, à qual já nos acostumamos a chamar de “ERA DIGITAL”. Nesses novos tempos temos à nossa disposição as mais variadas possibilidades de interação com pessoas de todos os lugares do planeta, as fronteiras físicas pouco representam para esse maravilhoso mundo virtual em face de não precisarmos mais nos deslocar fisicamente para ter acesso às informações e para adquirir produtos e serviços. Paulatinamente, as empresas têm aberto suas “filiais virtuais” que, não raro, faturam mais do que os estabelecimentos comerciais tradicionais, haja vista a facilidade e a ampla divulgação que o comércio eletrônico propicia para empresários e consumidores.

O comércio eletrônico é uma realidade irreversível, à medida que as pessoas (jurídicas e naturais) vão afastando a desconfiança natural sobre o “novo e o revolucionário” passam a contratar cada vez mais utilizando a forma eletrônica. Contudo, verificamos que os ordenamentos jurídicos ainda não estão adequadamente preparados para tutelar os direitos dessas pessoas; a maioria dos Governos não têm a noção da real dimensão que os negócios eletrônicos representaram para o futuro da economia mundial, pouco se tem discutido sobre suas peculiaridades e sobre a aplicação do direito tradicional à essa inovação. Mesmo na doutrina encontramos muitos absurdos e confusão a começar pela própria definição do que é um contrato eletrônico; poucos se deram conta que estamos diante de uma nova forma de contratar, que é cabível para todas as modalidades contratuais que não exijam expressamente forma especial, solene ou soleníssima.

Verificamos que se trata de um contrato não impresso celebrado entre sujeitos situados em locais diversos e que manifestam suas vontades negociais utilizando recursos de comunicação eletrônicos, onde se presumem verdadeiras as declarações dos contratantes baseado-se na boa-fé contratual e cuja prova do acordo é feita através de meios de confirmação eletrônicos.

Identificamos que nessa forma de contratar assumem especial importância quatro princípios do Direito Civil: autonomia privada, boa-fé objetiva, função social do contrato e o equilíbrio das prestações contratuais. Esses princípios dão o suporte jurídico para a existência dos contratos eletrônicos por esse motivo são colocados em uma posição de destaque e, mais do que nunca, merecem ser

analisados à luz da nova sistemática constitucional inaugurada no Brasil a partir de 1988.

O princípio da boa-fé é fundamental nos contratos eletrônicos e, por que não dizer para todo o direito obrigacional contemporâneo; é o princípio mais intenso e profundo no âmbito civilista tendo o alcance que nenhum outro comporta. É a própria boa-fé objetiva que permitiu o nascimento dos contratos eletrônicos, pois na ausência de normas positivadas acerca do Comércio Eletrônico, as pessoas passaram a contratar eletronicamente com base no comportamento esperados das partes balizados nos valores sociais dominantes. Como magistralmente aduz o mestre Nalin<sup>94</sup>: *"a boa fé contratual torna transparente os interesses contratuais envolvidos, que uma vez frustrados acabam por desembocar a relação no campo do descumprimento contratual"*. Essa "transparência" é a pedra angular para o futuro das relações negociais eletrônicas.

A boa-fé objetiva é norma de conduta que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes nos contratos eletrônicos, desde a oferta (quando ainda não há a outra parte presente) até a pós-venda (quando o contido no instrumento do contrato já se encontra cumprido) em se tratando de contrato eletrônico de compra e venda ou contrato eletrônico de consumo.

A autonomia privada é a "autorização" que o ordenamento jurídico dá para a criação dessa nova forma de contrato, conquanto esse princípio sintetiza o poder reconhecido pela ordem jurídica aos particulares para dispor acerca dos seus interesses, notadamente os econômicos, realizando negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. Positivando esse princípio, o Código Civil Brasileiro em seu art. 425 expressamente autoriza aos particulares "criarem" contratos que satisfaçam seus interesses negociais desde que não violem o ordenamento jurídico.

Assim, é lícito que as partes utilizem-se de novos instrumentos jurídicos que dêem suporte para seus negócios. Essa é a finalidade do contrato, ele estará cumprindo sua função social quando estiver contribuindo para a satisfação das necessidades econômicas das pessoas, conciliando a necessidade de regramento dos interesses privados com os interesses da sociedade, em especial com o da comunidade local aonde irão se desencadear os seus efeitos.

---

<sup>94</sup> NALIN, *op. cit.*, p. 207.

Todos os contratos devem passar pelo crivo da análise dos “direitos merecidos” (efeitos merecidos) em razão dos interesses socialmente tuteláveis, e na seara dos contratos eletrônicos, o princípio da função social do contrato assume ainda maior importância, pois a vulnerabilidade a situações antiéticas se torna maior do que nos contratos convencionais. A pré-estipulação de cláusulas nos contratos eletrônicos por adesão, por exemplo, pode conduzir a situações de abuso de direito e, portanto não tuteláveis pelo Direito. E, não há como negar, uma parcela considerável dos contratos eletrônicos é tipicamente por adesão, haja vista que essa modalidade se mostra extremamente célere para as transações consumeristas.

Nos contratos celebrados sob a forma eletrônica, a função social (que de modo algum se limita à questão patrimonial) deverá ser observada rigorosamente, de modo que qualquer violação a esse princípio poderá conduzir à declaração de ineficácia do ato jurídico, uma vez que carecerá do necessário “juízo de merecimento” não produzindo efeitos no mundo jurídico.

Todo o contrato deve ter um equilíbrio entre direitos e obrigações, de modo que uma das partes não seja beneficiada, direta ou indiretamente, em detrimento da outra. A proteção equilibrada dos interesses e expectativas dos contratantes seguirá o transcurso das prestações contratuais, a execução do contrato, o cumprimento dos deveres principais e acessórios e alcançará até o momento pós-contrato, onde o dever de cooperação se torna mais relevante. Não temos dúvida que o princípio do equilíbrio das prestações contratuais está umbilicalmente ligado aos contratos eletrônicos, sobretudo àqueles cujas cláusulas são simplesmente aceitas por adesão, servindo de instrumento eficaz para coibir abusos e o enriquecimento sem causa. E, através da previsão legal de revisão e de resolução judicial dos contratos excessivamente onerosos para um dos pólos da relação contratual, garante-se a segurança estatal para aqueles que optam por essa nova forma de contratação, ajudando a afastar o receio que muitos ainda têm em efetuar negócios eletrônicos não presenciais.

Contudo, para garantir maior segurança aos contratos eletrônicos criou-se a “assinatura digital”, que tem a função precípua de atestar a veracidade da identidade dos contratantes. Em um mundo acostumado à assinatura manual, escrita, essa nova forma de “firmar” um contrato ainda desperta desconfiança nas pessoas mais desinformadas. Mas, com o atual estágio de aprimoramento dos sistemas de criptografia e com a instituição das chaves pública e privada, tal receio não tem mais

fundamento. A assinatura digital já está sendo amplamente adotada nos contratos eletrônicos tipo B2B (entre empresas) com resultados excepcionais, garantindo a autenticação da identidade das pessoas contratantes, a integridade da informação e o não-repúdio ao que foi acordado “virtualmente”. As entidades certificadoras desempenham um papel importante para o êxito da assinatura digital e conseqüentemente para todo o sucesso do comércio eletrônico; portanto, devem ter suas atividades regulamentadas por lei e estar sob cerrada vigilância dos órgãos estatais competentes. No Brasil, ante a urgência e relevância da existência de uma norma positivada a respeito do tema, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória N° 2.200/02, que visa garantir a autenticidade, a integridade e assegurar a validade jurídica dos documentos eletrônicos.

Outro ponto de extrema relevância para o contrato eletrônico diz respeito à sua formação. Existe ainda uma grande controvérsia sobre sua natureza, alguns autores entendem que é um contrato celebrado entre ausentes e outros consideram que os contratos eletrônicos celebrados pela internet são realizados entre presentes, pois defendem que a internet seria o lugar de celebração.

Estamos convencidos que a internet não pode ser considerada um lugar, mesmo que fictamente, mas apenas um meio de comunicação, diga-se, complexo e abrangente. Podemos assumir que os contratos eletrônicos podem ser considerados celebrados entre presentes desde que seja possível a imediata manifestação de vontade, com certeza da idoneidade das partes no tocante à identidade e ao objeto da obrigação. Isso nada tem a ver com considerações etéreas de que o ambiente virtual da internet é um “lugar” como defendem aqueles que acham que a expressão “presentes” adotada pelo nosso Código Civil se refere tão somente a pessoas que estão fisicamente próximas.

Por outro lado, nos contratos ofertados por *e-mail*, o EDE (*Eletronic Data Interchange*), e na grande maioria dos contratos realizados em *websites* disponibilizados por empresários onde a comunicação instantânea nem sempre é possível, dever-se-á fazer a adequada analogia com a comunicação realizada por correspondência, sem nenhum vínculo jurídico estabelecido antes da aceitação expressa, não podendo, portanto, ser considerado um contrato eletrônico “entre presentes”.

Como se pode verificar, os contratos eletrônicos não podem ter um tratamento uniforme, enquanto não houver uma disciplina legal sólida os institutos do Direito tradicional deverão ser utilizados com a devida ponderação naquilo em que houver adequação. Cada contrato eletrônico possui suas peculiaridades não sendo possível dar tratamento uniforme a todos eles. Assim, v.g., na análise de cada modalidade de contrato eletrônico poderemos dizer se é considerado realizado entre presentes ou entre ausentes.

No que concerne ao momento de formação, a hipótese em que o consideramos como celebrados entre presentes, a solução é mais pacífica, pois o art 428, I do Código Civil Brasileiro aduz claramente que “deixa de ser obrigatória a proposta se feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita”. Portanto, os contratos celebrados entre presentes são considerados celebrados quando a proposta e a aceitação se integram de forma imediata. Entretanto, nas hipóteses dos contratos considerados entre ausentes a questão é mais complexa, pois é necessário apurar quando se considera feita a proposta, ou fornecida a aceitação; precisamos saber, também, até quando a proposta ou a aceitação são tidas como vinculantes. Como nos falta legislação própria que regre essa hipótese, nos parece mais adequado fazer uso do estipulado na Lei Modelo da UNCITRAL, que considera enviada a proposta quando ele entra no sistema de informação fora do controle do emissor; ou seja, a proposta estará feita de modo irrevogável logo que o proponente enviar o documento eletrônico.

No caso da oferta ao público, também entendemos como boa a providencia da Lei Modelo, a qual aduz que a oferta se torna vinculante a partir do momento em que o potencial adquirente acessa o *website* do proponente. Desse modo, mesmo que a oferta seja retirada ou modificada o empresário terá que manter todas as condições inicialmente previstas durante o prazo de validade da proposta ou se não houver prazo estipulado, deverá manter até um prazo suficiente para resposta do interessado, conforme preceitua o nosso Código Civil quando trata de contratos entre ausentes.

Para que gere o vínculo obrigacional, a aceitação nos contratos eletrônicos considerados celebrados entre presentes deve ser imediata. Já nos contratos eletrônicos entre ausentes, o Código Civil Brasileiro optou pelo sistema da agnição na subteoria da expedição; ou seja, o contrato se aperfeiçoará a partir do

momento em que a aceitação é expedida. Novamente temos que fazer a contextualização dessa regra, já que ela não foi elaborada especificamente para tutelar especificamente os contratos eletrônicos. Desse modo, nos parece lógico que se o legislador optou pela subteoria da expedição podemos utilizar a analogia com a questão do envio da mensagem normatizada na Lei Modelo da UNCITRAL; ou seja, deve-se considerar que o contrato eletrônico está perfeito e acabado quando a aceitação se encontra fora do alcance do emissor, no caso agora, o aceitante.

O lugar de formação do contrato eletrônico é questão bastante controvertida na doutrina e de difícil solução. Entendemos que a melhor solução é que as partes sempre estabeleçam expressamente e por consenso qual o lugar da celebração do contrato e o foro competente. Entretanto, quando isso não for feito, ou for feito com abuso de uma posição dominante do estipulante, ter-se-á que buscar no ordenamento jurídico a solução para o impasse, entretanto nem a LICC nem o Código Civil Brasileiro nos dão a resposta adequada, haja visto que nem sempre é possível saber com precisão onde é o domicílio do proponente muito menos qual o lugar onde foi proposto. A Lei Modelo da UNCITRAL, por ter sido especificamente criada para essa finalidade, apresenta melhor solução determinando como lugar de conclusão do contrato aquele em que o proponente tem a sua sede principal, independentemente do lugar de instalação do seu sistema de informática.

No aspecto “requisitos”, a prescrição do art. 104 do Código Civil Brasileiro é plenamente aplicável. A capacidade das partes pode ser facilmente constatada através dos processos de identificação eletrônicos, especialmente a assinatura digital. A presença de objeto lícito também é essencial ao contrato eletrônico, de tal modo que o que se está contratando não atente contra os bons costumes, a ordem pública e a moral. Quanto à forma podemos dizer que os contratos que exigem forma *ad solemnitatem*, a exemplo dos contemplados no art. 215 do Código Civil (escritura pública) não têm condições de serem celebrados utilizando a forma eletrônica; já aqueles que obedecem à regra de liberdade de forma (*ad probationem*) podem ser realizados como contratos eletrônicos.

No concerne à legislação, verificamos que o Congresso Nacional ainda não se deu conta da importância dos contratos eletrônicos para o futuro da economia brasileira, pois desde 1999 se aguarda a aprovação dos projetos de lei que regulamentam o tema. Infelizmente, até hoje, o Brasil não possui ainda uma lei que

verse sobre os temas relacionados ao comércio eletrônico. O tão esperado Projeto de Lei do Comércio Eletrônico é hoje uma mera compilação de projetos individuais surgidos na Câmara e no Senado, os quais, diga-se, são baseados em grande parte na Lei Modelo da UNCITRAL de 1996.

A despeito da inexistência de uma legislação abrangente acerca do comércio eletrônico, cada dia é mais freqüente a celebração de contratos eletrônicos e, no Brasil, a tônica é em torno dos contratos eletrônicos por adesão. Sem dúvida, atualmente os contratos eletrônicos por adesão representam uma parcela considerável do *e-commerce*, em face da massificação do consumo e da comodidade que essa forma representa. O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, inclusive os eletrônicos, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, o que tem sido uma exigência das economias de escala.

Entretanto, os contratos *por* adesão ou *de* adesão estão entre os mais vulneráveis a abusos por parte do estipulante, por esse motivo eles devem ser interpretados, via-de-regra, contra quem o redigiu, sensível à proteção do contratante mais fraco e leigo, geralmente o consumidor conforme prevê o CDC em seu art. 47. É óbvio que não podemos generalizar inferindo que a imposição das cláusulas por uma das partes ofenda, necessariamente, o princípio da boa-fé; mas, sem dúvida, aumentam as possibilidades de que a parte mais forte estipule cláusulas leoninas que lhe dê um desproporcional favorecimento atentando contra o princípio do equilíbrio das prestações contratuais.

Invariavelmente o Direito anda a reboque dos fatos sociais, essa assertiva mais uma vez se demonstra válida quando tratamos da questão tributária. Ocorre que novas formas de mercadoria têm sido disponibilizadas através do comércio mundial que não estão previstas na legislação, notadamente as chamadas mercadorias virtuais dentre as quais queremos destacar o “livro eletrônico”, as músicas, os vídeos e os programas de computador disponibilizados para *download* mediante pagamento, entende a doutrina que esses bens são intangíveis e se referem aos direitos relativos à propriedade intelectual. O produto virtual não se enquadra no conceito de mercadoria e não pode caracterizar o objeto da relação jurídica obrigacional do ICMS uma vez que a Lei Complementar N° 87 não prevê a incidência sobre esse tipo de produto. Como é

sabido o princípio da legalidade impede que sejam cobrados tributos que não estejam expressamente previstos em lei e, ainda mais, a Constituição Federal (art. 146, III, "a") impõe a exigência de lei complementar para criação ou modificação de tributos. Como o produto virtual é intangível, não está ele presente nem na hipótese da incidência nem na base de cálculo do ICMS, é conseqüente a inexistência de relação jurídica tributária e de crédito tributário.

A regulamentação do comércio eletrônico e dos contratos eletrônicos dele provenientes é uma questão que deve ser enfrentada por toda a comunidade internacional interessada; não pode ser diferente, pois dada a abrangência mundial dos meios de comunicação de dados é possível contratar com pessoas jurídicas ou naturais de qualquer parte do mundo. Pessoas essas que estão submetidas a ordenamentos jurídicos distintos o que acarreta invariavelmente em insegurança jurídica.

Visando mitigar esse problema vários organismos internacionais têm procurado criar Diretivas, orientações e outras formas de tentar a unificação da legislação acerca do tema. Contudo, dentre as mais eficientes iniciativas se destaca a Lei Modelo da UNCITRAL, que tem servido de base para boa parte das legislações nacionais surgidas na última década, influenciando inclusive os projetos de lei brasileiros em trâmite no Congresso Nacional.

Observa-se a necessidade de elaboração de uma legislação internacional especializada sobre o comércio eletrônico que comporte toda a envergadura e complexidade das trocas comerciais possibilitadas pelo fenômeno das novas tecnologias de informação. Portanto, é necessário que a questão seja cada vez mais discutida e aprimorada visando consolidar um sistema jurídico que dê tratamento uniforme aos contratos eletrônicos onde quer que eles sejam celebrados ou façam surtir seus efeitos.

#### 4 – REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Aspectos Relevantes dos Contratos Eletrônicos. In: **Novas fronteiras do direito na era digital**. Coord. Ivette Senise Ferreira e Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, Francisco. **Código Civil do Brasil**. 1956, vol I.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. In: **Estudo em homenagem ao Prof. Doutor Ferreira Correia**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.

AOKI, Erica. Comércio Eletrônico – modalidades contratuais. In: **Anais do 10º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações**, dez. 1996.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no CDC: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: **Revista Direito do Consumidor n°18**. São Paulo: RT, 1992.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos Eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas na formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A Revisão Contratual no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato: teoria geral**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Ensaio sobre a mecânica obrigacional e contratual: o iter obligacionis e o iter contractus**. Diritto & Diritti, gennaio, 2005. Disponível em <http://www.diritto.it>

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

CIETTO, Rogério Paiva. **Microempresas virtuais**. São Paulo: RT 817, nov 2003, 92º ano.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DE LUCCA, Newton. Títulos e Contratos Eletrônicos. In: **Direito & Internet**. Coord. N. de Lucca e A. Simão. Bauru: Edipro, 2001.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Porto Alegre: Editora Síntese, 2004.

FINDELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Comércio Eletrônico. In: **Revista de Direito Internacional e Econômico N° 1**, out-nov-dez / 2002.

FORTES, Christienne Krassuski. Notas Sobre o Comércio Eletrônico e suas Implicações na Realidade Jurídica Contemporânea: Uma Leitura Interdisciplinar. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR N° 42**. Curitiba: Síntese, 2004.

GLANZ, Semy. Consumidor e Contrato eletrônico. In: **Revista Forense Vol. 367**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HULTMARK, C. **The International Dimensions of Cyberspace Law – Developing Legal Systems and Good Moral for the Internet**. London: UNESCO Publishing, 2000.

ITEANU, Olivier. **Internet et le Droit**. Paris:Eyrolles, 1996.

KRAKOWIAK, Leo. KRAKOWIAK, Ricardo. Tributação Aduaneira e Problemas Jurídicos Decorrentes da Informatização do Comércio Exterior. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. Coord. Marco Aurélio Greco, Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 2001.

LOBO NETO, Paulo Luiz. **O Contrato: Exigências e Concepções Atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LORENZETTI, Ricardo. **Comércio Eletrônico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. In: **Revista de Direito do Consumidor N° 41**, São Paulo: RT.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 1992.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg. **A Internet em suas Relações Contratais e Extracontratuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (org). **Contrato & Sociedade**. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2004.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Coord. Luiz Edson Fachin. 2ª tiragem. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Vol. 1. São Paulo:Saraiva, 2003.

OLAVE, Ruperto Pinochet. **Contratos Electrónicos y Defensa Del Consumidor**. Madri: 2001, Marcial pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A.

PANICHI, Raphael Antonio Garrigoz. Meios de prova nos contratos eletrônicos, realizados por meio da Internet. In: **Revista de Direito Privado** Nº 16.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial** vol. 1. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCARAVAGLIONI, Eduardo. **O Código de Defesa do Consumidor e os contratos de adesão**. In: Jus Navigandi. Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=706>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

SILVA, Maria Stela Campos da. A impossibilidade jurídica da cobrança de ICMS sobre o comércio eletrônico de produtos de áudio e vídeo. Um diálogo sobre não-incidência, imunidade e isenção. In: **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. Coord. Ivette Senise Ferreira, Luiz Olavo Baptista. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Rosana Ribeiro da. A Teoria Geral dos Contratos e os Contratos Eletrônicos. In: **Revista de Direito Privado Nº 8**. São Paulo: RT.

STARK, Boris. ROLAND, Henri. BOYER, Laurent. **Obligations: contrat**. 5ª ed. Paris: LITEC, 1995.

STRENGER, Irineu. **O Direito do Comércio Internacional e a Lex Mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In: **Revista Forense Vol. 353**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WALD, Arnoldo. Os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. Coord. Marco Aurélio Greco, Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 2001.

ZACLIS, Lionel. Visão Alternativa da Nomogênese de um Sistema Jurídico Voltado à Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico Internacional: a assim chamada lex electronica. In: **Revista de Direito do Consumidor nº 43**. São Paulo: RT.