

PATRICIA VIVIANE CUNHA MOREIRA

**A FORMAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL VIA INTERNET E SEUS
ASPECTOS JURÍDICOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Contratos Empresariais à Luz do Novo Código Civil, Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.

**Orientador: Prof. MSc. Adriane P. Barros
Co-orientador: Esp. Frederico Glitz**

CURITIBA

2003

Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná
Escola Superior de Advocacia

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL
2002

TERMO DE APROVAÇÃO DE MONOGRAFIA

Aluno: Patrícia Viviane Cunha Moreira
Título da Monografia: A Formação do Vínculo Contratual via Internet e seus Aspectos Jurídicos
Professor Orientador: Adriane P. Barros

Por este Termo de Aprovação, o Professor Orientador aprova a apresentação da versão final da Monografia, em conformidade com os dados acima indicados, autorizando sua apresentação perante Banca Examinadora, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Curitiba, 06 de outubro de 2003.



Professor Orientador

**Aos meus pais
Vera e Norberto**

AGRADECIMENTOS

A

Todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

Agradeço à Professora Adriane P. Barros, pelo acompanhamento e revisão do estudo, e ao co-orientador Frederico Glitz, pelas observações que propiciaram o aperfeiçoamento das questões polêmicas da pesquisa.

Aos meus familiares, especialmente aos meus pais.

E, principalmente, a André.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. NOÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO	3
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	3
2.2. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	6
2.2.1. Princípio da Obrigatoriedade.....	6
2.2.2. Princípio da Boa Fé.....	7
2.2.3. Princípio da Autonomia da Vontade	9
2.2.4. Princípio do Consensualismo	10
2.2.5. Princípio da Relatividade dos Efeitos	11
2.3. INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO	11
2.4. CONTRATOS ELETRÔNICOS	14
2.4.1. Tipos de Contratos Eletrônicos.....	16
2.4.1.1. Contratos celebrados eletronicamente	16
2.4.1.2. Contratos veiculados por mídias eletrônicas.....	17
3. FORMAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL PELA INTERNET	19
3.1. REQUISITOS DE VALIDADE.....	19
3.1.1. Capacidade das Partes.....	19
3.1.2. Objeto Lícito.....	20
3.1.3. Forma Prescrita em Lei.....	20
3.2. TEORIAS DA FORMAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL.....	20
3.3. OFERTA ELETRÔNICA	21
3.4. A ACEITAÇÃO ELETRÔNICA	26
3.5. MOMENTO DE CONCLUSÃO DO CONTRATO	27
3.5.1. Exceções a Teoria da Expedição.....	31
3.6. ASPECTOS RELEVANTES NA ELABORAÇÃO CONTRATUAL PELA INTERNET.....	32

3.6.1.	Agentes Intervenientes	32
3.6.2.	Local da Celebração.....	33
3.6.2.1.	Lei aplicável	34
3.6.2.2.	Foro competente.....	35
3.7.	O CÓDIGO DE DEFESA NO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	37
3.7.1.	Da Publicidade e da Oferta.....	38
3.7.2.	Do <i>Spam</i> – Abuso de Direito.....	39
3.7.3.	Direito de Arrependimento.....	40
4.	VALIDADE JURÍDICA DOS NEGÓCIOS REALIZADOS PELA INTERNET	43
4.1.	SEGURANÇA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	43
4.1.1.	Da Criptografia.....	44
4.1.2.	Da Assinatura Digital.....	47
4.1.3.	Da Certificação Eletrônica	48
4.2.	PROVA DO CONTRATO ELETRÔNICO	51
4.2.1.	Prova Documental - Admissibilidade.....	51
4.2.2.	E-Mail como Meio de Prova nos Contratos Eletrônicos	53
5.	DA LEGISLAÇÃO	56
5.1.	UNCITRAL	56
5.2.	PROPOSTA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO O DIREITO ELETRÔNICO - <i>LEX MERCATÓRIA</i>	57
5.3.	PROJETOS DE LEI, MEDIDAS PROVISÓRIAS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NO BRASIL.....	59
6.	CONCLUSÃO	61

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar como o conceito de *Internet* tem transformado as bases legais e a formação do vínculo contratual. Para compreender tal efeito é necessário estudar temas como os princípios contratuais contemporâneos. Estes têm se adequando a conceitos como comércio eletrônico, formação do vínculo contratual, validade dos negócios jurídicos realizados pela rede mundial de computadores e a aplicação de leis estrangeiras. O estudo mostra os principais pontos sobre a formação do vínculo contratual pela *Internet*, bem como a compreensão sobre a segurança e as suas consequências legais.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta um estudo sobre como a formação do vínculo contratual está sendo alterada quando realizada por meio da *Internet*. Aborda questões sobre a validade desse contrato, a aplicação do código de defesa do consumidor, validade jurídica e seus meios de prova, sob a ótica dos negócios eletrônicos da *Internet*.

O contrato eletrônico pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico, cuja celebração se dá por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas.

A necessidade da sociedade na celeridade e flexibilidade das relações contratuais ocasiona o surgimento de novos meios de negociar e contratar. Neste sentido, a existência da *Internet* oferece novas oportunidades e dificuldades nas relações negociais.

A *Internet* é uma poderosa infra-estrutura de comunicação, abrangendo relações de consumo a partir de inúmeros tipos de contratos. Pode funcionar tanto como meio de comunicação de vontades já aperfeiçoadas, quanto para o auxílio no processo de formação da vontade.

Neste contexto, exige-se a interferência do Direito, fundamentado na interpretação dos conceitos tradicionais, para regular àquelas relações jurídicas advindas da *Internet*.

Pretende-se, então, estudar e analisar as noções clássicas do Direito Contratual, verificando como estas podem ser interpretadas, com o objetivo de solucionar os conflitos oriundos da formação dos contratos por meio da *Internet*, considerando aspectos como validade, segurança e estabilidade.

O estudo apresentado é exploratório utilizando como método de pesquisa a revisão da literatura, especialmente livros abordando temas como contratos e *Internet*, utilizados para conceituar o tema em estudo.

O objetivo deste trabalho não foi esgotar o tema sobre contratos eletrônicos, mas sim identificar os principais pontos para que os contratos eletrônicos sejam realizados com mais segurança por seus usuários.

Além desde capítulo que introduz o tema, apresenta os objetivos e justifica o trabalho e as suas limitações o trabalho está organizado por uma composição de outros cinco capítulos.

O capítulo 2 aborda a evolução contratual, descrevendo a sua trajetória, seus princípios basilares, bem como os principais conceitos que envolvem o tema.

O capítulo 3 mostra as formas tradicionais de vínculo contratual, em paralelo com as diversas possibilidades de formação por meio da rede mundial de computadores.

O capítulo 4 trata da validade jurídica dos negócios realizados pela *Internet*, e a admissibilidade da comprovação dos mesmos.

O capítulo 5 apresenta legislações sobre o tema e propostas de soluções de conflitos.

No capítulo 6, a conclusão reforça a importância da análise sobre o tema, e a necessidade da adequação do direito a revolução informática e dos negócios eletrônicos.

2. NOÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O contrato, um dos institutos jurídicos mais antigos no percurso da evolução das sociedades, no transcorrer dos séculos sofreu profundas modificações, apresentando desenvolvimento de formas, na medida em que alvo de renovados valores.

No direito romano clássico não existia propriamente uma figura geral de contrato, mas apenas um esquema formal no qual se enquadravam convenções de diversas naturezas.

Apenas no Período Justiniano, segundo ROPPO (1988 p.17) se chegou a delinear o esquema de contrato, como um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações econômicas.

Com a chegada da Idade Média, o contrato sofre modificações em função das práticas religiosas, estabelecendo o poder da verbalização da vontade que não dita era considerada pecado, como nos explica NOBRE JÚNIOR (1998, p.57): “Pregava-se que a palavra, lançada com consciência, representava obrigação moral, cujo descumprimento se equiparava a pecado.”

No século XVII, devido o movimento dos jusnaturalistas e com o capitalismo nascente, surgem as primeiras elaborações da teoria dos contratos, tendo seu ápice com a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos, o Código Civil Francês de 1804.

Com a revolução industrial prevaleceu uma sociedade voltada aos ideais liberais, consagrando a liberdade e a igualdade política. Adquire o contrato a concepção de acordo de vontades que estabelece um vínculo capaz de produzir efeitos jurídicos, consagrando o princípio do *pacta sunt servanda*.

Entretanto, com o passar dos anos, o princípio da obrigatoriedade do contrato foi sendo utilizado em prol do mais forte. Uma classe burguesa em ascensão passou a utilizar a propriedade imobiliária e o contrato como instrumentos para obtenção de *status*, em detrimento de uma classe aristocrata em decadência.

No século XX, após a Primeira Guerra Mundial, insere-se na organização política das sociedades a ordem econômica e social. O Estado Social avançou no sentido de delimitar o poder econômico e conseqüentemente regular a atividade econômica.

A concepção tradicional de contrato passou a ser ultrapassada e o Estado passou a ser requisitado como órgão regulamentador perante os abusos que estavam sendo cometidos entre as partes. É o início da sociedade de consumo tal como a conhecemos contemporaneamente.

Verifica-se que a formação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo contrato, contemplador dos valores e princípios constitucionais da dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. Saliente-se que esses princípios constitucionais foram consagrados no Brasil com a Constituição de 1988.

Em decorrência da diminuição da intensidade da autonomia privada, diante do dirigismo contratual e da prática cada vez mais freqüente dos contratos de adesão, operou-se o enfraquecimento da ideologia do contrato como fruto da liberdade individual. Diante desse fato, os juristas passaram a tratar este fenômeno limitador da autonomia privada e da liberdade contratual como a “crise do contrato”. Alguns doutrinadores, como GILMORE (1995), entendem que o contrato perdeu totalmente sua essência. Em razão de sua existência, GOMES (1977, p.183), assim como GILMORE, chegou a prever o desaparecimento do contrato: “ A crise atinge o âmago mesmo da autonomia privada, de que o negócio jurídico é a expressão de maior relevo. Paulatinamente, a esfera da liberdade individual, enquanto se dilata o pan-administrativismo. E à medida que murcha, o contrato, seu mais perfeito instrumento,

vai desaparecendo melancolicamente da cena jurídica.”¹

Apesar de o contrato ter se adaptado a uma nova realidade, não se pode considerar que ele perdeu sua essência, mas sim sua essência sofreu uma modificação no decorrer do tempo, permitindo que a autonomia da vontade seja substituída por uma função social.

O contrato evoluiu ajustando-se as evoluções de um novo sistema. A concepção clássica, na qual o contrato assumia papel subordinado dentre as formas de aquisição da propriedade, perdeu sua relevância. Atualmente, de acordo com SELEME (1998, p. 268), o contrato perfaz o papel de capitalizador de novas formas de riqueza, para atendimento das finalidades da empresa.

Além disso, com o processo de globalização, o contrato encontra-se sustentado nas idéias neoliberais. Assim, exige-se que o seu funcionamento seja o mais livre possível no mercado mundial.

Conforme discorre BRAGA FILHO (2002 p. 241): “a globalização econômica reforça e valoriza demasiadamente os contratos, que passam a ser utilizados como verdadeiras leis (condições gerais do contrato), a ponto de ser perceptível o fenômeno da contratualização do direito, ou seja, a predominância do direito contratual em face do direito estatal.”

O efeito da globalização sob os contratos pode ser visualizado, posto que suas características afastam ou dificultam a incidência das normas jurídicas vigentes nos estados nacionais, já que a rede de computadores, como a *Internet*, elimina as barreiras físicas.

Além disso, alguns contratos eletrônicos são de adesão, e desta forma não permitem a plena liberdade contratual, especialmente a negociação de cláusulas o que acentua a desigualdade entre partes.

Cada vez mais a massificação eletrônica dos contratos fortalece este processo

¹ A tradução é de responsabilidade da autora.

econômico com a conseqüente contratualização do direito e o deslocamento do poder normativo dos entes estatais nacionais. Isso ocorre especialmente para a parte contratante capaz de estabelecer as condições gerais do contrato e também para organismos internacionais e mundiais.

O contrato, em tempos de globalização, que se encontra em uma fase de neoliberalismo, não será nem tão livre, fruto exclusivo da autonomia da vontade, nem tão controlado pelos estados nacionais. O que se vislumbra é que o mercado globalizado pode ser alcançado sem a perda da igualdade social, mostrando a possibilidade do contrato continuar decorrente da autonomia da vontade, mas limitado pela sua função social e pelos demais princípios contratuais.

2.2. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Os contratos na concepção clássica são estruturados nos seguintes princípios fundamentais: da obrigatoriedade, da boa-fé objetiva, da autonomia da vontade, do consensualismo e da relatividade dos efeitos.

De acordo com BRAGA FILHO (2002, p.250), a globalização fortaleceu os princípios, especialmente em relação ao da autonomia da vontade, que vinha sendo desprezado pelo estado social. Também, os princípios da liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e relatividade do contrato, segundo NALIN (2002, p. 110) são o tripé principiológico de sustentação do contrato moderno.

2.2.1. Princípio da Obrigatoriedade

Por esse princípio tradicionalmente entendia-se que as estipulações feitas no contrato deveriam ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. Justifica-se que sendo o ato negocial uma norma jurídica, constituía-se em lei entre as partes, sendo intangível, a menos que ambas as partes o rescindissem voluntariamente ou houvesse a escusa por caso fortuito

ou força maior, conforme prevê o *caput*, do art. 393, do Atual Código Civil (C.C.B./2002), de tal sorte que não se poderia alterar seu conteúdo, nem mesmo judicialmente.

Contudo, esta idéia tem sido enfraquecida, reiteradamente, a partir dos últimos anos do século passado, quando apareceu na doutrina uma tendência ao revisionismo contratual. De acordo, por exemplo, com a teoria da imprevisão, não é necessário que a prestação se torne impossível para que o devedor se libere do liame contratual. Basta que fatos extraordinários e imprevisíveis ocorram, tornando a prestação excessivamente onerosa para uma das partes. Ocorrendo esta situação, o prejudicado pode pedir a resolução do contrato.

Assim, a idéia de força obrigatória do contrato continua vigente, mas não pelo argumento de que sobre ele se edifica a idéia de segurança jurídica nas avenças, mas sim que uma vez firmado, a justiça contratual residirá na comutatividade da relação. Atualmente, a obrigatoriedade está associada ao dever, de raiz ética, de respeitar a palavra dada, assegurando a observância de certos compromissos, ligados essencialmente à tutela da confiança e ao princípio da boa-fé, pois a idéia de segurança jurídica está ligada na condição dos contratantes de cumprirem com suas obrigações, sem sobressaltos, abusos ou excessos.

2.2.2. Princípio da Boa Fé

O princípio da boa-fé contratual, especificamente, traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. Presume-se que o contratante ao tornar eficaz um contrato instrumentado por meio de um computador o faz de boa-fé.

Há duas concepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva. Segundo NORONHA (1994, p. 131), a primeira diz respeito a dados internos, fundamentais psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; e a segunda diz respeito a elementos externos, normas de condutas que determinam como o sujeito deve agir. Uma seria a

boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio. Esta no campo contratual seria a boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva é uma regra de conduta, é um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, a fim de preservar a confiança da outra parte. Seguindo essa concepção, NALIN (2002, p. 126), entende que “a boa-fé objetiva decorre da compreensão do sentido complexo da relação jurídica obrigacional, e da pluralidade de seus múltiplos deveres, que põe em evidência a necessidade de ser fiscalizado o comportamento do sujeito contratante”. Nestes termos a boa-fé é designada de boa-fé lealdade ou confiança, pois tem por objetivo garantir a estabilidade e segurança das transações.

Encontramos facilmente a boa-fé objetiva na relação fornecedor-consumidor, em virtude da necessidade da observância de regras compatíveis com a lisura que deve existir no contrato. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é instrumento para a concretização do princípio da boa-fé com todo o seu perfil constitucional.

Apesar de sempre existir em nosso ordenamento jurídico, sendo facilmente localizado como princípio geral de direito, ainda não era positivado. Com o advento do CDC, o princípio da boa fé, de regra de interpretação passou a ser considerado um princípio jurídico aplicável como fonte de direito, elevado à categoria de norma jurídica. Assim, a partir de agora, é norma posta, de observância obrigatória. Tanto que no artigo 4º, do CDC vamos encontrar que “a Política Nacional de Relações de Consumo” tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida bem como a transferência e harmonia das relações de consumo.

Esse entendimento também é apontado no art. 51, IV, do CDC, motivando o controle das cláusulas abusivas. Em decorrência disso, a boa fé passa a ser elemento objetivo das relações jurídicas, de apuração obrigatória na formação dessas relações jurídicas, principalmente para as de consumo.

Podemos concluir, então que a boa-fé objetiva como princípio impõe limites à autonomia privada, como adverte MARTINS (2000, p. 106), “na medida em que a adequação das expectativas da parte contratante repousa, ainda que de modo mediato, no respeito à dignidade humana.”

Mas, além de ser um limite de direitos, segundo COSTA (1998, p.24), a cláusula geral de boa-fé possui três funções: a) determinação de comportamento; limite a direito e c) fonte de direitos e deveres.

Assim, a boa-fé somada a outros princípios dela derivados, como da transparência, confiança e equidade, encerra o circuito da justiça contratual.

2.2.3. Princípio da Autonomia da Vontade

A base do contrato, indiscutivelmente, é a livre declaração de vontade. Assim é que a autonomia da vontade constitui princípio consagrado no ordenamento jurídico e revela-se no arbítrio do indivíduo em firmar o negócio ou não.

PEREIRA (1997, p. 9), define o princípio da autonomia da vontade ao concebê-lo como aquele que “assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a liberdade de contratar.”

Nesse sentido, o princípio da autonomia da vontade caracterizava a concepção individualista e liberal que ao tempo imperava. Era a garantia de liberdade (tutela subjetiva da vontade) do cidadão face ao Estado.

No entanto, essa concepção passa a ser relativizada, abrindo espaço para uma justiça substancial (tutela objetiva da confiança), pois reconhece que nas obrigações contratuais o fundamental não é à vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a esta o poder de auto-regulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada, conforme ensina NORONHA (1994, p. 112).

O contrato, assim, por um lado reflete a autonomia das partes, e por outro se

submete à ordem pública, devendo ser o momento de equilíbrio dessas forças. Reduzindo-se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entenda conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública e vice-versa.

Por meio desse princípio procura-se assegurar o equilíbrio entre as partes da relação jurídica, mediante a proibição das cláusulas abusivas à adoção de novos fundamentos, bem como procura garantir adequação do produto ao serviço, além de prevenir riscos e reparar prejuízos.

2.2.4. Princípio do Consensualismo

Ao longo dos anos o contrato sofreu longa e profunda transformação, sendo necessário durante certo período que fossem observadas certas formalidades para sua formação. Entretanto, tal procedimento se generalizou ao passo que a menção do ato valeria mais do que o próprio. Passou a ter mais valor a declaração de vontade do que se as formalidades haviam sido observadas.

No direito contratual, o sistema consignou a regra pela qual o contrato se forma pelo consenso das partes, fixando que qualquer ajuste, como expressão de acordo de vontade das partes, tem igual força cogente.

O princípio do consensualismo, de acordo com NORONHA (1996, p. 117) é a liberdade quanto à forma que deve revestir os contratos e os negócios jurídicos unilaterais.

Opõe-se ao tradicional princípio do formalismo aclamado pelo Direito Romano. Atualmente os contratos não dependem de formalismos especiais, salvo quando seja expressamente determinado em lei.

As partes são livres para contratar, dentro da esfera da auto-regulamentação de interesses marcada pela autonomia privada, atingindo apenas as partes que a criaram e não a terceiros.

2.2.5. Princípio da Relatividade dos Efeitos

Em virtude da globalização até o princípio da relatividade dos efeitos, que historicamente tinha como pressuposto que a coisa feita entre outros não prejudica nem beneficia a terceiros (“*res inter alios acta*” e “*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*”), perdeu sua eficácia.

A partir do momento que consideramos que o contrato deve ter uma função social, segundo dispõe o art. 421 do C.C.B./2002, a sua existência há de se impor por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes até ser oposta por terceiros às próprias partes. Não só a violação do contrato pelas partes gera responsabilidade civil, como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados.

Como diz NORONHA (1994, p. 120), a verdade é que só em razão da relevância da autonomia da vontade por razões de econômica social que o efeito da relatividade do contrato como a própria liberdade contratual terão valor. Sem a autonomia da vontade aos particulares esse princípio não têm relevância.

2.3. INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO

A *Internet* surgiu como uma rede de computadores criada para estudos pela *Advanced Reserch Project Agency* – ARPA, recebendo a denominação de ARPANET², no final dos anos sessenta. Criada pelo Ministério de Defesa dos Estado Unidos, para interligar uma estrutura militar, com o tempo foi perdendo a sua finalidade, sendo apropriada pela comunidade acadêmica. Com a regulamentação para exploração comercial, na metade da década de 90, pequenas redes que antes operavam isoladamente, interligaram-se em uma rede única, surgindo naturalmente a Rede das

² A ARPANET foi encampada pela National Science Fountation - NSFNET. Os militares criaram uma rede própria, a MILNET.

Redes, atingindo consumidores e cidadãos em todo o mundo.

A *Internet*, segundo SILVA JUNIOR (2001, p. 164) “antes de ser um fenômeno econômico, é também um fenômeno social, de modo que a carga valorativa, ideológica, normativa, estética e política inerente à sociedade deve também se referir à mesma, ainda que para a garantia disso, alguns imperativos econômicos devam ser mitigados.”

Ela proporciona tanto às empresas como aos seus usuários um modo rápido e prático de celebrar contratos. A celebração de contratos via Internet pode se sujeitar aos preceitos pertinentes ao Código Civil Brasileiro, ao Código de Defesa do Consumidor e ao Direito Internacional. A aplicabilidade dessas normas dependerá de cada caso concreto.

Segundo o RESEARCH citado por FLEURY e ABREU (1999, p.56), “enquanto a Internet levou apenas três anos para atingir 90 milhões de usuários, o rádio levou mais de 30 anos para atingir 60 milhões de usuários e a televisão levou 15 anos para atingir o mesmo volume”. Cita ainda que projeções estimaram que, em 1998, aproximadamente 5,1 bilhões de dólares tivessem sido comercializados por intermédio da Internet.

Conforme CRUZ citado por WERNKE E BORNIA (1999, p.56), na *Internet* estão conectados computadores de todos os tipos, marcas e procedências. Para que a comunicação entre eles fosse possível, desenvolveu-se um protocolo de comunicação chamada TCP/IP (*Transmission Control Protocol/ Internet Protocol*). Um protocolo de comunicação pode ser entendido como um conjunto de regras de linguagem e comportamento que estabelece como deve se comunicar quem quiser enviar e receber mensagens numa rede de computadores. Assim, todo computador que se conectar à Internet deve, obrigatoriamente, falar TCP/IP para ser entendido e entender os outros computadores.

Conforme pesquisa Cadê/Ibope, a *Internet* faz parte do universo de 7% dos 15.115 entrevistados, projetando cerca de 2,5 milhões de internautas brasileiros. A

pesquisa demonstra a potencialidade do mercado brasileiro. Entre os entrevistados que utilizam a *Internet*, 46% conectam diariamente, e os acessos são efetuados, na maioria das vezes, por pessoas na faixa etária de 20 a 29 anos, pertencentes às classes A e B e com nível de escolaridade superior.

A primeira forma de comunicação pela *Internet* foi o correio eletrônico. Posteriormente surgiram os primeiros *websites* para consultas, sem que o usuário pudesse interagir com eles. Por último, o usuário passou a transmitir informações aos *websites*, estabelecendo transações em tempo real entre duas partes.

O custo para o estabelecimento de comunicação entre dois computadores tornou-se viável para algumas empresas, surgindo, então o chamado Comércio Eletrônico (*E-commerce*), no qual as empresas passaram a explorar o potencial negocial via *Internet*.

O Comércio Eletrônico (*E-commerce*) pode ser definido como o canal de compra e venda de informações, produtos e serviços através de redes de computadores. É uma evolução da prática comercial tradicional, provocando mudanças na forma das pessoas interagirem.

Tem entre suas características o emprego de uma mensagem, cuja programação em um terminal informático constitui a diferença básica com os documentos tradicionais consignados em papel.

Ele pode incluir todos os tipos de esforços de pré-vendas até pós-vendas, como também atividades auxiliares, que, por sua vez, inclui novos enfoques para pesquisa de mercado, geração de condução qualificada de vendas, anúncios, compra e distribuição de produtos, suporte a clientes, distribuição de conhecimentos e transações da produção.

A *Internet* permite aos seus usuários o inter-relacionamento sem fronteiras, priorizando a capacidade de investimentos por meio da rede.

2.4. CONTRATOS ELETRÔNICOS

O “contrato” pode ser definido como um negócio jurídico plurilateral formado de pelo menos duas declarações de vontade com conteúdos coincidentes e destinados à criação de direitos e deveres entre as partes. Assim, para CARVALHO (2001, p.30), “o núcleo central da definição de contrato é, portanto, o acordo das declarações de vontade das partes contratantes.”

Por meio da declaração de vontade é que as relações jurídicas se formam, modificam-se e se extinguem. A declaração de vontade é a manifestação que permite a produção de um efeito jurídico, podendo ser válida quando a vontade exteriorizada coincide com o querer interno do declarante. Caso haja discrepância entre elas, e o destinatário tinha conhecimento, a declaração é passível de anulação nos moldes dos arts. 110, 138 a 165 do C.C.B./2002.

A *Internet*, conforme já exposto, pode ser utilizada como um meio de viabilizar o chamado “contrato eletrônico”. Um exemplo das partes manifestarem sua vontade é um simples *clique* na tela do computador.

As declarações de vontade pela *Internet* tomam a forma eletrônica, por diversas modalidades de comunicação, como será visto no ponto 2.4.1.. Mas em suma, as declarações de vontade eletrônicas são digitadas e processadas pelo autor com o auxílio de um teclado, mouse, programa de voz, entre outros, e então transmitidas ao destinatário por via eletrônica. Outra forma de declaração existente seria as transmitidas pela via digital, conhecida como automatizada.

Assim, mesmo a declaração de vontade transmitida por um computador tem a sua origem em comando humano, sendo, portanto, perfeitamente válida. (CARVALHO, 2001, p. 63).

A conceituação mais abrangente e sucinta que encontramos em doutrina é a de ZUMARAN (2000) quando diz que os “contratos eletrônicos” são aqueles para cuja celebração o homem se valha da tecnologia informática podendo consistir seu objeto

de obrigações de qualquer natureza.

Na Argentina, MARTOREL (1997, p.637) entende que a expressão "contrato eletrônico" é utilizada pela doutrina tanto nos contratos que contenham estipulações referentes a bens ou serviços informáticos como aos contratos celebrados diretamente entre computadores.

Na concepção de GLANZ (1998, p.72) "o contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas".

Já GARCIA JUNIOR (2001, p. 148) define o contrato eletrônico como "aquele celebrado a distância, em que oferta e aceitação ocorrem exclusivamente por meios eletrônicos (sendo assim, estaria excluído do conceito o contrato em que, por exemplo, o pedido seja formulado por fax e aceitação enviada eletronicamente)".

De acordo com esse autor duas características devem ser ressaltadas: a utilização do meio eletrônico para a formação da vontade e o meio eletrônico seria prova certa do negócio, pois é equiparado ao contrato escrito.

Segundo DE LUCCA (2001, p. 49), a única forma de definir o contrato eletrônico seria a partir da noção de documento eletrônico, na forma estipulada no art. 14, do Anteprojeto de Lei sobre Regulamentação do Comércio Eletrônico, elaborado pela Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil nº 1589/99, de 31 de agosto de 1999, que fornece a seguinte definição: "Considera-se original o documento eletrônico assinado pelo seu autor mediante sistema criptográfico de chave pública."

A "criptografia é a técnica utilizada para garantir o sigilo das comunicações em ambientes inseguros ou em situações conflitantes." (QUEIROZ, 2001, p.389).

Assim, criptografia estaria destinada a garantir a publicidade, a autenticidade, e a segurança dos atos jurídicos.

Embora a legislação sobre o assunto ainda não esteja consolidada, é inquestionável a gama de vantagens trazidas pelos contratos eletrônicos, sob o ponto de vista de redução de custos.

2.4.1. Tipos de Contratos Eletrônicos

Os contratos celebrados via *Internet* ou digital apresentam diversas classificações.

Uma delas seria a determinada por MARKOVITH e MENDEL (1999, p.29), que consideram que existem dois tipos fundamentais: aqueles que se referem a bens (equipamentos, periféricos, etc...) e aqueles que se referem a serviços (assistência, formação, programas, entre outros..).

Em relação ao âmbito de aplicação desses contratos, eles podem ter as seguintes formas: a) quando os sujeitos são organizações e consumidores pessoais (B2C – *bussines to consumer*); b) quando realizado entre organizações (B2B – *ussines to bussines*); c) entre empresa e governo (B2G – *bussines to governement*). Neste ultimo caso a aplicação do CDC é restritiva, bem como está condicionada a aplicação da lei brasileira; d) quando o usuário ou consumidor interage com a administração pública (*consumer to administration*); e quando as organizações promovem vendas internas, como as empresas estruturadas em Unidades de Gestão, semi-autônomas.

Ademais, LUÍS WIELEWICKI³, citado por SILVA JUNIOR e WAISBERG (2001, p.196), também apresenta uma classificação para os contratos celebrados eletronicamente: a) por meio de contratos cuja celebração se dá eletronicamente; b) por meio de contratos cujos termos são veiculados por mídias eletrônicas, mas com objeto contratual voltado ao ambiente digital.

2.4.1.1. Contratos celebrados eletronicamente

Os contratos celebrados eletronicamente são instrumentos obrigacionais de

³ WIELEWICKI, Luís. *Contratos e Internet – Contornos de uma breve análise*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 191-209, 2001.

vinculação digital, tais como signos eletrônicos transmitidos pela Internet, permitindo a determinação de deveres e obrigações jurídicas.

Esse tipo de contrato permite a manifestação de vontade das partes por meio do uso do e-mail. Também, pode acontecer em tempo real nos chamados “*Internet Relay Chats* (IRC)”, possibilitando de um modo análogo aos aparelhos telefônicos, uma comunicação entre contratantes, na medida em que a mensagem enviada aparece quase que imediatamente na tela do computador destinatário.

2.4.1.2. Contratos veiculados por mídias eletrônicas

Trata-se de instrumentos veiculados pela mídia que podemos chamar de não digitais, mas que estão voltados a *Internet*, são eles:

a) Contratos de Fornecimento de Conteúdo a *Websites*: são aqueles em que uma empresa ou pessoa compromete-se a produzir, buscar, selecionar, editar e disponibilizar informações que serão veiculadas em um *website* pertencente a uma outra empresa. O usuário da Internet o acessa pela chamada *WORLD WIDE WEB* (*WWW*), em um número ilimitado de informações, sendo facultado inclusive celebrar contratos por meio de “cliques” na *website* de um fornecedor de produtos e serviços.

Tendo-se em vista a unilateralidade das cláusulas contratuais, os contratos por “clique” podem ser enquadrados como contrato de adesão, sendo perfeitamente viável a aplicação de todas as normas de defesa do consumidor, segundo o art. 54 do CDC, desde que respeitando as regras de Direito Internacional ou aplicável a legislação brasileira.

b) Contratos de Desenvolvimento de *Websites*: não se destina ao fornecimento de conteúdo a *wesites*, mas sim à criação técnica e estética das páginas.

c) Contratos de Criação e Veiculação de Anúncios Publicitários em *Internet*. Instrumentos geralmente celebrados por três partes: o anunciante, as agências publicitárias encarregadas do desenvolvimento de campanhas promocionais na

Internet, e empresas proprietárias de *websites*, que se comprometem a veicular o material publicitário dos anunciantes em suas páginas *on-line*.

d) Contratos de Compra e Venda de Domínios de Internet: os domínios da Internet expressões e alfanuméricas podem ser livremente transacionadas desde que não violem direitos de propriedade intelectual.

Assim, algumas das vantagens que podem ser identificadas nos contratos eletrônicos são a celeridade no fechamento dos negócios, o custo reduzido, a melhor distribuição da cadeia de fornecimento, entre outras.

Do exposto, verifica-se que a realidade contratual existente tem se amoldado à necessidade do mundo virtual.

3. FORMAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL PELA INTERNET

3.1. REQUISITOS DE VALIDADE

O contrato, como negócio jurídico, deve satisfazer certas condições que digam respeito ao seu objeto, à sua forma e às suas partes. De acordo com o art. 104 do C.C.B./2002, essas condições de validade são: agente capaz; objeto lícito, possível e determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

3.1.1. Capacidade das Partes

Para a formação de um contrato, leva-se em conta o concurso de uma ou mais vontades. Portanto, as partes devem ser capazes para emitir a sua vontade e para praticar os atos da vida civil.

Considera-se totalmente capacitado à prática de todos os atos da vida civil, conforme determina o art. 5º do C.C.B./2002, aquele que completa 18 anos, desde que não preenchidas nenhuma das situações previstas nos arts. 3º, incs. II e III e 4º, incs. II, III e IV do C.C.B./2002. Os atos praticados pelos absolutamente incapazes, apontados no art. 3º do C.C.B./2002, são nulos. Já os atos praticados pelos relativamente incapazes, previstos no art. 4º do C.C.B./2002, são anuláveis.

De acordo com CARVALHO (2001, p. 102): “A sanção imposta pelo Direito Civil ao menor que com dolo ou má-fé oculta ou falseia sua idade traz como consequência, no caso dos contratos eletrônicos, a possibilidade de o fornecedor na Internet diminuir os seus riscos ao incluir no formulário de uma homepage a pergunta sobre a idade do consumidor, bem como o aviso expresso de que não serão celebrados contratos com menores.”

Caso um menor forneça dados falsos sobre sua idade no *website* do fornecedor, contratando ou encomendando qualquer produto sem a autorização dos

pais, não poderá alegar a sua incapacidade civil para se eximir da obrigação.

Um aspecto interessante no tocante às partes é a questão da identificação. A pessoa que utiliza um terminal pode não ser aquela identificada no mesmo. Geralmente utiliza códigos e senhas para identificar o usuário, mas não a própria pessoa que tenha efetuou a operação. Diante desse fato procura-se desenvolver sistemas para identificar o operador. Um exemplo desse sistema é a utilização da identificação pela impressão digital, possibilitando maior segurança ao sistema.

Outro sistema que está sendo desenvolvido é a identificação pela leitura da íris.

3.1.2. Objeto Lícito

O objeto do contrato eletrônico deve ser lícito, assim como ocorre nos contratos tradicionais, ou seja, conforme a lei.

3.1.3. Forma Prescrita em Lei

O princípio da liberdade da forma dos atos jurídicos, previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 107 do C.C.B./2002, tem sido internacionalmente observado em relação aos contratos eletrônicos.

Não havendo vedação alguma na lei ou previsão de forma *ad solemnitatem*, o contrato pode ser celebrado via *Internet*.

3.2. TEORIAS DA FORMAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL

É importante lembrar das teorias que tratam da formação do vínculo contratual, para que possamos compreender a aplicação dessas teorias ao contrato eletrônico.

A regra geral para contratos realizados entre pessoas presentes é que a

adesão do oblato (aceitante) constitui o acordo gerador do ato contratual, sendo este o momento de formação do elo contratual. No entanto, para contratos entre ausentes, como por correspondência, desperta-se o interesse na fixação do momento em que se deve considerar a vinculação perfeita.

De acordo com PEREIRA (1997, p. 25), não sendo possível estabelecer relações jurídicas sobre base tão frágil, há necessidade da exteriorização dessa vontade (aceitação), surgindo várias teorias que indicam o resultado. Vejamos:

a) Teoria da informação ou cognição: considera formado o contrato quando o proponente tem ciência da aceitação do oblato.

b) Teoria da recepção: o contrato só se aperfeiçoa quando o proponente recebe a resposta, mesmo que ainda não a leia.

c) Teoria da declaração ou agnição: o contrato se ultima pela declaração do aceitante. No entanto, é desfavorável, uma vez que não é precisa, pois não há um meio certo de determinar ao policitante quando o fato ocorra.

d) Teoria da expedição: entende que o momento do aperfeiçoamento do contrato é aquele em que a carta ou telegrama é expedido, pois nesse instante o aceitante perde o comando sobre a sua vontade.

O Novo Código Civil Brasileiro, em seu art. 434, adotou a teoria da expedição, mas não de forma uniforme. No caso de haver retratação oportuna ou se a resposta não chegar ao conhecimento do proponente no prazo, desfigura a teoria da expedição, admitindo um pouco da teoria da recepção e um pouco da teoria da informação.

Assim, nos próximos itens passamos a ver a aplicação dessas teorias à formação dos contratos via *Internet*.

3.3. OFERTA ELETRÔNICA

Indispensável verificar inicialmente que preexista um sistema eletrônico de

computador para responder qualquer contato a ser estabelecido pela contraparte.

De acordo com GARCIA JUNIOR (2001, p.148), "a oferta eletrônica pode ser conceituada como uma declaração de vontade emitida por meios eletrônicos por uma pessoa, e dirigida a outra ou outras, propondo a celebração de um determinado contrato. Aceitação eletrônica, por sua vez, é a declaração de vontade emitida por meios eletrônicos pelo destinatário de uma oferta, dando sua conformidade a ela."

A proposta ou oferta, denominada de policitação, representa o primeiro passo concreto em direção à celebração do contrato, distinguindo-se das negociações preliminares, que são negociações prévias que não criam deveres nem obrigações.

Salienta-se a necessidade de distinguir as negociações preliminares do contrato preliminar. De acordo com SANTOLIM (1995, p.04), o contrato preliminar integra de forma peculiar a fase da contratualidade, sendo que as negociações escapam à responsabilidade, adequando-se a vínculos jurídicos de outra natureza. Diferentemente dos contratos preliminares, as negociações são sondagens, estudos sobre o interesse das partes, sem que haja vinculação jurídica.

Segundo CARVALHO (2001, p.35), "Não estando presente na declaração de vontade a intenção do proponente de se obrigar, então se caracteriza, segundo a doutrina alemã, o chamado 'convite para a oferta' ou 'invitatio ad offerendum'. A 'invitatio ad offerendum' é a comunicação não vinculatória de uma pessoa da sua disposição para contratar." Assim, deve-se sempre distinguir as negociações preliminares dos contratos preliminares, pois as negociações prévias em que não a intenção do proponente em se obrigar, não geram qualquer tipo de obrigação.

De acordo com art. 427, do C.C.B./2002, a oferta é obrigatória para o proponente, tendo força vinculatória, salvo se ocorrer uma das hipóteses do art. 428 do C.C.B./2002. Com esse preceito, visa-se assegurar a estabilidade das relações sociais e de proteger a pessoa que, de boa-fé, crê na seriedade da proposta apresentada.

Diante do fato da oferta ser uma declaração receptícia de vontade, unilateral e vinculatória, tornando-se válida apenas quando seu conteúdo é determinado (claro,

completo e preciso) e traduz a intenção do proponente de se vincular. Para CARVALHO (2001, p. 34), “a oferta deve ter um conteúdo suficientemente determinado, designando todos os elementos essenciais ao negócio jurídico.”

Preenchido este requisito, o proponente estará vinculado por um certo tempo à sua oferta, não podendo mais revogá-la após o seu recebimento pelo destinatário. A obrigatoriedade da proposta impõe ao proponente o ônus de não revogar por certo tempo à oferta a contar da sua existência, gerando relação de direito obrigacional. A retirada injustificada da oferta sujeita o proponente às perdas e danos causados ao oblato.

Com o novo texto do art. 462, do C.C.B./2002, os contratos preliminares, exceto quanto a forma, devem conter todos os requisitos do contrato principal, devendo ser levados a registro (parágrafo único do art. 463), autorizando as partes exigirem a celebração do contrato definitivo, sob pena de responsabilidade civil. Diante do rigorismo imposto e da exigência do registro do contrato preliminar, alguns doutrinadores, como VENTURA (2001, p. 57), entendem que a nova redação do Código Civil não permite a celebração do contrato preliminar por meio eletrônico.

Também, na oferta deve-se distinguir as declarações de vontade dirigidas à pessoas ausentes e à pessoas presentes, em virtude da questão da validade e eficácia da declaração.

Alguns doutrinadores, como CARVALHO (2001, p. 40) entendem que as ofertas transmitidas ao oblato por meio de *Internet Relay Chat*, ou seja, de forma interativa, devem ser consideradas, como no caso de ofertas feitas por telefone, *inter praesentes*. No entanto, devem ser consideradas *inter absentes* as ofertas transmitidas por *e-mail* ou por “cliques” em uma *homepage*, hipótese em que ocorre um lapso temporal significativo entre a exteriorização da oferta e sua chegada ao oblato.

Devido não haver previsão legislativa estabelecendo o momento em que a

oferta se torna eficaz, doutrinadores como GOMES citado por DINIZ (1996, p.68)⁴, entendem que a oferta é uma declaração de vontade receptícia, que deve chegar ao seu destinatário para gerar efeitos, não bastando que seja apenas enviada.

No entanto há diferenciação entre declarações *inter praesentes e inter absentes*. No caso de pessoa ausente, a oferta passa a gerar efeitos no momento em que ingressa na esfera de domínio do destinatário e este pode, em circunstâncias normais e segundo os usos e costumes do lugar, tomar conhecimento de seu conteúdo. Não se exige a tomada de conhecimento fática.

Já entre pessoas presentes, de acordo com CAVALHO (2001, pg. 72), embora o Direito Brasileiro não o faça, há necessidade de diferenciar as declarações como corpóreas e incorpóreas. Tratando-se de declaração de vontade não corpórea, como por exemplo, oferta por telefone, o início de produção de seus efeitos jurídicos deve ser fixado do momento em que o destinatário toma conhecimento de seu conteúdo (teoria da cognição), uma vez que mensagem não é escrita, não tendo o destinatário a oportunidade de consultá-la novamente. Já no caso de declaração corpórea, em que o destinatário tem a oportunidade de guardar a oferta, o início de seus efeitos é a partir da chegada da oferta ao destinatário.

Aplicando-se essas teorias às declarações de vontades emitidas pela *Internet*, as pessoas consideradas presentes (por *Internet Relay Chats*), deve levar em consideração que a mensagem transmitida por escrito permanece registrada na tela do computador. Para caracterizar sua chegada, basta que ela apareça na tela do computador do destinatário, sendo este possível lê-la. Diferentemente dos casos dos usuários da *Internet* que se comunicam interativamente por meio de equipamentos como microfone e fone de ouvido, uma vez que as declarações transmitidas oralmente não são, em regra, registradas, tornam-se eficazes com a efetiva tomada de

⁴ GOMES, Orlando. *Tratado teórico e prática dos contratos*. 2º ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 68, 1996.

conhecimento por parte do destinatário.

Cabe ao proponente determinar o prazo de validade de sua oferta. Quando deixa de estabelecer o prazo, deve-se seguir as regras estabelecidas no art. 428 e incisos, do C.C.B./2002. Segundo CARVALHO (2001, p. 73), a primeira hipótese prevista pelo ordenamento legal é aquela em que a oferta é feita sem prazo a pessoa presente, devendo ser imediatamente aceita, caso contrário perde sua obrigatoriedade. Portanto, as ofertas feitas sem prazo em *Internet Relay Chat*, devem ser imediatamente aceitas, caso contrário perdem sua força vinculatória, conforme dispõe o inc. I, art. 428, do C.C.B./2002.

Já a oferta feita entre ausentes, sem estipulação de prazo, utilizando-se de uma *website* ou transmitida por correio eletrônico, o proponente deve esperar pela aceitação por tempo razoável, de acordo com o inc. II, art. 428, do C.C.B./2002. Neste caso, entende-se por tempo razoável, o lapso de tempo suficiente para que a resposta do oblato lhe alcance, ou seja, receba a oferta, reflita sobre a mesma, e envie o aceite.

Também, a oferta perde sua obrigatoriedade, quando a aceitação não tiver sido expedida dentro do prazo fixado, segundo o inc. III, art. 428, do C.C.B./2002.

Outra hipótese de perda da força vinculatória do contrato está prevista no inc. IV, do art. 482, do C.C.B./2002, quando simultaneamente com a oferta chega ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. Verifica-se que esta hipótese é irrelevante aos casos de ofertas feitas em *websites*, em virtude de que o usuário toma conhecimento do conteúdo da oferta no instante em que acessa a página eletrônica. No caso dos *e-mails*, a questão já não é tão simples. O *e-mail*, de acordo com CARVALHO (2001, p. 76), antes de ser acessado na caixa postal eletrônica do destinatário, fica armazenado no sistema central do provedor. Indaga-se, assim, no caso de *e-mail*, qual seria a interpretação adequada para a expressão ‘conhecimento da outra parte’. A retratação da oferta, como a oferta, é uma declaração de vontade receptícia que deve chegar ao destinatário, mas não necessariamente precisa ser lida por ele. Portanto, a retratação de uma proposta pela *Internet* é quase que impossível,

uma vez que o *e-mail* contendo a oferta entra no âmbito de domínio do solicitado poucos segundos após o envio, não havendo um intervalo de tempo longo e suficiente para que a mensagem com a retratação chegue antes ou simultaneamente.

Outro fato relevante é no caso de morte e incapacidade jurídica do ofertante. Embora o ordenamento jurídico não discipline essa hipótese, entende-se que a oferta é *intuitu personae*, sendo que o cumprimento da obrigação prometida pelo ofertante deixa de ser possível, perdendo a oferta seu objeto.

3.4. A ACEITAÇÃO ELETRÔNICA

O dever das partes contratantes de dar cumprimento às obrigações pactuadas nasce com a aceitação da oferta. O art. 431, do C.C.B./2002, possibilita a interpretação que a aceitação deve ser oportuna, conclusiva e coincidir plenamente em seu conteúdo com a proposta, caso contrário será necessário uma nova.

De acordo com o art. 430, do C.C.B./2002, a aceitação quando expedida em tempo hábil, mas chega tardiamente ao conhecimento do proponente, este deve comunicar imediatamente ao aceitante. Qualquer circunstância imprevista seja ela um vírus, um bug, ou até mesmo um congestionamento na rede, pode provocar o atraso no recebimento da aceitação por parte do proponente. Assim, o proponente tem a obrigação de comunicar imediatamente o ocorrido. Caso a comunicação não seja feita, o proponente deverá arcar com perdas e danos. A aceitação tardia não obriga o proponente ao seu cumprimento.

O art. 432, do C.C.B./2002, diferentemente do art. 430, regula a hipótese em que a aceitação é excepcionalmente não receptícia devido as circunstâncias do negócio. Também no caso do art. 431, o art. 430 não pode ser aplicado. O art. 431 regula a hipótese em que a oferta é feita a pessoa ausente mediante a estipulação de um prazo. Tendo sido a oferta enviada dentro do prazo, permanece ela de qualquer forma obrigatória.

Assim, a aceitação eletrônica será uma declaração de vontade emitida por meios eletrônicos pelo destinatário de uma oferta, dando sua conformidade a ela.

3.5. MOMENTO DE CONCLUSÃO DO CONTRATO

O sistema tomou como pressuposto a contratação entre pessoas físicas presentes ou ausentes. No contrato entre ausentes a distância geográfica se traduz num tempo de comunicação juridicamente relevante, posto que o sujeito emissor da vontade pode pretender revogar o contrato ou até mesmo falecer no lapso de tempo. Por isso, nesses contratos é necessário que o contrato se complete a partir do momento que se envie ao ofertante, a aceitação, ou a partir do momento em que cada uma delas é recebida tomando como base o correio.

O impasse que se instaura é saber se a formação dos contratos eletrônicos se aproxima da contratação por meio de telefone, considerada entre presentes, segundo o inciso I, art. 428, do C.C.B./2002, ou está ligada à formação de contratos por cartas, configurada como contratação entre ausentes, segundo a doutrina tradicional.

Na contratação eletrônica a celebração se dá entre pessoas fisicamente distantes, mas o meio utilizado muitas vezes neutraliza a geografia, pois a comunicação pode se dar quase de maneira instantânea.

As declarações instantâneas são aquelas nas quais o tempo de transmissão entre a oferta e a aceitação é quase insignificante, como nos contratos por adesão eletrônica, em que o contrato se consubstancia com o clicar de uma tecla.

O art. 428, inc. I, do C.C.B./2002, prevê: “deixa de ser obrigatória a proposta se feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considerando-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante.”

O referido artigo traz a tona dois assuntos. Um deles é em relação a *Internet* ser ou não um meio de telecomunicação como o telefone. O outro refere-se a dúvida

de ser entre ausentes ou entre presentes a celebração de um contrato pela *Internet*.

Para SCORZELLI⁵ citada por VENTURA (2001, p.53): “*Telefonia é o processo de transmissão da palavra falada ou de sons a distância através de cabos ou fios. Dados são as informações transmitidas. Verifica-se que, em termos de transmissão, não existe diferença alguma, posto que, no mesmo fio, voz e dados são transmitidos por intermédio dos fios telefônicos.*”

Já aceção de VENTURA (2001, p. 53), discordando do entendimento de SCORZELLI, a *Internet* não pode ser entendida como serviço telefônico:

“Primeiramente, a telefonia não mais depende de fios, haja vista a telefonia celular. Dizer que a transmissão de dados e telefonia é a mesma coisa porque ambas caminham pelo mesmo fio é o mesmo que dizer que o carro e o motorista são a mesma coisa porque trafegam pela mesma estrada. Trata-se de conclusão das mais absurdas, haja vista, inclusive o que determina a legislação pertinente (Lei Geral de Telecomunicações – nº 9.472/97). Telefonia é serviço de telecomunicação, mas *Internet* não. Trata-se de serviço de valor adicionado.”

Conclui-se que a telefonia dá suporte à *Internet*, mas que com ela não se confunde. Portanto, na aceção de VENTURA, o texto do atual código não soluciona a dúvida. Mesmo existindo o art. 435, do C.C.B./2002, determinando que “reputa-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”, resta o impasse se os contratos eletrônicos são celebrados entre presentes ou entre ausentes.

Indaga-se qual seria a natureza jurídica da *Internet*. Ela seria um lugar ou um meio? Caso a *Internet* seja entendida como um lugar, a proposta e a aceitação seriam realizadas na *Internet*, devendo o contrato ser considerado entre presentes, uma vez que as partes encontram-se no mesmo lugar. No entanto, haveria uma lacuna sobre qual seria o foro competente, uma vez que as partes não elegem um. Se a *Internet* for

⁵ SCORZELLI, Patrícia. *A Comunidade Cibernética e o Direito*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p.53, 1997.

entendida como um meio, a proposta e a aceitação seriam realizadas em lugares diversos, devendo ser considerado o contrato entre ausentes, nos moldes do art. 435, do C.C.B./2002, reputando-se celebrado no local em que foi proposto.

De acordo com VENTURA (2001, p. 56), deve prevalecer o entendimento de que a *Internet* é um meio, e que o contrato é entre ausentes.

Já para BASSO (1998, p. 78), a formação contratual é dividida em três espécies, com momentos de formação distintos: "(a) Instantânea, em que o intervalo entre oferta e aceitação pode ser desconsiderado; (b) *Ex intervallo*, em que existe um intervalo considerável entre oferta e a aceitação; (c) *Ex intervallo temporis*, em que há troca de contrapropostas entre as partes."

LORENZETTI (2001, p.433) entende que: "o consentimento eletrônico envolve contratações entre empresas e seus consumidores, bens materiais que a partir do consentimento são enviados ao adquirente, e bens imateriais que são instantaneamente utilizados pela rede". Assim, o consentimento eletrônico seria entre presentes, posto que as declarações são instantâneas.

No entanto, a questão central é determinar o momento de aperfeiçoamento do contrato e a legislação aplicável.

Para tanto seria necessário verificar se o *website* teria elementos suficientes para constituir uma oferta. Nesse caso é uma oferta ao público, vinculatório se for um contrato de consumo, o que permite concluir que no momento que o usuário transmite a declaração de aceitação, o contrato se perfaz. Portanto, seria perfeitamente viável a aplicação de todas as normas de defesa do consumidor, segundo a definição do art. 54, do CDC, quando aplicável a legislação brasileira.

Ensina VOLPI NETO (2001, p.30) que:

"Nesse caso, que, como já se assinalou, deverá ser considerado como sendo entre presentes, somente será possível a identificação do ofertante (e via de conseqüência, a definição do lugar do contrato) se os sistemas interligados possuírem dispositivo de controle,

insuscetível de manipulação unilateral, que permita aferir de quem pariu a iniciativa da celebração do contrato. Em que pese a contratação, nesses casos, dar-se quase que instantaneamente, ainda, assim de um dos sistemas, cronologicamente falando, deverá ter-se originando a primeira manifestação de vontade (cuja programação pode ser ter sido feita, até mesmo, em momento posterior àquele em que figurará como aceitante)".

De acordo com o autor o contrato se perfaz a partir do momento em que o usuário recebe a aceitação da parte do provedor. Assim, aplicar-se-ia o princípio da recepção, completando-se a formação contratual a partir do momento em que a aceitação chega a quem faz a oferta. Desse modo o contrato se aperfeiçoaria a partir do momento em que o impulso do aceitante é registrado no servidor do provedor.

Em contrapartida, há outras teses que se contrapõem: a primeira impõe ao titular do e-mail a responsabilidade do controle e os riscos de seu funcionamento, uma vez que é proprietário. No entanto o risco da frustração da comunicação é cada vez menor. A segunda tese impõe ao emissor os riscos porque foi ele que escolheu o meio.

O art. 434, do C.C.B./2002, quando dispõe sobre os contratos entre ausentes, adota a teoria da expedição, ou seja, o contrato se conclui no instante em que a aceitação é expedida. Nesse sentido, CARVALHO (2001, p. 80) compreende que o contrato torna-se perfeito quando o aceitante efetivamente envia a aceitação. Dessa forma, quando aceitante 'clica' no espaço constante na *website* do fornecedor ou envia um correio eletrônico contendo a sua resposta positiva, o contrato estaria concluído. Por meio da teoria da expedição dispensa-se a apuração do momento em que a mensagem chega à esfera de domínio do destinatário. É irrelevante se a aceitação se torna eficaz com o seu armazenamento na caixa postal eletrônica do destinatário ou com a sua leitura pelo proponente. O momento da conclusão, segundo CARVALHO (2001, p. 81), seria "simplesmente o da expedição do e-mail contendo a aceitação." Se o correio eletrônico contendo a aceitação chega corretamente ao proponente, considera-se celebrado o contrato no momento da sua expedição. Caso ocorra um erro

ou problema de transmissão e o *e-mail* nunca chegue ao proponente, então o contrato não se torna perfeito.

3.5.1. Exceções a Teoria da Expedição

A teoria da expedição teria algumas exceções uma vez que não define o momento da conclusão de todos os contrato entre ausentes.

A primeira das exceções ocorre quando há retratação da oferta, conforme prevê o art. 433, do C.C.B./2002, segundo o qual a aceitação, de forma análoga à prescrita no art. 428, inc. IV, é considerada inexistente, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante. O contrato não se torna perfeito, uma vez que a retratação impede que a aceitação se torne eficaz.

Outra exceção está consubstanciada no art. 434, inc. II do C.C.B./2002, quando prevê que os contratos entre ausentes não se tornam perfeitos com a expedição da aceitação se o proponente houver se comprometido a esperar a resposta.

A última exceção diz respeito ao art. 434, inc. III, do C.C.B./2002, que trata da oferta feita a pessoa ausente mediante estipulação de prazo, o contrato torna-se perfeito “desde que a aceitação seja expedida, exceto se ela não chegar no prazo convencionado”. Esse artigo não deixa clara a consequência da chegada tardia da aceitação.

O presente artigo só pode ser interpretado de maneira coerente em conjunto com o inc. III do art. 428, adotando-se a teoria da recepção. Dispõe o inc. III, art. 428, do C.C.B./2002: “Se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado”. No caso de uma oferta feita com prazo a uma pessoa ausente, em que a aceitação, embora expedida dentro do prazo, chega ao destinatário tardiamente, o contrato forma-se não mais no momento da expedição da resposta, mas no instante em que esta chega ao proponente.

Assim, um *e-mail* enviado tempestivamente chegará ao destinatário, em

regra, em tempo hábil. Portanto, nos contratos eletrônicos, a exceção do art. 434, inc.III, do C.C.B./2002, segundo a maior parte dos doutrinadores terá pouca importância, pois o momento da conclusão do contrato é fixado de acordo com a teoria da expedição, no instante em que o e-mail é enviado. Apenas na hipótese de o *e-mail* ser enviado no período da noite do último dia do prazo, poder-se-ia entender que a aceitação chegou ao destinatário apenas na manhã do dia seguinte e, assim, o prazo teria decorrido. O adiamento do momento da conclusão contratual pode ter consequências relevantes para o cálculo do prazo prescricional ou o prazo de sete dias para o exercício do direito de arrependimento, previsto no art. 49, do CDC.

Em relação à fixação do momento da conclusão do contrato entre pessoas presentes, a doutrina brasileira entende que o contrato se torna perfeito no momento em que o aceitante exterioriza a sua aceitação e esta é entendida pela outra parte. Essa teoria denomina-se teoria da cognição.

3.6. ASPECTOS RELEVANTES NA ELABORAÇÃO CONTRATUAL PELA INTERNET

3.6.1. Agentes Intervenientes

No entendimento de DE LUCCA (2001, p. 59) os agentes intervenientes, como o provedor de acesso não podem ser considerados parte na realização de contrato pela Internet, como por exemplo na compra e venda. Aos provedores caberia apenas a função de organizar e viabilizar a comunicação entre o computador dos usuários.

Segundo DE LUCCA (2001, p. 60), o provedor:

"É aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na internet, seja armazenando e disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviço de

conexão (PSCI), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à Internet (SCI). Este, por seu turno, é o nome genérico que designa o Serviço de Valor Adicionado, que possibilita o acesso, à Internet, de usuários e Provedores de Serviços de Informações."

Em relação a esses intermediários verifica-se a dificuldade em apurar a responsabilidade dessas entidades que armazenam informações ilícitas e qual a responsabilidade das pessoas que inicialmente colocaram essas informações na linha.

É sabido que hoje um grande mercado surgiu devido a rede mundial de computadores. Com isso, uma grande fonte de renda para os servidores de acesso a rede é a propaganda. Muitas empresas compram espaços nos sites de serviço de acesso, fazendo o chamado "link" para o acesso rápido ao endereço eletrônico da empresa. Seria como colocar um anúncio no jornal, mas possibilitando ao consumidor através de um clique ter acesso rápido a empresa anunciada.

Muitos provedores, porém, não vêm se preocupando quanto a idoneidade e o conteúdo que esses estabelecimentos eletrônicos exibem em suas "lojas" eletrônicas.

Apesar do provedor não ser considerado parte contratual, com o advento do art. 927, do C.C.B./2002, segundo o jurista BLUM (2003, p. 10)⁶, ampliou a responsabilização dos provedores. Segundo ele, antes do código, se o provedor hospedasse um *website* pedófilo, por exemplo, e o retirasse do ar após uma investigação, se isentava da responsabilidade. Agora, as empresas provedores respondem também, pois é de responsabilidade delas fechar a vulnerabilidade do sistema e identificar o invasor.

3.6.2. Local da Celebração

Um aspecto importante em relação aos contratos eletrônicos é em relação ao

⁶ BUENO, Priscila, *Internet agora na mira da lei*, in *Gazeta do Povo*, p. 10, de 20 de janeiro de 2003.

local de sua celebração. A determinação do lugar da conclusão do contrato é de enorme importância com relação ao direito internacional privado, porque dele depende não só o foro competente, mas também a lei a ser aplicada à relação contratual.

Veja-se que no caso de um consumidor residente no Brasil, que utiliza a *Internet*, efetuando compras junto a *sites* de empresas nos Estados Unidos, não as recebe. Mediante essa situação, difícil a determinação do mecanismo para ressarcimento, bem como qual foro e sob qual direito deverá ser proposta eventual ação.

3.6.2.1. Lei aplicável

A dificuldade diz respeito em determinar a lei aplicável.

Tratando-se de contratos em que tanto o proponente como o aceitante são brasileiros não há dúvida que a legislação aplicável será a brasileira, inclusive, se for o caso, até com a aplicação do CDC.

Nos casos de contratação internacional o *caput* do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que: “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. No entanto, de acordo com DE LUCCA (2001, p. 353), essa regra não pode ser aplicada às transações eletrônicas, celebradas por meio de transmissão eletrônica de dados, devido não ser possível determinar o lugar no qual a obrigação se constituiu.

Assim, essa questão pode ser resolvida pelo art. 9º, §2º, da Lei de Introdução do Código Civil, quando estabelece que será aplicada a lei do lugar onde residir o proponente do contrato. Essa disposição também é prevista no art. 435, do C.C.B./2002, determinando que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde se deu a oferta ou residir o proponente.

Considerando a aplicação desse artigo a um contrato de compra e venda celebrado eletronicamente no Brasil, para aquisição de um bem no exterior, a lei

aplicável seria a estrangeira, local onde se situa o proponente.

A compra de um produto no exterior, realizada de forma eletrônica, daria ensejo a aplicação da lei do país estrangeiro, pois o comprador estaria aceitando a oferta por meio de simples transmissão eletrônica de dados.

Não obstante a aplicação da lei estrangeira, o art. 17, da Lei de Introdução ao Código Civil, também dispõe que a declaração de vontade estrangeira não terá eficácia quando ofender a soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. No mesmo sentido o art. 5º, inc. XXXII da Constituição Federal estabelece que o Estado proverá na forma da lei a defesa do consumidor.

Seguindo esse entendimento, a relação de consumo mesmo que envolva fornecedor situado no exterior seria disciplinado pelo CDC, por ser uma lei de ordem pública.

Por outro lado, disciplina o art. 1º, *caput e* §1º da Lei de Introdução ao Código Civil, que a lei brasileira vigora em todo o país, mas a sua obrigatoriedade nos Estados estrangeiros depende de que estes expressamente a admitam.

Assim, a aplicação do CDC não é categórica, posto que algumas contratações serão expressamente regidas pela lei estrangeira.

3.6.2.2. Foro competente

Outro ponto importante que precisa ser verificado é em relação ao foro competente para dirimir conflitos envolvendo contratos internacionais, quando o mesmo não é fixado entre as partes.

Em demandas judiciais em que o contrato é descumprido por um proponente estrangeiro, verifica-se a inviabilidade da propositura de uma medida judicial por parte do brasileiro no exterior em decorrência do custo.

No entanto, caso a demanda viesse a ser proposta no Brasil, para que a decisão da corte brasileira fosse acatada por outros países esta precisaria ser

homologada, o que obrigaria o consumidor a promover outra ação perante a corte estrangeira para que reconheçam a decisão proferida pela corte brasileira.

Recentemente a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁷, inovou o entendimento, decidindo que a mercadoria adquirida no exterior tem garantia de conserto no Brasil, caso haja uma empresa fornecedora da mesma marca no país. O voto dominante entendeu que “... as grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais” e ainda “se a multinacional está em todos os lugares, ela pode prestar serviços em todos os lugares”.

Também, o art. 101, do CDC, bem como o art 100, parágrafo único do CDC, possibilitam a aplicação do CDC, invertendo o foro da demanda para o local do domicílio do consumidor, quando o ofertante informa por meio de sua página eletrônica que possui o seu estabelecimento físico dentro do território nacional.

SILVA JUNIOR (2001, p.161), sugere como solução para o consumidor que enfrenta problemas com consumo via Internet, seria recorrer a fóruns criados especificamente para resolver essas questões.

“Várias iniciativas nesses sentido têm sido tomadas nos estados Unidos, como criação de instituições privadas como a *Web Trader*, a *NovaForum* e a *iCourthouse* dentre outras. Existem atualmente 29 provedores de serviços de resolução de disputa on-line, das quais 22 encontram-se nos Estados Unidos, algumas atuando em mediação e outras em arbitragem. Todas propõem-se como foros alternativos para resolução de disputas de consumo on-line, colaterais aos mecanismos tradicionais e muitas vezes mais efetivos que os mesmos.”

Enquanto não chegamos neste nível de organização, há de se resguardar os direitos do consumidor na sua plenitude. Vislumbra-se a possibilidade de que no futuro todas as *websites* de comercio eletrônico filiem-se a algum órgão de resolução de disputas, visando dirimir disputas judiciais.

⁷ Resp nº 63981/SP, 4ª TU do STJ, Min. Relator Aldir Passarinho Junior, DJ de 20/11/2000, p.

3.7. O CÓDIGO DE DEFESA NO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O tema direito do consumidor é de suma importância e, até certo ponto, polêmico em sede de contratos eletrônicos. Importante porque o comércio eletrônico facilitou o acesso do consumidor a vários produtos e serviços, possibilitando a realização de transações sem intermediários. Apesar da facilidade, o consumidor fica sujeito a diversas condutas lesivas, pois nem ao menos tem condições de avaliar um objeto adquirido via Internet. Assim, verifica-se a viabilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para regular as relações advindas do comércio eletrônico. A polêmica está em face da nova realidade que reside na extraterritorialidade de alguns contratos, deparando-se com o Direito Internacional.

A condição necessária à aplicação do CDC no âmbito da *Internet* reside no enquadramento de uma das partes como consumidor, que se trata de pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final (art. 2º, do CDC).

O seu âmbito de aplicação se dá: a) quando da formação do contrato; b) quando da execução do contrato; c) após execução do contrato. Nesses momentos a boa-fé tem grande importância e tem duas funções: como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual e como causa limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos.

O Código de Defesa do Consumidor não constitui qualquer empecilho a formação dos contratos pela *Internet* ou ao comércio eletrônico, pois pode incidir sob qualquer forma de oferta. A única coisa que diferencia da forma tradicional é o modo de contratação, que oferece mais agilidade, menores custos e diminui drasticamente as distâncias.

3.7.1. Da Publicidade e da Oferta

Os contratos eletrônicos, especialmente quando se originam de uma oferta pública na rede de computadores, sendo de adesão ou não podem ser regulados pelo CDC.

Os contratos de adesão, em especial, possuem regras específicas de eficácia que precisam ser seguidas pelos comerciantes e prestadores de serviços que ofertam produtos e serviços na rede, sob pena de suas disposições serem consideradas sem efeito e, portanto, não oponíveis ao consumidor.

Daí ser extremamente relevante informar ao consumidor que ao efetuar a sua compra pela *Internet* o faça com segurança, e a maneira mais apropriada para isso deverá levar em conta os pré-requisitos básicos de informação na página do ofertante.

As informações devem ser disponibilizadas no *website* com destaque e em local de fácil acesso, de forma clara e inequívoca de seus termos e condições do negócio, sob pena destes não se aplicarem. Além disso, o CDC estabelece que as cláusulas que implicarem limitação de qualquer direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, diferenciadas das demais cláusulas.

A *website* deve ser muito bem sinalizada e conter recursos técnicos que possibilitem solicitar ao consumidor confirmação de que leu e está de acordo com o contrato e com as condições do negócio.

Essas exigências encontram embasamento no art. 33, do CDC, que obriga as empresas que pratiquem venda através de telefonia ou reembolso postal, a constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

Ademais, a definição clássica de oferta contratual foi alterada e ampliada com o advento do CDC. Seu texto contém importantes preceitos visando à proteção dos interesses dos consumidores, inclusive normas sobre a obrigatoriedade da publicidade.

Em relação à publicidade, o CDC, em seu art. 30, estipula que qualquer publicidade veiculada, com dados suficientemente precisos sobre as qualidades do produto e seu preço, integra o contrato a ser celebrado e constitui uma oferta contratual obrigatória. Isso se deve ao grande apelo de marketing visando a promoção de bens e serviços perante o consumidor individual ou coletivo na *Internet*.

Buscou-se por meio do art. 30, coibir os casos em que o fornecedor faz uso de publicidade enganosa para atrair a atenção do consumidor, garantindo maior transparência, lealdade e veracidade de informações nas relações de consumo. Em vista disso deverão ser observados alguns princípios e limites mínimos em respeito aos consumidores.

3.7.2. Do Spam – Abuso de Direito

O *spam* é considerado uma correspondência recebida, mas não solicitada pelo destinatário. Equipara-se a uma correspondência qualquer, daquelas que se recebe diariamente junto com as contas de serviços telefônicos, de fornecimento de energia.

Devido não haver autorização do destinatário-consumidor, tem gerado várias discussões sobre a sua legalidade, uma vez que o ato é tratado pelo art. 39, inc. III do CDC como prática abusiva.

Para GARCIA JUNIOR (2001, p. 90), as pessoas que praticarem a conduta devem ao menos informar o caráter da mensagem.

Já LISBOA (2001, p.480) entende que: “*a simples compilação de catálogo com endereços eletrônicos não se constitui em ofensa à intimidade alheia, desde que não sejam acessados tais endereços inadequadamente, sem a prévia concordância do respectivo titular sobre os elementos que se oferecerão, em outras mensagens porventura transmitidas posteriormente.*”

Nesse sentido, o art. 21 do C.C.B./2002, reforça que a vida privada da pessoa é inviolável, sendo que incube ao judiciário tomar medidas contra atos contrários a

esta normas.

No mesmo sentido, o art.187, do C.C.B./2002, configura como ato ilícito aquele que excede os limites impostos pelo seu fim econômico e social.

O ato ilícito é aquele contrário a norma, enquanto o abuso de direito surge no comportamento que vai além dos limites autorizados. De acordo com AGUIAR JUNIOR (2000, p. 23), o abuso é um ato ilícito que se caracteriza pelo exercício que o titular de um direito faz além dos limites permitidos pelo fim econômico e social do contrato, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Da leitura desses artigos compreende-se que se o *spammer* exceder o limite de sua atividade como, por exemplo, copiar lista de e-mails de terceiros, estará cometendo ato ilícito, podendo responder civilmente por seu ato.

3.7.3. Direito de Arrependimento

Outra questão de grande importância envolvendo o CDC é o direito de arrependimento, previsto no art. 49.

A aquisição de mercadorias pelo comércio eletrônico deve ser comparada, para fins de direito do consumidor, com as chamadas “compras à distância”, que são aquelas feitas por telefone ou pelo sistema de entrega em domicílio. Nessas hipóteses o consumidor tem o direito de desistir da compra, num prazo de sete dias, contados da realização do contrato ou do recebimento do produto ou do serviço. Essa escolha é denominada “direito de arrependimento”, caso em que o consumidor deverá ser ressarcido das quantias que já tiverem sido pagas até então, corrigidas monetariamente.

A questão a ser debatida é a partir de quando começa a correr o prazo de 7 dias, em que momento o contrato é concluído e como podemos auferir o dia de seu desfazimento.

Este prazo é fatal para o cancelamento do negócio e segundo a lei, passado

os sete dias, o acordo não poderá ser desfeito sem que haja uma penalidade civil para o descumprimento ou desistência.

Tomando por base os contratos tradicionais, veremos que a eficácia da desistência dependerá dela ser recebida antes, ou conjuntamente, com a proposta ou aceitação. Se o meio empregado para a notícia do desfazimento for os correios isso não seria difícil de se materializar, pois o envio de um telegrama resolveria a questão por sua forma rápida de comunicação.

Ocorre que nos contratos via *Internet*, as propostas são feitas normalmente por e-mail, sendo que esse envio é realizado quase que instantaneamente. O CDC ao estabelecer o prazo de sete dias para a desistência parece que estava prevendo os casos possíveis de ocorrer com os contratos eletrônicos, posto que o tempo fixado é suficiente para que a mensagem eletrônica informando o cancelamento chegue a seu destinatário.

O ponto nodal da questão é saber em que momento começa a se contar o dia em que uma das partes informou a notícia do desfazimento. Seria no momento da recepção da mensagem pelo provedor, na hora em que o provedor descarrega a mensagem no e-mail do receptor? Como analisado anteriormente é questão primordial, pois dela depende aplicação de sanção para uma das partes.

Para resolver essa questão muitos doutrinadores, como GONGORA (2001, p. 114), adotam o posicionamento que o prazo deve ser considerado a partir do momento da efetiva entrega do produto ou da prestação de serviço.

De acordo com CARVALHO (2001 p. 68): “As normas do CDC sobre a oferta aplicam-se naturalmente a todos os contratos celebrados pela Internet. Em consequência disso, qualquer apresentação de produtos e serviços em uma *homepage* é considerada, no Direito brasileiro, não apenas uma *invitatio ad offerendum*, mas sim uma oferta vinculatória.”

Assim, o fornecedor na *website* deve procurar informar todos os dados relevantes sobre o produto oferecido, pois se presume que o fornecedor, intitulado de ofertante é

contratualmente vinculado a proposta.

Em consequência da obrigatoriedade da proposta, a sua recusa permitirá as sanções previstas no art. 35, do CDC. Esse artigo faz com que fornecedor fique coibido de retirar sua oferta antecipadamente e injustificadamente.

Portanto, na hipótese da mercadoria não ser entregue no prazo anunciado no *website* pelo vendedor ou caso de um fornecedor na *Internet* se recusar cumprir a oferta feita em uma página eletrônica, o consumidor poderá exigir, à sua escolha, a venda forçada do produto, aceitar um produto equivalente ou rescindir o contrato, com o direito da restituição da quantia paga, sem prejuízo de postular perdas e danos.

Na hipótese da existência de alguma cláusula nos contratos virtuais que proíba a devolução das quantias pagas antecipadamente pelo consumidor é considerada nula pelo art. 51 do CDC, podendo o consumidor fazer valer seus direitos judicialmente, caso a situação chegue ao extremo de não ser resolvida amigavelmente.

4. VALIDADE JURÍDICA DOS NEGÓCIOS REALIZADOS PELA INTERNET

4.1. SEGURANÇA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Uma das questões fundamentais que preocupam a viabilidade da celebração desses contratos é em relação à segurança nas transações, principalmente envolvendo questões como comprovação da autoria, insegurança em relação às garantias ofertadas ao comprador, à qualidade dos produtos, entre outros.

Apesar de ter havido crescimento no que se refere a oferta de produtos e serviços pela rede, o que se verifica na *Internet* é a proposta de contratação e o oferecimento de produtos e não a realização do negócio em si.

Em decorrência do anonimato e da inexistência de regulamentação legal, faz com que muitas empresas e indivíduos se utilizem da *Internet* para provocar fraudes anteriormente desconhecidas.

A incidência de fraudes nessa área tem sido tão crescente que o próprio Superior Tribunal de Justiça⁸ esta propondo a criação de uma comissão com integrantes dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo para o estudo e ordenamento de projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional a respeito do *e-commerce*, a fim de fixar regras para as relações travadas no ambiente eletrônicos e punir os criminosos.

Nos Estados Unidos, desde 1984, já há lei disciplinando fraudes e abusos pelo computador, conhecida por *Computer Fraud and Used Act-CFAA*. Também, em 1986, editaram lei que protege a privacidade nas comunicações eletrônicas, conhecida

⁸ DE LIMA, Layrce, “STJ quer criar uma comissão para regulamentar as relações na rede”, *Jornal Valor Econômico*, p. E1, de 4,5 e 6 de outubro de 2002.

como *Electronic Communications Privacy Act-ECPA*.

Apesar das dificuldades, a tendência é minimizar essas barreiras, com o desenvolvimento e a divulgação de novas tecnologias, trazendo maior segurança em relação ao sigilo das operações, pagamento pelo serviço ou serviço adquirido. É inconcebível obstar a realização de contratos pela internet em decorrência de fraudes, uma vez que os benefícios trazidos por esta rede globalizada são infinitamente inferiores ao seu mau uso.

Assim, como transferir a credibilidade baseada em conhecimento e papel para o ambiente virtual? Quando se negocia por intermédio de documento escrito a assinatura do autor é um modo confiável de atribuição de autoria. Dá-se certa integridade, pois seu processo é óbvio e está a vista. Já nos documentos eletrônicos como se certificar da identidade das partes contratantes, pois a compreensão das linguagens dos programas, bem como o funcionamento do computador fica distante das pessoas de um modo geral, que não especializadas no assunto.

Exige-se, portanto, a instrumentalização de um sistema para atribuição da autoria, garantindo segurança ao negócio, a fim de se evitar fraudes.

4.1.1. Da Criptografia

A criptografia é a outra forma encontrada para atender a preocupação com a preservação ou integridade das mensagens.

Criptografia segundo GARCIA JUNIOR (2001, p.77): “é a conversão, para caracteres incompreensíveis e com observância de normas especiais consignadas em cifras ou códigos, do texto de uma mensagem redigida com caracteres ordinariamente compreensíveis.”

Por meio da criptografia se alguém alterar um texto, mesmo que seja a inclusão de um simples ponto a título de correção, não será mais possível identificá-lo.

Conforme explica DINIZ (1999, p.28), a criptografia “consiste em uma

escrita que se baseia em um conjunto de símbolos cujo significado é conhecido por poucos, permitindo com isto que se criem textos que serão incompreensíveis aos que não saibam o padrão de conversão necessário para a sua leitora.”

Para o professor ROHRMANN⁹, citado por DE LUCCA (2001, p.55) criptografia pode ser explicada como:

“Criptografar uma mensagem corresponde a codificá-la. Na verdade, criptografia é a técnica que visa manter uma comunicação segura. Para tal, pode-se fazer uso de recursos singelos como aqueles utilizados pelas crianças ao trocar cada letra do alfabeto por símbolo convençãoado. Trata-se de transformar um texto legível em um conjunto de caracteres indecifráveis. As principais aplicações da criptografia surgiram relacionadas às aplicações militares, devido à necessidade de se trocar mensagens secretas sem que o inimigo tivesse acesso.”

A criptografia, portanto, pode ser entendida como a mutação com o intuito de ocultar uma informação, que encontra suas origens nas palavras gregas *kryptós*.

Com o advento da Primeira Grande Guerra sentiu-se a necessidade de criar meios de comunicação em códigos, surgindo os primeiros sistemas de criptografia, denominados simétricos. Essa técnica foi aperfeiçoada na Segunda Grande Guerra, expandindo-se também aos ambientes científicos e militares, onde foi desenvolvido o sistema de criptografia assimétrica. Assim, as duas modalidades de criptografia são denominadas, simétricas e assimétricas.

Na modalidade simétrica o codificador será o mesmo utilizado para criptografar e para descriptografar o texto. Esse sistema não permite que o usuário que tenha uma chave pública possa usá-la para enviar a outro que possua a mesma chave pública, pois este não poderá abrir a mensagem.

Já na assimétrica o codificador serve de uma chave privada para criptografar

⁹ ROHRMANN, C. A. Palestra proferida no Simpósio sobre Valores Imobiliários, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. 20 de março de 1998.

e de uma chave pública, que é divulgada por todos, para descriptografar. Esse sistema permite que o usuário envie uma mensagem secreta, devidamente encriptada com a chave privada, que somente aquele que possuir a chave pública poderá decifrar. A chave assimétrica atualmente é a mais adequada no âmbito do comércio eletrônico, tendo em vista seu grau de segurança e funcionalidade.

O sistema de utilização das chaves públicas e privadas garantem o sigilo das transações ocorridas em rede, possibilitando a identificação do remetendo e do receptor.

Recentemente foi publicado o Decreto 3.587, de 06 de setembro de 2002, criando infra-estrutura de Chave Pública do Poder Executivo (ICP-Gov) para certificação e autenticação de documentos eletrônicos. O ICP-Gov poderá utilizar a criptografia assimétrica para relacionar um certificado digital a um indivíduo ou uma entidade.

O ICP-Gov possui uma série de certificados de assinatura digital e de sigilo, classificados de acordo com os níveis ultra-secretos, secretos, confidenciais, reservados e ostensivos. Esses certificados serão empregados para a assinatura digital de documentos eletrônicos, mensagens de correio eletrônico, autenticação para acessos de sistemas eletrônicos e para a troca de chaves em estabelecimentos de cessão criptografada.

Além de a criptografia poder ser utilizada quase como uma assinatura digital, também pode servir para codificar o número de cartão de crédito, para realizar pagamentos, bem como proteger operações de risco via *Internet*. Sua utilização é reconhecida como ferramenta indispensável para garantir a confidencialidade, autenticidade e a integridade das mensagens transmitidas via rede.

O desenvolvimento tecnológico de softwares capazes de criar e aplicar sistemas como o acima exposto é de essencial importância para que comerciantes e consumidores invistam neste tipo de negociação.

4.1.2. Da Assinatura Digital

Para que uma declaração de vontade seja considerada como tal pelo seu receptor é necessário que o emissor seja perfeitamente identificável. Assim, uma das soluções que já vem sendo adotada para garantir a integridade das mensagens foi à utilização da assinatura digital.

A assinatura digital é quando o proprietário tem sua identidade verificada por uma entidade certificadora, uma terceira entidade, de confiança de ambos, que, publicou as chaves públicas em diretórios seguros, dando a certificação da ligação entre a chave pública e o seu remetente e ainda sua validade.

Ela não é constituída por tração oriunda da mão do autor, mas por signos, chaves que a ele pertencem, que não podem ser falsificados nem utilizados por terceiros, permitindo que o seu conteúdo seja atribuído a um sujeito determinado.

O art. 371, inc. I, do Código de Processo Civil determina que: “Reputa-se autor do documento particular: I- Aquele que o fez e assinou.” De acordo com QUEIROZ (2001, p. 397) pode-se definir a assinatura como uma forma pela qual o autor de um documento se identifica e manifesta o seu conhecimento e a sua concordância acerca do conteúdo do referido documento.

No entanto, a assinatura autográfica não é adequada aos documentos eletrônicos. Daí porque desenvolver um sistema identificar e dar integridade dos documentos eletrônicos, desenvolvida a partir da tecnologia da criptografia assimétrica.

De acordo com GARCIA JUNIOR (2001, p. 62): “A assinatura digital tem possibilitado a preservação da segurança entre as partes contratantes, ao garantir a autenticidade e a veracidade do documento eletrônico e, conseqüentemente, a atribuição de validade jurídica ao mesmo.”

Tecnicamente a assinatura digital é uma codificação, garantida e atribuída por uma terceira pessoa, que goze de autoridade instituída juridicamente, demonstrada

por um certificado que identifica a origem e protege o documento de qualquer alteração sem vestígios.

Para que a assinatura digital goze da mesma autenticidade da assinatura autográfica devem ser seguidos princípios básicos para adequar o funcionamento da assinatura eletrônica, devendo ser observado os seguintes itens enumerados por LORENZETTI (2001, p. 429):

“a) presunção de autenticidade, ou seja, a assinatura eletrônica cumpre os requisitos de certificação se pressupõe autêntica e corresponde ao autor, revelando sua intenção de obrigar-se; b) presunção de integridade, ou seja, presume-se que os dados não foram alterados desde o momento em que a assinatura eletrônica foi a eles acrescida; c) o ônus da prova caberá à parte que negue sua intervenção no negócio; d) as partes intervenientes não poderão rejeitar as obrigações contratuais derivadas do negócio realizado, salvo no caso de demonstrarem que está presente algum vício do consentimento previsto na legislação nacional, ou qualquer outra prova que desvirtue a presunção; e) a legislação deve prever os procedimentos de impugnação dos documentos assinados sob coação, má-fé, uso de força ou engano.”

Todos esses requisitos devem ser preenchidos pela tecnologia da criptografia de chave pública, que é empregada nas assinaturas digitais.

O sistema de chave privada permite exclusividade do proprietário no manejo da assinatura, sendo que a permissão para utilização por terceiros deve ser considerada como representação, cabendo responsabilizar o proprietário desidioso no manejo de sua chave, na hipótese de danos serem causados pela má utilização da assinatura eletrônica.

Assim, por meio da assinatura digital há possibilidade de preservação da segurança entre as partes contratantes, garantindo autenticidade, veracidade e validade jurídica aos documentos.

4.1.3. Da Certificação Eletrônica

A certificação eletrônica é um mecanismo que permite o reconhecimento da

identidade de usuários na *Internet*, podendo ser utilizado tanto nas transações efetuadas por sites via *Word Wide Web*, como por e-mail. Surgiu como resultado do sistema de criptografia de chaves, que exige que uma terceira parte a reconheça e archive para que tenha efeitos legais.

Os certificados digitais têm sido emitidos por empresas especializadas, normalmente privadas, denominadas autoridades certificadoras. A autoridade certificadora tem a função de certificar que tal usuário é a pessoa “X”, com tais números de documentos e que tem “y” sede territorial. Este é um dado relevante, pois tanto em portais eletrônicos, como por *e-mails* os internautas desconhecem a sede física da outra parte.

Para obter um certificado digital, o usuário deve conectar-se ao *website* de uma certificadora e preencher um formulário *on line* com seus dados pessoais. O *browser* estará enviando a chave pública para a certificadora e mantendo a chave privada em segredo no computador do usuário. Depois disso, o candidato deverá comprovar sua identidade junto a autoridade.

Feito isso, a certificadora emitirá certificado digital e o usuário poderá fazer o *download* e a instalação por meio do seu *browser*.

Alguns exemplos de protocolos utilizados pelas certificadoras são: *Secure Socket Layer (SSL)*; *Secured Multipurpose Mail Extensions*; *S/MIME*; *Form Signing*; *Authenticode/Objectsigning*.

Em âmbito nacional a certificação eletrônica é regulada pelo Decreto nº 3587, de 06 de setembro de 2000, que cria a infra-estrutura de Chave Pública do Poder Executivo (ICP-Gov) para a certificação e autenticação de documentos eletrônicos.

O Decreto estabelece regras como a tramitação, certificação e autenticação de documentos eletrônicos dentro dos órgãos da administração pública federal, por meio da utilização de duas chaves.

Apesar dos ICP-Gov, os órgãos públicos podem criar suas próprias certificadoras eletrônicas desde que obedeçam as exigências para o seu

credenciamento perante a Autoridade de Gerência de Políticas (AGP), devendo apresentar os seguintes requisitos: a) plano de contingência; política e planos de segurança física, lógica e humana; análise de riscos; capacidade financeira da proponente (no caso de empresa privada); e) recuperação e grau de confiabilidade da proponente e de seus agentes; antecedentes e histórico no mercado; níveis de proteção aos usuários dos seus certificados, em termos de cobertura jurídica e seguro contra danos (não aplicável quando se tratar de órgão público certificador). Com esse sistema o Governo Federal pretende que a pessoa reconhecida em um determinado órgão público passe a ser reconhecido pelos demais.

Um exemplo desse sistema é o da Receita Federal que lançou serviços virtuais com certificação digital, publicado no Diário Oficial da União no dia 16 de outubro de 2002, a Instrução Normativa Nº 222, da Secretaria da Receita Federal, que instituiu o Serviço Interativo de Atendimento Virtual - Receita 222.

De acordo com GARCIA JUNIOR (2001, p.74), no âmbito da certificação o Governo Federal está concluindo uma Portaria para certificar as transações comerciais pela *Internet* que forem realizadas pelo Poder Executivo. Também, o Banco do Brasil utiliza um sistema de certificação digital que visa garantir as transações eletrônicas comerciais e bancárias de seus clientes, denominada de *Internet Banking*. No mesmo sentido o Serasa lançou a emissão de certificados digitais para corporações.

O Conselho Federal da OAB lançou o sistema de Infraestrutura de Chaves Públicas, ICP-OAB, o Certificado Digital da OAB permitindo assim que aos advogados encaminhem e recebam, via Internet, peças processuais com total sigilo, precisando somente que o advogado que queira utilizar este serviço, tenha um e-mail do domínio da OAB, como por ex: nome.sobrenome@adv.oabsp.org.br. O certificado é instalado no próprio programa de e-mail do usuário, na opção "ferramentas", depois "opções", em seguida "assinaturas" e por fim "nova", devendo assim o advogado, junto ao site, completar a instalação dando validade a essa, mas também pode ser usado pelo server-mail da OAB, quando o advogado não está no seu terminal, em viagens ou no

fórum ou em qualquer lugar que não o seu próprio micro.

As certificados eletrônicos, sendo uma chave de acesso emitida por autoridade certificadora, funciona como um cartão de crédito, carteira de motorista ou passaporte, certidão de identidade/registro geral. Disponibiliza ao usuário, que quer contratar de forma segura e válida, uma senha, comprovando sua identidade ou a autorização de acesso a serviços on-line, na *web*.

4.2. PROVA DO CONTRATO ELETRÔNICO

4.2.1. Prova Documental - Admissibilidade

Insta observar que os chamados contratos à distância não constituem novidade na esfera negocial, uma vez que já previsto no art. 434, do C.C.B./2002. No entanto, o comércio efetivado mediante o intercambio eletrônico de dados (e-commerce) como espécie de contrato à distância, apresenta diversas peculiaridades que o particularizam, principalmente em relação a comprovação o fechamento de um contrato pela *Internet*.

É um negócio jurídico que não se perfaz com o uso de uma caneta ou máquina de escrever, mas sim por um meio eletrônico, no qual vem expressado o consentimento das partes.

De acordo com PIETTE-COUDOL e BERTRAND¹⁰, citado por GRANZ (2000, p.268):

"Há uma problemática nova com as trocas eletrônicas, porque estão sob a forma desmaterializada de um documento, que habitualmente tinha forma escrita. Com o comércio eletrônico, perdem seu suporte em papel. Dizem que o consumidor ficará melhor protegido se os negócios forem registrados por um terceiro, que poderá fornecer certidões e

¹⁰ PIETTE-COUDOL, Thierry; BERTRAND, André. *Internet et la loi*. Paris: Dalloz, 1997, p.185 e seq.

aditam que estão sendo desenvolvidos sistemas, que serão propostos às empresas."

Os contratos eletrônicos podem ser entendidos como representação material de uma manifestação de vontade fixado, contudo, em um suporte eletrônico, dificultando uma interpretação ampliada das normas processuais, diferenciando os meios de prova dos documentos comuns.

Conforme cita GARCIA JUNIOR (2001, p.83), o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, durante o III Encontro do Ministério Público Federal alertou que a validade de um documento eletrônico está ligada à questão da criptografia. Entende que os documentos que os consumidores costumam imprimir e guardar após a realização de um negócio pela *Internet*, não tem validade jurídica, mas no máximo teriam o mesmo peso jurídico de uma prova oral.

Apesar da opinião do Ministro, a forma eletrônica de celebração não encontra qualquer óbice uma vez que o art. 107, do C.C.B./2002, determina que a forma é livre, desde que não prevista em lei. Assim, as transações eletrônicas pela *Internet* formalizam um documento que constitui a base ou fundamento de sua comprovação.

No ordenamento jurídico estrangeiro já existem normas que regulam o comércio eletrônico, a sua validade e o seu valor probante, levando em consideração peculiaridades técnico-informáticas que lhe são próprios.

Em nosso país embora haja a Lei 9609/98, regulando programas de computador, não há ainda leis regulando o comércio eletrônico. Existem apenas projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, como o do Deputado Júlio SEMEGHINI (Projeto de Lei nº 1483/1999).

Embora a ausência legislativa, nada impede que os documentos eletrônicos possam ser meio de prova, uma vez que o art. 332, do Código de Processo Civil, estipula que: "todos os meios 'legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que

não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda ação ou defesa."

Também o art. 335, do Código de Processo Civil, estipula que: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da expediência técnica, ressalvando, quanto a esta, o exame pericial."

Muitos Doutrinadores, como SILVA (2001, p. 1999) entendem que o rol existente no Código Processual é meramente exemplificativo, sendo admitido qualquer meio de prova desde que legítimo, podendo ser incluído, portanto, os documentos eletrônicos. Um exemplo disso é o art. 32, da Lei 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais), que aceita dos os meio de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em leis, mas hábeis a provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.

No entanto, como o documento eletrônico é volátil, antes de atribuir valor probante seria recomendável garantir a sua integridade por meio do emprego das chaves eletrônicas.

O art. 225, do C.C.B./2002, a respeito de prova, considerando aceitável reproduções mecânicas e eletrônicas: "As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos não lhes impugnar a exatidão."

A eficácia probante dos contratos eletrônicos deve ser permitida sem qualquer restrição e subordinada à prudente análise do magistrado, que poderá recorrer aos demais meio de prova para certifica-se da autenticidade do documento.

4.2.2. E-Mail como Meio de Prova nos Contratos Eletrônicos

Na *Internet* a comunicação escrita é feita por meio de conjunto de

informações eletrônicas denominadas *e-mail*. O e-mail é um conjunto de dados eletrônicos, pois no computador todos os dados são eletrônicos, que se traduzem por pulsos eletrônicos, que podem ser interpretados e codificados.

Analogamente, poderíamos comparar o e-mail, com a comunicação por meio de cartas, ou seja, a relação de dois indivíduos que se comunicam, em que a caneta com que escrevem seria o computador, a carta seria o e-mail e a internet seria o correio. Desta forma o e-mail poderia ser usado como meio de prova, incidindo sobre ele alguns dos meios de provas estabelecidos em lei, como confissão, prova documental, prova pericial, prova testemunhal, inspeção judicial.

No entanto, *e-mail* é um conjunto de *bits*¹¹ que fisicamente não existem no mundo dos átomos, que facilmente pode ser adulterado no computador onde ele foi digitado, e por si só não é necessariamente a prova de sua original existência, pois não oferece a segurança necessária para ser considerado uma prova no mundo jurídico.

Apenas um laudo decorrente de uma perícia pode comprovar a existência da autoria, do destinatário, do momento e dos endereços eletrônicos por onde passou a transmissão.

Assim, para que o e-mail tenha valor probante é necessária uma perícia no local onde a mensagem se originou, ou seja, no computador remetente. Caso contrário, não terá validade, pois a rede de computadores ainda não possui qualquer tipo de proteção contra invasores, que podem facilmente modificar a mensagem.

Nesse sentido pondera MORAES (1999): “Um e-mail nada prova, eis que em seu texto original pode ter sido introduzida mudanças, durante seu passeio pelo

¹¹ Conforme conceitua NEGROPONTE (1995): “Um *bit* é algo que, como a água, não tem cheiro, não em gosto e não tem cor. Porém seus (não) atributos são mais que esses. Um *bit*, como complementa NEGROPONTE, também, não tem tamanho ou peso e é capaz de viajar à velocidade da luz. Ele é o menor elemento atômico do DNA da informação. É um estado: ligado ou desligado, verdadeiro ou falso, para cima ou para baixo, dentro ou fora, branco ou preto – e é fragilíssimo ...”

cyber espaço, pergunta-se sugestivamente: Se o usuário comum que não vale da criptografia (escrita em código) para o envio de suas mensagens e que não possui meios de defesa (firewalls)?”

Verifica-se que a opinião exposta por MORAES é decorrente da atual legislação em vigor que é genérica e insuficiente. A partir do momento que houver a previsão legal específica conferindo efeitos probantes as mensagens eletrônicas, provavelmente esse quadro será alterado.

Além do e-mail, há outros elementos que podem facilitar a prova, como o elemento de identificação ou endereço eletrônico, conhecido pelas siglas URL (*Uniform Resource Locator*) para os casos da Web (conhecida World Wide Web ou WWW, que significa Teia Mundial).

O provedor, empresa autorizada a funcionar no país para fornecer o serviço aos consumidores, tem o seu código, que se inicia com *http://www*. Após vem o nome ou a sigla do provedor ou inscrito e o país, este expresso por duas letras. Por sua vez o consumidor deve ter endereço semelhante, que pode ser acessado por outros.

Segundo WIELEWICKI¹², citado por WAISBERG (2001 p. 205):

“Novamente, segundo José Rogério Cruz e Tucci, ‘(...) no Brasil, conquanto ainda inexistam regras jurídicas a respeito dessa importante questão (a da eficácia probatória do documento eletrônico), permitindo-se expressamente apenas na órbita das legislações fiscal e mercantil o emprego do suporte informático, não se vislumbra qualquer óbice à admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova’.”

O que se pode concluir é que a parte numa demanda relacionada a um contrato eletrônico consiga provar a celebração do acordo, a forma não deverá ser, ainda que ausente de legislação específica, uma fonte de descontentamento social

¹² Op. Cit..

5. DA LEGISLAÇÃO

5.1. UNCITRAL

Em 1996, por meio da Resolução 51/162, da Assembléia Geral de 16 de dezembro, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, criou um modelo de lei sobre comércio eletrônico, denominada de Lei Modelo da CNUDMI sobre Comércio Eletrônico (Lei Modelo da Uncitral), tendo como base os usos internacionais sobre contratos eletrônicos.

A finalidade da Lei é de oferecer ao legislador nacional um conjunto de regras aceitáveis no âmbito internacional que lhe permitam eliminar obstáculos jurídicos, permitindo o desenvolvimento mais seguro das vias eletrônicas de negociação (*E-comercio*). Sua criação se deve ao fato ao regime aplicável à comunicação e arquivo de informação em certos países que utilizam um sistema ultrapassado ou inadequado ao comércio eletrônico, causando incertezas em relação da natureza jurídica e da validade da informação apresentada em outra forma que não seja a de um documento em papel.

Tem o caráter de remediar inconvenientes que decorrem do fato de que um regime legal interno inadequado pode obstaculizar o comércio internacional, ao depender uma parte importante desse comércio da utilização das modernas técnicas de comunicação.

Além disso, ela é um instrumento valioso de interpretação de convênios e outros mecanismos internacionais que possam obstar o emprego do comércio eletrônico. A sua aplicação como regra de interpretação é um meio para reconhecer a validade do comércio eletrônico sem necessidade de ter que negociar um protocolo para cada um desses mecanismos internacionais em particular.

A Uncitral favorece a igualdade de tratamento aos usuários de mensagens

consignadas sobre um suporte informático, favorecendo a economia e a eficiência do comércio internacional.

A Comissão das Nações Unidas ao elaborar a Lei Modelo pretendeu atender uma concepção ampla de intercâmbio eletrônico de dados (EDI), abarcando toda a gama de aplicações do termo comércio eletrônico, mas não especificou o que entenderia por comércio eletrônico. No entanto, teve-se presente que a Lei visa às técnicas mais modernas de comunicação, bem como outras técnicas menos avançadas como o fax. Assim, o usuário do comércio eletrônico por meio da Lei Modelo pode contar com um regime corrente aplicável às diversas técnicas de comunicação.

Sua estrutura é formada por duas partes: a primeira regula o comércio em geral e, a segunda, regula o emprego desse comércio em determinados ramos de atividade comercial, dedicado à utilização do comércio eletrônico no transporte de mercadorias.

Não tem por objetivo regular todos os pormenores do comércio eletrônico, mas ditar um regulamento para pormenorizar os procedimentos de cada um dos métodos autorizados pela Lei modelo em relação às circunstâncias desse Estado. É uma espécie de base fundamental para a construção de uma legislação interna conveniente às necessidades peculiares de nosso país permitindo uma maior adequação as diretrizes internacionais de comércio eletrônico.

5.2. PROPOSTA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO O DIREITO ELETRÔNICO - *LEX MERCATÓRIA*

O comércio internacional tem uma estrutura complexa, uma vez que não há um direito supranacional que regula as leis de direito internacional. A fim de resolver os entraves, para viabilizar o comércio internacional os praticantes elaboraram seu próprio ordenamento, fundado na liberdade de contratar. Assim, surgiu um direito nacional denominado de *Lex Mercatoria*, ou seja, regras independentes dos direitos

nacionais.

A *Lex Mercatoria* é constituída por costumes, usos, princípios gerais e regras emanadas dos organismos internacionais e das entidades privadas com atuação representativa das comunidades comerciais e se aplica a uma relação comercial que contenha conexão de estrangeira.

A *Lex Mercatoria* é prova de que é possível criar sistemas jurídicos sem o concurso do Estado. Entretanto, por não ser emanada do poder público, torna-se necessário que os Estados reconheçam a Arbitragem, um dos pilares da *Lex Mercatoria*, como instrumento para a solução de litígio no comércio internacional, a fim de impor a efetividade da mesma.

Compreende-se que se os Estados reconhecessem a autonomia da vontade das partes grande parte dos entraves para resolução de conflitos inexistiriam. Vale lembrar que autonomia da vontade não significa uma liberdade de ação ilimitada. Existem elementos limitadores, decorrentes de ordem pública interna e internacional, tais como: leis imperativas e de ordem pública que vigoram no país onde o contrato será executado.

Assim, uma das possibilidades para equalizar os conflitos de lei que ainda existem em ambientes do comércio internacional é a autonomia da vontade evoluir de forma que vontades individuais sejam reciprocamente consolidadas, transformando-se em vontades coletivas pela continuidade da prática.

Verifica-se que o comércio eletrônico ultrapassa os limites territoriais e jurisdicionais dos países. Portanto, é natural que surjam problemas de conflitos de competência, e de lei aplicável, sendo que a utilização da *Lex Mercatoria*, como a Lei Modelo da Uncitral é vital para dirimir essas questões.

Assim, a Lei Modelo, seguindo os pressupostos da *Lex Mercatoria*, permite que os Estados adaptem sua legislação em função dos avanços técnicos das comunicações aplicáveis ao direito mercantil.

No entanto, a mesma não tem *status* normativo, ou seja, não possui força de

convenção internacional. Assim, é necessário que cada Estado-membro adote o modelo, como em parte esta pretendendo fazer o Brasil.

Portanto, a atuação das Organizações Internacionais é de grande importância na implementação do comércio eletrônico. Dentre elas, além da Uncitral, temos a Organização Internacional do Comércio (*World Trade Organization*), que limita as barreiras do comércio internacional; a Organização Europeia de desenvolvimento da Comunidade (*Organization for European Community development:OECD*), que estabelece regras para comércio digital, visando construir um ambiente de confiança para usuários e consumidores da rede; Organização Mundial da Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization: WIPO*), que utiliza a arbitragem como meio de solução de conflitos de quebra de direitos intelectuais e disputa de domínio.

Assim, verifica-se o papel fundamental das organizações internacionais na pesquisa do comércio eletrônico de cada país, visando a proteção do cidadão usuário do sistema.

5.3. PROJETOS DE LEI, MEDIDAS PROVISÓRIAS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NO BRASIL

No Brasil destaca-se o Projeto de Lei nº 1589/99, da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção de São Paulo, que regula o comércio eletrônico, a validade e o valor probante dos documentos eletrônicos, e a assinatura digital. Ele tem como base a Lei Modelo da Uncitral e a Diretiva 97/7/CE.

Outro projeto de Lei que se destaca é o nº 4906/2001, que dispõe sobre a validade jurídica e o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, tendo como escopo regular a certificação digital, bem como instituir normas para transações de comércio eletrônico.

No âmbito de decretos temos o Decreto nº 3505, de junho de 2000, criou o

Comitê Gestor de Segurança da Informação, que tem por objetivo guiar o Governo federal na era eletrônica de modo seguro.

Outro Decreto de grande importância é o nº 3587, de setembro de 2000, que cria a infra-estrutura de Chaves Públicas do Poder executivo (ICP-GOV). Determina que as Autoridades certificadoras deverão prestar serviços como: emissão de certificados, renovação de certificados; revogação de certificados; publicação de certificados em diretórios; emissão de listas de certificados revogados (LCR), publicação de LCR em diretórios, gerência de chaves criptográficas.

Também a Medida Provisória nº 2.200 regula entidades certificadoras, criando o Comitê Gestor da ICP-Brasil com 11 integrantes, sendo 4 da sociedade civil.

As Resoluções do Comitê Gestor da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras são entre outras: Resolução nº 1, de 25 de setembro de 2001, que aprova a declaração de prática de certificação da AC Raiz¹³ da ICP-Brasil; Resolução nº 2, de 25 de setembro de 2001, que aprova a Política de Segurança da ICP-Brasil; Resolução nº 3, de 25 de setembro de 2001, que designa uma Comissão para aditar a Autoridade Certificadora Raiz (AC Raiz) e seus prestadores de serviços.

Além dessas resoluções e Decretos, ainda, a Instrução Normativa nº 156/99, da Receita Federal, institui os Certificados Eletrônicos das Secretarias da Receita Federal (e-CPF e e-CNPJ), a serem utilizados nas transações por meios eletrônicos com a receita. Esse serviço tem por objetivo facilitar e agilizar o atendimento ao contribuinte.

¹³ A autoridade Certificadora Raiz é a primeira autoridade da cadeia de certificação, tendo como função emitir, manter e cancelar os certificados das Autoridades certificadoras (AC), de nível imediatamente subsequente ao seu. A Autoridade Certificadora Raiz (AR) não pode emitir certificados para usuário final. Ela executa atividade de fiscalização e auditoria das AC e da AR.

6. CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi apresentar como o conceito de *Internet* transformou as bases legais e a formação do vínculo contratual. Para isso, os capítulos 1 e 2 apresentam a influência da *Internet* nas relações entre empresas e consumidores. Nos demais capítulos foram indicados os impactos desse novo cenário sob o ponto de vista jurídico, conforme será detalhado a seguir.

Nos capítulos 1 e 2 do trabalho, foi verificado como o desenvolvimento da *Internet* e seu acesso ao público em geral, influenciou no surgimento de uma gama de serviços, dentre os quais cabe destacar o comércio eletrônico.

O Contratar pela *Internet* funciona como capitalizador de novas formas de riquezas, podendo eliminar as barreiras físicas, atendendo as finalidades da empresa e de seus usuários. O comércio eletrônico facilitou o acesso do consumidor a vários produtos e serviços, possibilitando alternativas de transações com número reduzido de intermediários.

A *Internet* se tornou mais do que uma rede de troca de informações e começa a ser um meio de comercialização de produtos e serviços, surgimento de novos tipos de relações contratuais. Isso tudo leva a questões interessantes, como a formação do vínculo contratual pela *Internet*, analisado no capítulo 3 do trabalho.

É preciso determinar se as partes têm capacidade jurídica para realizar o negócio, bem como se o objeto é lícito e a forma prescrita em lei, ou seja, requisitos de validade dos contratos.

Depois de verificados todos os requisitos de validade dos contratos, foi possível analisar a incidência das teorias da formação do vínculo contratual na oferta e na aceitação eletrônica.

Nota-se que há divergência na literatura para definir se a oferta realizada pela *Internet* deve ser considerada entre pessoas *presentes* ou *ausentes*, também a implicação em relação a sua validade e obrigatoriedade. Da mesma forma há

divergência em relação à *aceitação eletrônica* e ao *momento de conclusão do contrato*.

Foram abordados outros aspectos envolvendo a formação dos contratos pela *Internet*, como aplicação do Código de Defesa do Consumidor em questões como publicidade, *spam* e direito de arrependimento.

No capítulo 4, apontou-se a questão da segurança dos contratos eletrônicos e as formas de evitar fraudes, utilizando técnicas como a criptografia, assinatura e certificação eletrônica. Mostrou-se que por meio desses mecanismos à possibilidade de proporcionar maior segurança à relação e a validade jurídica dos negócios realizados pela *Internet*.

A Rede Mundial de Computadores viabilizou uma revolução na comunicação mundial. Assim, indicou-se no capítulo 5 as principais entidades, normas e leis em âmbito internacional para regular as relações surgidas no ambiente eletrônico.

Por fim, cabe ressaltar que mesmo com o grande esforço do meio jurídico para regular as transações eletrônicas, ainda há uma série de tópicos para serem dirimidos, visando assegurar equilíbrio e confiabilidade nas bases legais do contrato eletrônico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – As Obrigações e os Contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 775, p. 18-31, maio 2000.

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz **Novo Código Civil confrontando com o Código civil de 1916**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do comércio. Negociação - Conclusão - Prática**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BIELSA, Rafael. (Coord.). **Informática y Derecho**. Buenos Aires: Delpama, 1997., v. 1.

BLUM, Opice. Internet agora na mira da lei. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 20 jan. 2003. p. 10. Entrevista Concedida a Priscila Bueno.

BRAGA FILHO, Pedro. Globalização e a teoria geral dos contratos. In LEÃO, Adroaldo; PLAMPLONA FILHO, Rodolfo. (Coord.). **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 241-255.

BRAVO, Maria Celina. **O contrato do terceiro Milênio**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>> Acesso em 14 abril 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 230 p.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, 365 p.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 542 p.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de defesa do Consumidor**. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990.

COSTA, Judith Matins. O Direito Privado como um “ sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, p. 24-48, julho. 1998.

CRUZ, Tadeu. **Sistemas de informações gerenciais**. São Paulo: Atlas, 1998.

DE LIMA, Layrce. de. STJ quer criar uma comissão para regulamentar as relações na rede. **Valor Econômico**, São Paulo, P. E1, de 4, 5 e 6 out. 2002.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru: Edipro. 2001.

DINIZ, Davi Monteiro. **Documentos eletrônicos, Assinaturas Digitais – Da Qualificação Jurídica dos Arquivos Digitais como Documentos**. 1. ed., São Paulo: LTR, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prática dos contratos**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.

ELIAS, Paulo Sá. **Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a Internet**. Disponível em : <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1796>> Acesso em 14 abril 2002.

Contratos Eletrônicos. Contratos Eletrônicos Bancários. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2674>> Acesso em 07 abril 2002.

FLEURY, André Leine; ABREU, Aline França. **Comércio eletrônico: o novo ambiente competitivo. Encontro Nacional de Engenharia de Produção**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999. 1 CD-ROM.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2ª ed. Columbus: Ronald K. L., 1995.

GLANZ, Semy. **Internet e Contrato Eletrônico**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT. v. 757, p. 70-75, nov. 1998.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **A Contemporaneidade Contratual e a Regulamentação do Contrato Eletrônico**. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira.; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Helena. et al. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

KALAKOTA, Ravi; WHINSTON, Andrew. **Frontiers of Electronic Commerce**. New York: Addison-Weslwy, 1996.

LISBOA, Roberto Senise. **A inviolabilidade de Correspondência via Internet**. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru: Edipro. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Contrato e Mudança Social**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT. v. 722, p. 40-45, dez. de 1995.

LORENZETTI ,Ricardo Luis. **Informática, Cyberlaw, E-commerce**. Separata de: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito e Internet**. Bauru:Edipro. 2001.

MARKOVITH, Claudio Paúl Magliona; MEDEL, Macarena Lopez. **Delincuencia y fraude informático. Derecho comparado y Ley N° 19.223**. Santiago de Chile:Editorial Jurídica de Chile, 1999.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos via Internet: problemas Relativos à sua formação e execução**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT. v. 776, p. 92-106, jun. 2000.

MARTOREL, Ernesto Eduardo. **Tratado de los contratos de empresa**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, v. 3.

MORAES, Amaro. **O e-mail como prova no Direito Brasileiro**. <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>> Acesso em 26 jun. 2002.

NALIN, Paulo. Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, v. 2.

NEGROPONTE, Nicholas. A vida digital. São Paulo: Companhia de Letras, 1995.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. A Proteção Contratual no Código do Consumidor e o Âmbito de sua Aplicação. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 27, jul-set/98, p.57.

NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3.

PIRES, Leonardo Gurgel Carlos. O e-mail e os aspectos probatórios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1786>> Acesso em 07 abril 2002.

QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares. Assinatura Digital e o Tabela Virtual. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes. Bauru: Edipro. 2001.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Dos Contratos. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 3.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Ed. Almedina, 1988.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Aspectos polêmicos e Atuais do Advento da Internet no Campo Jurídico-Contratual e sua Documentação. Revista Jurídica Themis, Curitiba, nº 12/13, p. 299/313, 1999/2001.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Contratos Informáticos- Breve Estudo. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 762, p. 32-66, abril. 1999.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Eedson [coord.]. Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Rosana Ribeiro da Silva. A Teoria Geral dos Contratos e os Contratos Eletrônicos, Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, p. 198-209, outubro/dezembro de 2001.

SILVA JUNIOR, Ronaldo Lelmos da (Org.); WAISBERG, Ivo. (Org.). Comércio Eletrônico. São Paulo: RT, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. (Coor). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VENTURA, Luis Henrique. Comércio e Contratos Eletrônicos – Aspectos Jurídicos. São Paulo: Edipro, 2001.

VOLPI NETO, Angelo. Comércio Eletrônico - Direito e Segurança. Curitiba: Juruá, 2001.

WERNEKE, Rodney; BORNIA, Antonio C. Considerações sobre o uso de sistemas informatizados na contabilidade. **Revista FAE**, Curitiba, v.4, n.2, p. 53-66, mai/ago. 2001.

ZUMARÁN, Sandro. **La Contratación Electrónica**. Disponível em: <<http://www.ipce.org.pe/contraelec.htm>> Acessado em 05 de jul. 2002.