UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

ASPECTOS JURÍDICOS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Valquíria de Jesus Jovanelle

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a conclusão do Curso de Pós-
Graduação, Nível Mestrado, na área de Direito
Comercial

Orientador: Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

São Paulo
2012

Data de defesa: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Haroldo M. D. Verçosa _____
Universidade de São Paulo

Prof. Dr.(a) _____
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. _____
Universidade _____

Dedico este trabalho

Aos meus pais, pelo amor e educação.

*Ao Pedro Marcos, pelo amor, dedicação, incentivo e,
principalmente, pela compreensão nas infindáveis
horas furtadas de sua companhia.*

*E também por ter me aberto as portas do Quiririm,
para que nele encontrasse o refúgio e a tranquilidade
necessários para a conclusão deste estudo.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, pela constante inspiração e orientação conferida no decorrer deste trabalho.

Aos meus irmãos e a todos os amigos que contribuíram para este projeto, em especial à Adriana, pelo apoio, aconselhamento e incentivo incondicionais.

RESUMO

O desenvolvimento da tecnologia e, em especial, da internet, alterou o modo como os indivíduos se relacionam. Como o Direito acompanha o desenvolvimento da humanidade, tem-se que os contratos igualmente foram modificados. A internet passou a ocupar espaço significativo no *modus operandi* das contratações, que passaram do mundo físico para o mundo eletrônico. Este estudo tem por objetivo verificar os impactos sofridos pelos contratos em decorrência do desenvolvimento da internet. Para tanto, serão abordadas questões relacionadas às características tanto dos contratos em geral quanto dos contratos eletrônicos e à validade desses últimos, trazendo como exemplo no âmbito das contratações eletrônicas o contrato eletrônico de empréstimo bancário.

Palavras-chave: Contratos. Contratos Eletrônicos.

ABSTRACT

The development of technology and, specially, of internet, has altered the mechanism through which individuals relate to each other. Given that the Law follows the humanity development, the contracts have been equally modified. Internet started to occupy significant space in the contractual relationship *modus operandi*, which went from the physical reality to the electronic reality. This study aims at verifying the impacts suffered by the contracts due to the internet development. In this sense, it shall be studied issues relating to the characteristics of contracts in general and electronic contracts and the validity of the latest, referring to the electronic banking loan contracts as an example of electronic contracts.

Keywords: Contracts. Electronic Contracts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A INTERNET APLICADA A DETERMINADOS CONCEITOS RELEVANTE PARA O DIREITO.....	13
2.1 O DESENVOLVIMENTO DA INTERNET	13
2.2 A INFLUÊNCIA DA INTERNET EM DETERMINADOS CONCEITOS RELEVANTES SOB A ÓTICA DO DIREITO	15
2.2.1 Território	15
2.2.2 Tempo Virtual	18
2.2.3 Estabelecimento Eletrônico.....	20
2.2.4 Documento Eletrônico.....	23
2.2.5 Assinatura Eletrônica e a Questão da Prova.....	27
2.2.5.1 Legislação Estrangeira sobre Assinaturas Digitais.....	33
2.2.5.1.1 A Lei Modelo da Uncitral.....	34
2.2.5.1.2 Iniciativas Internacionais.....	35
3. CONTRATOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITOS E PRINCÍPIOS	39
3.1 CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE MERCANTIL	39
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: O CONCEITO CLÁSSICO DE CONTRATO	40
3.3 A CRISE DA LIBERDADE DE CONTRATAR E O CONTRATO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	44
3.3.1 O Contrato Obrigatório	47
3.3.2 O Contrato de Adesão (ou Por Adesão)	48
3.4 O CONCEITO DE CONTRATO	51
3.4.1 Contratos Cíveis e Mercantis	54
3.5 PRINCÍPIOS GERAIS DO REGIME CONTRATUAL.....	56
3.5.1 Autonomia da Vontade – Autonomia Privada	57

3.5.2 Consensualismo.....	57
3.5.3 Força Obrigatória	57
3.5.4 Probidade e Boa-Fé	58
3.5.5 Função Social	60
3.5.6 Equilíbrio Econômico entre os Contratantes.....	61
4. O CONTRATO ELETRÔNICO	62
4.1 CONCEITO	62
4.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE	65
4.2.1 Capacidade e Legitimação das Partes	67
4.2.2 Objeto	70
4.2.3 Causa	73
4.2.4 Forma	74
4.2.5 Consentimento.....	78
4.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	86
4.4 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS – OFERTA E ACEITAÇÃO.....	89
4.4.1 Proposta Eletrônica	96
4.4.2 Aceitação Eletrônica	99
4.5 LOCAL DE FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO	100
4.6 ESPÉCIES DE CONTRATO ELETRÔNICO	101
4.6.1 Contratos Celebrados por Email	102
4.6.2 Contratos Celebrados por Clique	103
4.7 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APLICÁVEL AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	104
5. EXEMPLO DE CONTRATO ELETRÔNICO: O CONTRATO ELETRÔNICO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – UMA BREVE ANÁLISE	107
5.1 AVANÇOS TECNOLÓGICOS NO AMBIENTE BANCÁRIO	107
5.2 BANCOS: CONCEITO; ESPÉCIES DOS CONTRATOS; CONTRATOS BANCÁRIOS.....	108

5.3 CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO - CARACTERÍSTICAS	111
5.4 SIGILO E RESPONSABILIDADES NA CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA BANCÁRIA.....	114
5.4.1 O Caráter Sigiloso das Operações Bancárias	115
5.4.2 Responsabilidades e o Código de Defesa do Consumidor	117
 6. CONCLUSÃO	121
 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126

1. INTRODUÇÃO

Os avanços no âmbito da tecnologia verificados ao longo de séculos, desde a época remota da Revolução Industrial com o desenvolvimento das máquinas de produção em série, passando pelo rádio, televisão e computadores e culminando com o surgimento da internet, provocaram mudanças no modo de pensar e de agir dos indivíduos, bem como nas relações havidas entre estes.

Verifica-se a crescente agilidade na troca de informações entre as pessoas, aspecto que talvez seja o que mais tem se desenvolvido, mormente marcado pelo mundo sem fronteiras ao qual o estágio atual do desenvolvimento tecnológico pertence.

A internet é, no nosso ponto de vista, o instrumento que melhor representa tal avanço da tecnologia da informação. Sua evolução proporcionou – e ainda tem proporcionando – transformações nos hábitos da sociedade.

Sob a ótica econômico-social, a internet contribuiu para o avanço do comércio eletrônico, o qual vem crescendo exponencialmente em todo o mundo, com significativa participação do Brasil. A expansão do comércio eletrônico está atrelada às características de grande importância econômica, a ele relacionadas, como, exemplificativamente, o encurtamento dos processos de distribuição e de intermediação, a redução de custos administrativos, a superação de barreiras nacionais e o aumento do volume de operações em razão da celeridade com que são celebrados os contratos.

Durante a história da humanidade, o surgimento de novas tecnologias sempre representou desafio à organização e evolução das sociedades. Dado que o Direito é uma ordem normativa que regula a conduta humana¹ e tem como base os fatos da vida, as mudanças que ocorrem nos hábitos e atividades sociais implicam alterações das regras jurídicas até então existentes. Assim, por acompanhar o desenvolvimento da sociedade, tem-se que os contratos também têm sido modificados, já que aqueles instrumentos materializados em documentos escritos e assinados hoje dividem espaço com os contratos formalizados eletronicamente, por meio da internet. Conforme sabiamente menciona

¹ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 33.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, com o advento da internet ocorreu uma sofisticação técnica quanto aos mecanismos utilizados para a celebração de contratos.²

Assim, em face das transformações impostas com o advento da informática e da internet, tornou-se imperativo que o Direito – e os operadores do direito – adaptem-se para regular as relações jurídicas que se formam, bem como para superar os entraves que destas relações podem surgir.

Ao longo deste estudo buscaremos analisar os contratos cujo consentimento é formalizado por meio das redes de computadores, ou seja, os contratos eletrônicos. Tomamos a liberdade de emprestar os dizeres de Marcos Paulo de Almeida Salles, incluídos no capítulo introdutório de uma de suas obras, os quais se encaixam no contexto do desenvolvimento deste trabalho. De acordo com o autor, “Ao pretendermos desenvolver um tema recheado de “modernidade”, não devemos pretender entendê-lo como sendo natural do momento contemporâneo, mas, ao contrário, um legado evolutivo de situações pretéritas, apenas revestido de situações materiais presentes!”³.

A escolha do tema que nos propomos a estudar foi motivada principalmente pelos seguintes fatores: a questão sobre estarmos diante de novo tipo contratual e sobre a suficiência dos institutos contratuais em face deste novo modo de contratar, dada a ausência de regulamentação aplicável aos contratos eletrônicos. Como consequência do desenvolvimento destes aspectos, abordaremos questões relacionadas às características tanto dos contratos em geral quanto dos contratos eletrônicos, à validade destes últimos, trazendo como exemplo no âmbito das contratações eletrônicas o contrato eletrônico de empréstimo bancário.

Para a devida compreensão deste estudo e em razão da amplitude do tema, é necessário que se faça a delimitação deste sob pena de se perder o enfoque proposto. Neste sentido, far-se-á, preliminarmente, uma breve explanação sobre a internet e suas características principais, tendo em vista esta ser o universo no qual os contratos eletrônicos estão inseridos. Ademais, abordaremos alguns conceitos que quando

² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos – O Código Civil de 2002 e a Crise dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 292.

³ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. O Contrato Futuro. São Paulo: Cultura Editores Associados, 2000, p. 17.

transpostos a essa realidade sofrem adaptações, ainda que singelas, tais como o tempo e espaço virtuais, documento e assinatura.

Posteriormente, passaremos à análise histórica dos contratos e à definição dos contratos eletrônicos *vis-à-vis* a teoria contratual clássica, quando buscaremos demonstrar a compatibilidade dos institutos contratuais tradicionais com a concepção eletrônica do contrato. O enquadramento dos contratos formados e conclusos por meio eletrônico, se entre presentes, ausentes, ou uma nova forma de contratação à distância, será objeto de estudo, analisando-se as modalidades de contratos eletrônicos, o local de formação destes e sua validade no âmbito jurídico.

Por fim, pretende-se analisar como exemplo de contratos eletrônicos o contrato de empréstimo bancário, abordando temas relacionados aos contratos bancários em geral, características dos contratos de empréstimo bancário e as peculiaridades envolvendo o sigilo dos bancos nas contratações eletrônicas e as responsabilidades envolvidas em eventual erro nesse processo de contratação.

Ressalta-se que o estudo ora efetuado não tem a pretensão de esgotar tão vasto campo de análise jurídica, mas tão somente alargar um debate de forma a contribuir para os estudos atinentes aos contratos eletrônicos.

2. A INTERNET APLICADA A DETERMINADOS CONCEITOS RELEVANTES PARA O DIREITO

2.1 O DESENVOLVIMENTO DA INTERNET

Criada em seus primórdios para satisfação de necessidades militares⁴, sendo posteriormente estendida à comunidade universitária e aos centros de investigação, a internet⁵ é, indubitavelmente, instrumento de trabalho indispensável para pessoas nos mais diferentes ramos de atuação, desempenhando importante papel na vida privada e social dessas.

A partir da década de 1980, a internet expandiu-se impulsionada pela sua utilização no âmbito acadêmico. Estabeleceu-se a comunicação de computadores entre universidades, institutos e laboratórios de pesquisas norte-americanos, possibilitando, desta forma, a troca de informações por meio de um sistema de protocolos, ou seja, códigos que permitiam a leitura de documentos.⁶

Na década seguinte, tal tecnologia de comunicação entre computadores encontrava-se bastante desenvolvida e disseminada além das fronteiras dos meios acadêmicos, o que, aliado ao barateamento dos equipamentos de informática, permitiu o crescimento de sua utilização por pessoas físicas e jurídicas de menor porte, levando, conseqüentemente, à sua popularização.

Como consequência da expansão na utilização da internet, pode-se afirmar que a circulação de informações por meio desta, cada vez mais célere e intensa, tornou-se imprescindível para muitas áreas de conhecimento. Trata-se da sociedade de informação,

⁴ Conforme mencionam Garcia Marques e Lourenço Martins, a internet teve a sua origem no Departamento de Defesa dos Estados Unidos, no denominado programa ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network), implementado em 1969 com o objetivo de assegurar uma rede de comunicação segura e sobrevivente para organizações ligadas à investigação científica na área da defesa. (MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p 50)

⁵ No desenvolvimento deste trabalho optou-se por não grifar a palavra “internet” em itálico, uma vez que ela já faz parte da língua portuguesa. De acordo com o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, o vocábulo internet significa o conjunto de redes de computadores ligadas entre si. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1121.)

⁶ STUBER, Walter Douglas; MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; NOBRE, Leonel Pimentel. Questões jurídicas relacionadas à internet. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: Malheiros, n.120, out/dez 2000. p. 149.

que se utiliza da internet para absorver e disseminar imensa quantidade de dados e conhecimento.

Ao mencionar o caráter global da internet, Marco Aurélio Greco⁷ afirma que “acontece uma Revolução mais do que de natureza técnica, revolução ligada ao próprio padrão da civilização ocidental, que está se alterando em sua concepção básica.”

Encontra-se na literatura diversas definições muito similares sobre a internet. Ricardo L. Lorenzetti⁸ sumariza que a internet é uma rede internacional de computadores interconectados, que permite que dezenas de milhares de pessoas se comuniquem entre si, bem como possibilita o acesso a imensa quantidade de informações do mundo todo.

Trata-se de um conjunto de incontáveis redes de computadores que servem a milhões de pessoas em todo o mundo, e que parece ter se consolidado como uma estrutura mundial, contribuindo para a veiculação permanente de comunicação sem barreiras e sem fronteiras.

Emilio Tosi, ao tratar da expansão da internet e popularização do espaço virtual, menciona que a internet não é um fenômeno unitário, mas sim o que se convencionou chamar de “rede das redes”, sendo formada por um complexo e articulado sistema que congrega outros meios de comunicação, tais como a linha telefônica convencional e o satélite.⁹

A internet é a rede das redes de computadores interligados entre si¹⁰, e a linguagem utilizada para tanto é conhecida por “protocolo TCP-IP”. Cada computador possui um número de identificação, um endereço IP. Assim, quando se digita um endereço de determinada página na internet (ou um nome de domínio) na verdade se está procurando um endereço IP de um computador que abriga aquele nome de domínio para, assim,

⁷ GRECO, Marco Aurélio. Internet e Direito. São Paulo: Dialética, 2000. p. 16.

⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Comércio Eletrônico. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 25.

⁹ No original, “*Internet non è, quindi, un fenomeno unitario riconducibile ad un centro organizzato: è una rete di reti, ossia un insieme complesso e articolato di reti locali intercomunicanti costituite da tanti computer collegati tra loro attraverso linee telefoniche ordinarie, digitali o satellitari.*” TOSI, Emilio. *Il Contratto Virtuale – Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*. Milão: Giuffrè Editore, 2005. p. 4.

¹⁰ TEIXEIRA, Tarcísio. Direito Eletrônico. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007. p. 10.

estabelecer com ele uma comunicação. Note-se que os aspectos técnicos e operacionais relacionados à internet não são o foco deste trabalho; porém, a breve explicação acima se mostrou necessária para melhor visão e entendimento da matéria.

2.2 A INFLUÊNCIA DA INTERNET EM DETERMINADOS CONCEITOS RELEVANTES SOB A ÓTICA DO DIREITO

Algumas características encontradas na internet são o seu caráter aberto (é acessível por qualquer pessoa), a internacionalidade (transcende barreiras territoriais), interatividade (o usuário interage com terceiros), possibilidade de comunicação em tempo real (os usuários comunicam-se praticamente sem lapso temporal significativo) e capacidade de diminuição dos custos de transação.¹¹¹²

Tais características causam grande impacto em conceitos relevantes sob a ótica jurídica, tais como território, tempo, estabelecimento, documento e assinatura, que sofrem adaptações quando da sua transposição para o universo eletrônico, virtual. Conforme mencionam Lourenço Martins e Garcia Marques, “o Direito, sendo um fenômeno cultural, deve acompanhar a realidade temporal e geográfica em que se desenvolve”¹³. Por esta razão, a análise da alteração destes conceitos se faz necessária, inclusive para que se verifique a possibilidade de aplicação de institutos jurídicos do direito contratual clássico à realidade virtual.

2.2.1 Território

A territorialidade sempre foi um dos elementos essenciais para a aplicação do Direito, sendo um dos princípios da soberania dos Estados contemporâneos o reconhecimento do poder de aplicação do direito nacional de um Estado dentro de seu

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. p. 26.

¹² Segundo Ronald Coase, os custos de transação são aqueles enfrentados pelos agentes quando recorrem ao mercado para transacionar produtos ou serviços. Tais custos envolvem os de coletar informações, os custos de negociação e os de estabelecimento de um contrato, os quais podem ser significativamente suprimidos em razão das características da internet acima mencionadas. A teoria de Coase sobre custos de transação, que não é analisada neste trabalho, pode ser melhor explorada em suas publicações *The Nature of the Firm, 1937 e The institutional structure of production, in American Economic Review*, 82, 1991.

¹³ MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Ob. Cit. p. 24.

próprio território. A soberania é vista como a existência de um governo sobre certa população dentro de um território¹⁴.

Entende-se por território a base geográfica e a parte juridicamente atribuída a cada Estado, sobre a qual este exerce a sua soberania, e que abrange os rios, lagos e mares contíguos, e bem assim o espaço aéreo que corresponde ao território, até a altura determinada pelas necessidades da polícia e segurança do país, devendo-se, ainda, considerar como parte do território os navios de guerra, onde quer que se encontrem, e os navios mercantes em alto mar ou em águas nacionais.¹⁵

É neste território, via de regra, que são aplicadas as normas jurídicas de um Estado. Porém, se a noção de território é alterada quando transposta para a realidade virtual, resta a dúvida sobre qual seria a lei aplicável às transações realizada por meio da internet.

Guido Alpa, ao discorrer sobre espaço virtual, questiona qual seria a diferença entre o estudo deste “espaço” e outros “espaços” que já foram objeto de análise pelos juristas, tais como os espaços aéreo, marítimo e cósmico. O autor responde à questão, apontando uma característica única da internet, qual seja, sua virtualidade¹⁶.

Uma das características da internet é “desterritorialização” das relações nela havidas, ou seja, estas não são localizáveis tão facilmente do ponto de vista geográfico. Nesse ambiente são comuns contratações envolvendo diversos elementos de *estraneidade*¹⁷. Exemplificativamente, um dos contratantes pode estar localizado nos Estados Unidos, o outro no Brasil, o site por meio do qual estes transacionam está hospedado na Suíça e o contrato a ser celebrado eletronicamente elege a lei da Inglaterra como a aplicável para dirimir os conflitos dele decorrentes.

¹⁴ REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 229.

¹⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1941.

¹⁶ ALPA, Guido. Premessa in TOSI, Emilio (Org), I Problemi Giuridici di Internet. Milão: Giuffrè Editore, 2003. p. XVII.

¹⁷ É importante destacar que Irineu Strenger, ao discorrer sobre contratos internacionais, menciona que uma das características destes é a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, envolvendo diversos “dados de estraneidade”, como o domicílio, a nacionalidade e a *lex voluntatis*, exemplificativamente. (STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais do Comércio. São Paulo: LTR, 2003. p. 34)

Conforme menciona Ricardo L. Lorenzetti¹⁸, existe um novo espaço, o cibernético, distinto do espaço físico, “que não reconhece limites geográficos porque não existe um rio nem uma montanha”.

Já Emilio Tosi afirma que o mercado virtual de comércio eletrônico é uma realidade econômica mundial que acaba por consagrar a “morte da distância”.¹⁹

Dadas as dificuldades de enquadramento geográfico das relações havidas na rede, poderiam essas ser consideradas como realizadas em um território novo e apartado do território físico?

Em excelente trabalho sobre a matéria, Luciana Antonini Ribeiro afirma que os defensores da elaboração de legislação específica para a internet, com a criação de órgãos jurisdicionais próprios, defendem que a internet estaria acima da soberania estatal.²⁰

Em oposição à regulamentação completa da rede, é nossa opinião que seu desenvolvimento é tão rápido que sua regulamentação logo seria seguida por uma necessidade de revisão. É claro, todavia, que a sua total desregulamentação, por outro lado, gera algumas inseguranças aos usuários, pois corrobora com a ideia de “terra de ninguém”. Neste sentido, em prol da atualidade e efetiva aplicabilidade das leis envolvendo o espaço virtual, entendemos ser prudente a existência de normas gerais que não se desatualizam ante as inovações tecnológicas, deixando as especificidades para a interpretação dos operadores do direito à luz das normas gerais supracitadas.

Concordar com o enquadramento da internet como território apartado significaria concordar, também, que o mundo da internet é totalmente apartado do mundo real, o que não nos parece verossímil. Determinadas relações jurídicas de fato podem ser perfectibilizadas na rede, tendo, porém, sempre a presença de uma pessoa física ou jurídica

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. p. 32.

¹⁹ No texto original, “ *Il mercato virtuale del commercio elettronico è una realtà economica globale che richiede un coordinamento internazionale che sancisce la “morte della distanza”*”. TOSI, Emilio. *Il Contratto Virtuale – Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*. Milão: Giuffrè Editore, 2005. p. 25.

²⁰ RIBEIRO, Luciana Antonini. *Contratos Eletrônicos*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003. p. 22.

à qual serão imputadas as obrigações assumidas. Desta forma, os efeitos de seus atos virtuais terão reflexo no mundo real, em territórios sujeitos à soberania de determinado Estado²¹. Assim, concluímos que a característica de “desterritorialização” da internet não significa que a relação jurídica ocorre em mundo que não seja real, mas que dados os diversos elementos de estraneidade nela verificados, há maior dificuldade para o estabelecimento de quais seriam as regras aplicáveis ao caso concreto.

Soma-se às conclusões acima o fato de a internet ser, no nosso entendimento, não um espaço etéreo no qual relações jurídicas podem ser travadas, mas apenas um novo meio de comunicação para a operacionalização de tais relações, tal qual foi o telefone quando de sua invenção.

A internet é uma tecnologia que consegue se inserir na jurisdição de um Estado sem passar pelas barreiras estabelecidas pelo espaço físico, o que pode acarretar diversos problemas, tais quais: os indivíduos podem realizar uma compra e venda sem levar em consideração o ordenamento jurídico nacional aplicável ao território em que vivem; podem importar bens sem levar em consideração os controles alfandegários existentes; podem jogar sem levar em consideração a existência de proibições aplicáveis aos jogos.

Com a internet, atos são praticados sem que a estrutura estatal possa exercer controle. Muitas vezes, o Estado sequer tem conhecimento das operações realizadas virtualmente em seu território. Assim, na medida em que uma gama variada de atividades desenvolve-se sem que o Estado saiba ou possa controlar ou fiscalizar, o próprio conceito de soberania é questionado.²²

2.2.2 Tempo Virtual

A aceleração do tempo necessário para o desempenho de atividades é uma das consequências mais marcantes do desenvolvimento tecnológico. Ricardo L. Lorenzetti, ao falar do que ele denominou “tempo virtual”, menciona que:

²¹ Idem, ibidem.

²² GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. Contratos via Internet. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 19.

*“O cidadão do século XIX que quisesse visitar um amigo ou contratar com determinada empresa de um país distante deveria despende um recurso escasso: o tempo. As viagens demoravam meses. Atualmente, a tecnologia permite a comunicação instantânea com qualquer parte do mundo; já não se consome o recurso escasso, e, portanto, acentuam-se as trocas, independentemente das distâncias.”*²³

O conceito de tempo²⁴ no âmbito dos contratos foi objeto de atenção do legislador, que optou por distinguir os contratos entre presentes e ausentes. Tal distinção não foi feita com base na efetiva presença ou distância física das partes, mas sim em razão do tempo transcorrido entre suas manifestações de vontade, uma vez que meses ou anos poderiam transcorrer entre a proposta e a aceitação, estando os contratantes sujeitos a fatores de risco como a morte do proponente ou a eventual retratação de uma das partes.

Com a internet, o tempo sofre grande aceleração, uma vez que as pessoas, ainda que localizadas em lugares distintos, passam a ter a possibilidade de comunicar-se praticamente sem lapso temporal significativo. Sobre este aspecto, Luciana Antonini Ribeiro esclarece que “o conceito de tempo, no âmbito jurídico, muito atrelado às dificuldades decorrentes das distâncias geográficas, perde completamente o sentido no âmbito eletrônico.”²⁵

Pode-se dizer que o telefone também subverteu o entendimento do conceito de tempo, a ponto de o legislador estabelecer que se considera também presente a pessoa que contrata por telefone ou meio de comunicação semelhante. Sabe-se, contudo, que a internet subverte ainda mais o conceito na medida em que aparece como uma ampliação do que foi proporcionado pelo telefone. Há controvérsias acerca do enquadramento da internet como meio de comunicação semelhante ao telefone, o que levaria à óbvia conclusão de que os contratos celebrados por meio da rede são automaticamente considerados contratos entre presentes. Optamos, todavia, por esclarecer esta celeuma em tópico apartado.

²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. p. 33.

²⁴ Achamos interessante trazer o conceito de tempo de acordo com o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, p 1930): “sucessão dos anos, dos dias, das horas etc. que envolve, para o homem, a noção de presente, passado e futuro”.

²⁵ ²⁵ RIBEIRO, Luciana Antonini. Ob. Cit. p. 27.

2.2.3 Estabelecimento Eletrônico

Para que possa desenvolver sua atividade, o empresário se utilizará de um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, tais como matéria-prima para produção das mercadorias a serem comercializadas, a tecnologia a ser empregada na produção, as próprias mercadorias, os veículos que farão o transporte destas. Referidos bens formam o estabelecimento comercial do empresário, que não se confunde com a figura do próprio empresário (sujeito de direito) ou com a atividade econômica explorada.

Asquini, em seu clássico estudo sobre os perfis da empresa²⁶, esclarece que a doutrina dominante tem entendido como estabelecimento não o complexo de relações jurídicas que são a arma do empresário no exercício da sua atividade empresarial, mas o complexo de bens (materiais e imateriais, móveis e imóveis) que são os instrumentos de que o empresário se vale para o exercício de sua atividade empresarial.²⁷

Em lição sobre o tema, Oscar Barreto Filho define estabelecimento comercial como o “complexo de meio materiais e imateriais, pelos quais o comerciante explora determinada espécie de comércio.”²⁸ As características por ele apresentadas que o levaram a esta conclusão são as seguintes: o estabelecimento comercial (a) é um complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem os instrumentos de trabalho do comerciante no exercício de sua atividade produtiva; (b) não se configura como complexo de relações jurídicas do comerciante no exercício do comércio, e, portanto, não constitui um patrimônio comercial distinto do patrimônio civil; (c) é formado por bens econômicos, ou seja, por elementos patrimoniais; (d) é uma reunião de bens ligados por uma destinação unitária que lhe é dada pela vontade do comerciante; e (e) apresenta um caráter instrumental em relação à atividade econômica exercida pelo comerciante.

²⁶ Para maiores referências sobre uma abordagem crítica aos perfis de empresa elencados Asquini vide VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial I, São Paulo: Editora Malheiros. P. 165 a 176.

²⁷ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fabio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Editora Malheiros. Vol. 104, outubro-dezembro de 1996, p. 109-126.

²⁸ BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do Estabelecimento Comercial. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 73.

A Lei Complementar n.º 87/1996 considera, em seu art. 11, § 3º²⁹, estabelecimento como o local privado ou público, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, ou onde se encontrem armazenadas mercadorias.

O Código Civil define estabelecimento comercial como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”³⁰, podendo ser “objeto unitário de direitos e negócios jurídicos translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com sua natureza”.³¹

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa esclarece que embora o texto normativo faça referência simplesmente ao “estabelecimento”, dado que sua utilização é efetuada pelo empresário ou por sociedade empresária, somente se pode concluir tratar-se de estabelecimento comercial.³²

O estabelecimento comercial usualmente era físico, acessível às pessoas geograficamente. Com a internet, ao lado do estabelecimento físico surge uma nova espécie de estabelecimento: o eletrônico, ou virtual. A principal característica deste estabelecimento é, em oposição ao estabelecimento até então conhecido, a sua inacessibilidade física. De fato, quando uma pessoa deseja contratar um serviço ou adquirir uma mercadoria por meio da internet, não há o deslocamento desta pessoa ao estabelecimento do fornecedor, mas sim uma aposição de sua manifestação de vontade por meio de endereço na internet, bem como o envio da mercadoria pelo fornecedor ao endereço indicado pelo contratante.

²⁹ “Art. 11. O local da operação ou da prestação, para efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: (...) 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte: I – na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação; II – é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular; III – considera-se também estabelecimento autônomo o veículo usado no comércio ambulante e na captura de pescado; IV – respondem pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular.”

³⁰ Artigo 1142 do Código Civil.

³¹ Artigo 1143 do Código Civil.

³² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 228.

Não obstante os estabelecimentos virtuais serem formados por bens imateriais, não podemos nos olvidar que a eles relacionados deve haver, fixado em algum lugar geográfico, os empregados que a eles prestam serviços, seus armazéns etc.³³

O estabelecimento virtual é identificado por um nome de domínio, um endereço na internet, cujas funções primordiais são (i) identificar o lugar em que o adquirente pode comprar o produto ou serviço e (ii) realizar a conexão entre emissor e destinatário das informações veiculadas pela internet. O nome de domínio é, assim, o endereço que o adquirente deve digitar em seu computador com conexão à internet para acessar o estabelecimento virtual.

Marco Aurélio Greco, analisando o conceito de estabelecimento comercial virtual sob a ótica de tributação, esclarece interessante classificação em relação aos sites da internet. De acordo com o autor, os sites podem ser: (a) “meramente passivos”, assemelhando-se a um veículo de comunicação dado que apenas mostram imagens e mensagens; (b) “canalizadores de mensagens”, quando admitem receber pedidos pelos interessados na compra de determinados bens ou na fruição de determinados serviços, assemelhando-se a uma caixa de correspondência; (c) “inteligentes”, quando, além de receberem pedidos, têm tecnologia suficiente para realizar operações mais complexas, pela interação com o usuário, respondendo pedidos, esclarecendo dúvidas e informando prazos para entrega dos produtos adquiridos.³⁴

De acordo com o jurista, as atividades desempenhadas pelos sites inteligentes, quando transpostas para o mundo real, em muito se assemelham a um estabelecimento comercial.

Se tomarmos por base as características apontadas por Oscar Barreto Filho para conceituação de estabelecimento comercial, parece-nos adequado enquadrar o site inteligente, na definição de Marco Aurélio Greco, no conceito de estabelecimento comercial da era virtual. Os outros dois exemplos de site, não obstante não se enquadrarem no conceito de estabelecimento comercial, certamente podem ser considerados como

³³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 246.

³⁴ GRECO, Marco Aurélio. Estabelecimento Tributário e Sites na Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2000, p. 303.

elemento deste, na medida em que são utilizados pelo empresário para desenvolvimento de sua atividade.

2.2.4 Documento Eletrônico

Documento é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento.

Para Pontes de Miranda, o documento, como meio de prova, é tudo aquilo que expressa, por meio de sinais, o pensamento³⁵. Tal definição, no entanto, parece não ser a mais acertada. Concordamos com a posição de Francesco Carnelutti³⁶ quando este afirma que não basta a manifestação do pensamento para caracterizar a existência de um documento, lembrando que há objetos que contêm uma manifestação do pensamento e, ainda assim, não podem ser caracterizados como documento. Uma carta que contenha apenas palavras como “cordiais saudações” é um exemplo de tal afirmação. Sem dúvida trata-se de um objeto que contém um pensamento, mas não pode ser considerado um documento relevante para o mundo jurídico dado que não representa um fato.

Documento é um instrumento³⁷ que, por sua natureza, tem como função primordial fazer conhecer um fato, um acontecimento. Ele possui dois elementos: (a) a docência (docere), que quer dizer a capacidade de incorporar e transmitir uma declaração, como, por exemplo, os sinais da escrita; e (b) o suporte, ou seja, o meio no qual a declaração é afixada, tal qual um papel ou uma fita magnética³⁸.

Conforme mencionam Paolo Picoli e Ugo Bechini, por documento entende-se a coisa, a entidade material capaz de representar de maneira permanente um fato por meio de sinais a ela incorporados³⁹.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 335.

³⁶ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*, Roma: Dell’Ateneo, 1947. p. 188 *apud* Gico Junior, Ivo Teixeira. O Conceito de Documento Eletrônico, Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de julho de 2000, n.º 14/2000.

³⁷ SARRA, Andrea Viviana. *Comercio Electronico y Derecho – Aspectos jurídicos de los negocios en internet*. Buenos Aires: Ástrea, 2001.

³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 99.

³⁹ Do texto original, “*Per documento si intende la res, l’entità materiale capace di rappresentare in maniera permanente un fatto attraverso la percezione di segni incorporati in essa*”. PICOLLI, Paolo; BECHINI,

Tratando das características dos documentos, Ricardo L. Lorenzetti afirma que o documento é: (i) pressuposto de existência de um contrato uma vez que quando a lei impõe a forma escrita para reconhecê-lo, ele não existe sem essa forma; (ii) pressuposto de eficácia ao constituir-se em meio de prova, porque quando se requer a prova escrita, não se pode introduzir outro meio probatório; (iii) pressuposto de oponibilidade do contrato a terceiros, porque para invocá-lo perante terceiros a lei exige, em inúmeros casos, a forma escrita, data certa ou a observância de forma pública; (iv) ato de fixação do conteúdo da declaração, uma vez que a declaração é fixada em um objeto corpóreo⁴⁰.

O suporte de um documento, via de regra, é um suporte material composto por um texto escrito sobre um elemento físico, real (papel, por exemplo). O uso do papel para materializar as manifestações de vontade das partes justifica-se pela segurança a ele atrelada no tocante à conservação de seu conteúdo. Contudo, o avanço da internet impulsionou a criação de um novo tipo de documento, diferente do comumente utilizado e caracterizado pela ausência do suporte físico. Este documento é denominado documento eletrônico.

O documento eletrônico é caracterizado pela ausência de suporte físico, mas representa um fato por meio de um suporte eletrônico. Conforme salienta Ricardo L. Lorenzetti⁴¹, “no documento eletrônico a declaração de vontade está assentada sobre bytes e não sobre átomos, e pode tanto conter assinatura como não”.

Grande parte dos problemas que surgem na contratação eletrônica relaciona-se com o veículo da declaração de vontade, ou seja, com a mudança de uma documentação física para uma virtual. Tal mudança é inerente ao desenvolvimento social na medida em que quanto mais novas tecnologias são colocadas à disposição das pessoas, mais a utilização do papel é substituída, gradativamente, por outros meios capazes de garantir segurança e confiabilidade, sem que lhes seja ou deva ser negada validade jurídica⁴².

Ugo. *Documento Informático, Firme Elettroniche e Firma Digitale*. In TOSI, Emilio, *I Problemi Giuridici di Internet*, Milão: Giuffrè Editore, 2003. p. 197.

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 100.

⁴¹ Idem, ibidem. p. 100.

⁴² Ressalvados os contratos em que lei estabelece a forma escrita, física, seja esta pública ou privada, como pressuposto para sua validade.

O documento eletrônico, por si só, não é incompatível com o ordenamento jurídico vigente, o qual não restringe a prova documental àquela suportada pelo papel ou outros suportes tangíveis. Ao contrário, o Código Civil estabelece, em seu artigo 225, que quaisquer reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou coisas fazem prova plena destes se a parte contra quem forem exibidos não lhes impugnar a exatidão.

Para tentar dirimir qualquer dúvida sobre a viabilidade jurídica do documento eletrônico, o Projeto de Lei 4.906, de 26 de setembro de 2001, que dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico, reconhece sua validade expressamente no seu artigo 3º, segundo o qual não serão negados efeitos jurídicos, validade e eficácia ao documento eletrônico, pelo simples fato de apresentar-se em forma eletrônica.

Referido projeto segue o posicionamento mundial no sentido de assegurar a validade dos documentos eletrônicos, posicionamento este que podemos extrair, inclusive, da Lei Modelo da Uncitral, pioneira na regulação do tema que, em seu artigo 5º dispõe que “não deve ser negado valor legal, validade e vigência à informação com base no fato de que ela tenha sido transmitida por mensagem eletrônica”. A Lei Modelo, sobre a qual discorreremos mais adiante neste trabalho, estabelece também, no artigo 6º, que seja considerada informação escrita aquela informação digital acessível para posteriores referências, afastando a interpretação de que documento escrito seria apenas o suportado por papel.

Sabe-se que os documentos podem ser classificados como públicos ou privados. Uma questão que se coloca diz respeito à possibilidade de existência de documentos públicos eletrônicos. De acordo com Pontes de Miranda:

“Documentos públicos são os que procedem de autoridades públicas, ou de pessoa com fé pública, dentro dos limites das respectivas competências e atribuições. Documentos particulares são aqueles que não têm tal procedência. Os documentos em que se reconheceram a letra e as firmas (assinaturas) dos figurantes, ou só as firmas, são documentos particulares, pois o reconhecimento da

firma apenas é objeto de atestação, e não de certidão, do oficial público.”⁴³

Quando a lei exige, exemplificativamente, que determinados atos jurídicos devam ter a como forma escritura pública, seria possível atender a tal pré-requisito mediante adoção da forma eletrônica?

Não encontramos na legislação pátria qualquer exigência à constituição da escritura pública que não possa ser atendida por documento eletrônico. O artigo 215 do Código Civil estabelece em seu parágrafo primeiro como requisitos da escritura pública que esta contenha:

“I – data e local de sua realização; II – reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas; III – nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação; IV – manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes; V – referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; VI – declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todas a leram; VII – assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.”

O texto normativo não traz qualquer menção ao suporte físico que levasse à conclusão de que é inviável a existência de um documento eletrônico com fé pública. Os requisitos elencados no artigo 215 do Código Civil são, no nosso ponto de vista, passíveis de realização por meio eletrônico, inclusive no que se refere à assinatura do tabelião. Assim, é nossa conclusão que, salvo outra exigência expressa em lei, não há, a princípio,

⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, Tomo XXXVIII, p. 418.

incompatibilidade entre a escritura pública prevista no artigo 215 do Código Civil e o documento eletrônico.

Cabe, ainda, notar que a Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, denominada de ICP-Brasil e cujo objetivo é “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras” estabelece, em seu artigo 10, que “consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória”.

Ainda que determinados normativos garantam a validade e eficácia do documento eletrônico, equiparando-o ao documento tradicional (tal como a Lei Modelo da Uncitral), é fato que a forma eletrônica traz algumas peculiaridades que devem ser minuciosamente observadas na prática pelos operadores do direito. Para citar alguns exemplos, a dificuldade em aceitar o documento eletrônico tanto como documento quanto como meio de prova reside na ausência de assinatura autógrafa, ausência de identificação entre original e cópia, suposta falta de segurança e certeza quanto à imutabilidade de seu conteúdo.

A atribuição de valor probante ao documento eletrônico está intrinsecamente relacionada à assinatura, conforme veremos a seguir.

2.2.5 Assinatura Eletrônica e a Questão da Prova

A assinatura em um documento desempenha três funções típicas, quais sejam: (a) a função indicativa, que permite a individualização e identificação do autor do documento; (b) a função declarativa, que consiste na assunção da paternidade do documento por parte do autor do texto; e (c) a função probatória da autenticidade do documento⁴⁴.

Sabe-se que há contratações nas quais o documento não assinado tornou-se habitual⁴⁵, tais como os vínculos que os consumidores celebram com supermercados,

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit. p. 513.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 101.

postos de serviços e meios de transporte, os quais não contêm assinatura e são formalizados com a mera entrega de um comprovante.

Contudo, quanto maior é a importância atribuída a um documento por parte do ordenamento jurídico, maior a quantidade de medidas necessárias para assegurar a paternidade da assinatura e a inalterabilidade do documento, tais como a presença de um notário para conferir fé-pública ao negócio, a presença de testemunhas ou mesmo a autenticação da assinatura aposta no documento, seja por semelhança ou por autenticidade. Conforme menciona Fabiano Menke,

“⁴⁶...declarações de vontade com o escopo de contrair obrigações, ou de alguma forma produzir efeito jurídico na esfera alheia, não podem dispensar a sua autoria e integridade. É preciso saber quem as produziu a fim de que seja possível imputar a alguém a respectiva consequência jurídica”

Como então compatibilizar os contratos celebrados pela internet e a questão da assinatura?

Antes de respondermos a tal questionamento, entendemos ser importante frisar que não basta a simples transmissão de informação por meio telemático para que se tenha um documento eletrônico relevante sob a ótica jurídica. Conforme esclarecem Paolo Piccoli e Ugo Bechini⁴⁷, o que distingue o documento informático jurídico do simples documento informático é a possibilidade de reconhecer-se com razoável certeza a paternidade do documento, ligando-o ao seu autor, garantindo à contraparte na relação jurídica maior confiança com relação à autoria e conteúdo do documento. Tradicionalmente, complementa o citado autor, isto se consegue com o documento escrito.

⁴⁶ MENKE, Fabiano. Assinatura eletrônica no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 37.

⁴⁷ Do texto original, “...ciò che distingue infatti il documento informático giuridico dal semplice documento informático è la possibilità di riconoscere con ragionevole certezza la paternità, ossia la possibilità di collegare il documento al suo autore, per garantire alla controparte del rapporto negoziale la massima affidabilità quanto alla provenienza, quanto alla consapevolezza dell'autore di rendersi responsabile degli effetti e quanto alle difficoltà per l'autore di sottrarsi agli impegni assunti. Tradizionalmente queste esigenze sono state assicurate dalla sottoscrizione.”. PICCOLI, Paolo; BECHINI, Ugo. Ob. cit. p. 199.

Assim, pode-se dizer que, tradicionalmente, a existência de assinatura em um documento tende a conferir à contraparte e a terceiros em geral a certeza e confiança acerca do autor da mensagem, aspectos essenciais para garantir a segurança na formação dos contratos.

Segurança, aliás, é um aspecto de extrema importância quando falamos de contratação por meio da rede. Seja em razão do possível anonimato⁴⁸ presente nas relações nela travadas seja por criar novas alternativas às atividades fraudulentas, a internet potencializa os problemas de segurança das mensagens transmitidas. É possível que uma mensagem transmitida em função de uma compra *on line* seja interceptada por um hacker, que pode, a depender do sistema de segurança utilizado na transmissão das mensagens, vir a ter acesso aos dados do cartão de crédito do comprador. É possível que alguém se faça passar por outrem quando da celebração de um negócio jurídico *on line*.

Em um primeiro momento, a assinatura ou firma autográfica, assim entendida como aquela aposta no documento pelo autor de próprio punho, era a única forma de garantir as funções indicativa, declarativa e probatória mencionadas por Francesco Carnelutti, às quais nos referimos no início deste tópico. Contudo, é certo que diante das novas tecnologias as funções inerentes à assinatura podem ser atendidas por outras formas que não a assinatura aposta em suporte cartáceo, nos moldes tradicionais.⁴⁹

Como forma de tentar resolver o problema da identificação no meio virtual foram criadas as assinaturas eletrônicas. Estas têm o condão de auxiliar na tarefa de sanar uma imperfeição ínsita das comunicações veiculadas no meio digital, qual seja, a de não se ter certeza da identidade da pessoa com a qual se está falando⁵⁰. Enquanto no mundo físico, na maior parte das vezes, trava-se contato presencial com a pessoa com quem se contratará, no mundo virtual essa já não é a regra.

⁴⁸ Um dos aspectos característicos do meio eletrônico é a potencialização para o desenvolvimento de relações que dispensam o contato presencial das partes. É muito comum a ocorrência de transações nas quais os interlocutores não se conhecem e muito provavelmente nem venham a estabelecer qualquer contato físico.

⁴⁹ RIBEIRO, Luciana Antonini. Ob. cit. p. 47.

⁵⁰ MENKE, Fabiano. Ob. cit. p. 30

Sob a denominação de assinatura eletrônica incluem-se diversos métodos de comprovação de autoria empregados no meio virtual, entre os quais encontramos a assinatura manual digitalizada e a assinatura digital. Fabiano Menke esclarece que:

“enquanto o termo “assinatura eletrônica” abrange o leque de métodos de comprovação de autoria..., a palavra “assinatura digital” refere-se exclusivamente ao procedimento de autenticação baseado na criptografia assimétrica”.⁵¹

A assinatura digital, espécie de assinatura eletrônica na qual nos aprofundaremos, não é física tal como a presente nos contratos de outrora, sendo representada por uma sequência de bits registrados em um programa de computador, e tem como objetivo indicar a pessoa responsável pelo conteúdo inserido no documento, bem como vincular o conteúdo ali constante ao seu autor.

Cabe observar que não obstante os avanços observados nos últimos anos, as assinaturas digitais enfrentam alguma dificuldade para serem disseminadas e aceitas pelos usuários. Imagina-se que esta questão está relacionada a aspectos sócio-culturais, uma vez que a assinatura manuscrita goza de maior aceitação perante as pessoas, que ainda vêm a assinatura digital com certa desconfiança.

A assinatura digital é viabilizada pelo emprego da criptografia assimétrica ou criptografia de chaves públicas. O sistema de criptografia pode ser simétrico ou assimétrico, sendo o sistema simétrico quando o algoritmo que realiza a *criptação* (ou codificação) da mensagem é o mesmo utilizado para sua *descriptação* (ou decodificação), e sistema assimétrico quando há duas chaves diferentes, uma chamada de chave pública e outra de chave privada. No caso do sistema assimétrico, a chave que permite a *criptação* da mensagem não é a mesma que possibilita sua *descriptação*.

O sistema de criptografia assimétrica permite a identificação da autoria do documento pela utilização exclusiva da chave privada pelo usuário cadastrado, a autenticidade do documento a partir de sua ligação com o respectivo autor e, por fim, a

⁵¹ MENKE, Fabiano. Ob. cit. p. 42.

identificação de eventuais fraudes havidas no documento, as quais anulam a assinatura.⁵² Conforme ensina Alexandre Bueno Cateb, “para resguardar e garantir a autenticidade das mensagens eletrônicas, o sistema de criptografia assimétrica acusa qualquer modificação de conteúdo de um documento eletrônico previamente assinado digitalmente.”⁵³

A criptografia, apresentada como solução para o tema da segurança dos documentos eletrônicos, foi regulamentada em nosso ordenamento jurídico por meio da Medida Provisória n.º 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, a qual instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil. De acordo com o artigo 1º de referido normativo, a ICP-Brasil foi criada para “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.”⁵⁴

A origem remota da ICP-Brasil pode ser localizada no Decreto 3.587, de 5 de setembro de 2000, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal, denominada ICP-Gov. Referido Decreto previa a utilização da criptografia assimétrica para a realização de transações eletrônicas seguras e a troca de informações sensíveis⁵⁵ e tinha como objetivo iniciar o processo de substituição dos documentos físicos que tramitavam entre os órgãos do governo pelos documentos eletrônicos, conferindo celeridade ao trâmite dos expedientes.⁵⁶

A organização da ICP-Brasil pressupõe a existência de uma Autoridade Certificadora Raiz, que tem a incumbência de emitir, gerenciar e revogar os certificados das Autoridades Certificadoras. Estas, por sua vez, respondem pela própria emissão e revogação dos certificados digitais que vinculam pares de chaves criptográficas aos seus

⁵² QUEIROZ, Regis Magalhães de. Assinatura Digital e o Tabela Virtual. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). Direito & Internet. Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2000, p. 399.

⁵³ CATEB, Alexandre Bueno. A falácia dos títulos de crédito eletrônicos in Revista Âmbito Jurídico. Disponível em www.cateb.com.br. Acesso em 21 de outubro de 2011.

⁵⁴ Apesar de a matéria inicialmente ter sido regulada em caráter provisório, a Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, art. 2º, assegurou a permanência em vigor da Medida Provisória 2.200-2, entre outras, até que medida provisória ulterior a revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional

⁵⁵ MENKE, Fabiano. Ob. cit. p. 98

⁵⁶ Conforme dispõe o artigo 21 de referido Decreto: “Implementados os procedimentos para a certificação digital de que trata este Decreto, a Casa Civil da Presidência da República estabelecerá cronograma com vistas à substituição progressiva do recebimento de documentos físicos por meios eletrônicos.”

respectivos titulares. Por fim, às Autoridades de Registro, vinculadas a uma determinada Autoridade Certificadora, compete identificar e cadastrar usuários, encaminhar solicitações de certificados às Autoridades Certificadoras e manter registros de suas operações.

A Medida Provisória 2.200-2, ao dispor que toda e qualquer declaração documentada em forma eletrônica certificada por entidade autorizada pela ICP-Brasil presumir-se-á verdadeira em relação aos seus signatários, equiparou os documentos eletronicamente celebrados àqueles firmados da forma manuscrita, afastando quaisquer dúvidas em relação à sua validade jurídica e admissibilidade enquanto prova.

O Projeto de Lei 4.906/01⁵⁷, complementado a matéria, determina que não seja negado valor probante ao documento eletrônico e sua assinatura digital pelo simples fato de esta não se basear em chaves certificadas por uma autoridade certificadora credenciada.

A questão do valor probante do documento eletrônico sem criptografia é bastante controversa. Diferentemente do quanto dispõe o Projeto de Lei supracitado, o entendimento de que somente o documento eletrônico assinado com a tecnologia da criptografia é apto a provar a existência do negócio jurídico foi adotado pelo ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado Aguiar, o qual afirmou que o consumidor deve ter conhecimento que existe um sistema moderno, já adotado em outros países, denominado criptografia e que só com ele seria possível controlar a autenticidade e veracidade de informações contidas nas cláusulas do documento eletrônico. Do contrário, afirma o ministro aposentado, haveria sempre a possibilidade de ser desfeito, em função de impugnação da outra parte. Conclui que sem o uso da assinatura criptográfica não se obtém o documento eletrônico com força probante em juízo, tendo os milhares de contratos firmados diariamente no Brasil via internet o mesmo peso jurídico de uma prova oral.⁵⁸

Ana Paula Gambogi de Carvalho⁵⁹, no mesmo sentido, afirma que:

⁵⁷ Referido Projeto de Lei foi arquivado em 28 de fevereiro de 2007.

⁵⁸ Notícia disponível em

http://www.stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=368&tmp.texto=67059. Acesso em 23 de outubro de 2011.

⁵⁹ CARVALHO, Ana Paula Gambogi de. Contratos via Internet. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 126.

“Maiores complicações podem eventualmente surgir em caso de litígio, quando se fizer necessária a prova da celebração e do conteúdo do contrato, já que o peso jurídico das declarações de vontade transmitidas pela *internet* raramente será maior do que a de uma prova oral. Estas dificuldades podem ser consideravelmente diminuídas com o auxílio de novas tecnologias de codificação, como a técnica de criptografia da assinatura digital.”

Discordamos do entendimento acima por sustentarmos que os documentos eletrônicos, independentemente de assinatura digital, também serão aptos a produzir prova em Juízo se, juntados aos autos, não tiverem sua autenticidade ou veracidade de conteúdo impugnadas pela parte contra quem fazem prova, nos termos do artigo 372⁶⁰ do Código de Processo Civil e, mais recentemente, do artigo 225⁶¹ do Código Civil. Ademais, o parágrafo 2º do artigo 10 da Medida Provisória 2.200-2, admite expressamente a validade de outros meios de certificação de autoria, desde que aceito pelas partes, flexibilizando a utilização dos métodos de comprovação da autoria de maneira a não tornar obrigatório o emprego de certificados digitais no Brasil.

No mesmo sentido, Rogério Cruz e Tucci⁶² esclarece que a forma eletrônica de celebração de contratos, com exceção das hipóteses que reclamam forma solene, não encontra qualquer óbice na legislação brasileira no que se refere ao valor probatório.

2.2.5.1 Legislação Estrangeira sobre Assinaturas Digitais

Tendo em vista o aspecto internacional que permeia o assunto, diversas entidades empenham-se em traçar diretivas relacionadas às assinaturas digitais. É interessante notar que os normativos que regulam o tema assinatura digital tratam do comércio eletrônico de

⁶⁰ CPC - Art 372. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro.

⁶¹ CC – Art. 225. 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.

⁶² TUCCI, Rogério Cruz e. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores). São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 313.

forma ampla, dado que os dois assuntos tendem a ser indissociáveis. Neste sentido, quando invocamos a legislação internacional atinente a assinatura digital, via de regra, falamos também da iniciativa de cada país citado sobre o assunto comércio eletrônico.

Cabe ressaltar que o intuito deste tópico é tão somente traçar um panorama geral sobre as iniciativas legislativas em matéria de assinatura digital e comércio eletrônico em determinados países, e não analisá-las ou compará-las com nossas iniciativas. Acreditamos que em face do aspecto internacional da matéria essa preocupação é justificável.

2.2.5.1.1. A Lei Modelo da Uncitral

A ONU – Organizações das Nações Unidas, por meio da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral) propôs um conjunto de normas, assim entendidas como a Lei Modelo da Uncitral, que têm por objetivo, entre outros aspectos, dispor sobre o comércio eletrônico e a validade dos documentos celebrados por meio eletrônico. Trata-se de uma das principais bases para as legislações sobre a matéria que vêm sendo criadas ao redor do mundo.

É importante mencionar que a Lei Modelo da Uncitral serve apenas como modelo para os países associados às Nações Unidas, não sendo auto-aplicável. É, portanto, mera sugestão para que os países associados elaborem leis tomando por base este modelo. Por ser entendida como pioneira na matéria, seu estudo é importante uma vez que referida lei serviu e serve como fonte de inspiração para os poucos diplomas legislativos relacionados a comércio eletrônico.

Os principais pontos da Lei Modelo da Uncitral sobre o comércio eletrônico são⁶³: (i) a definição de vários conceitos, incluindo o de mensagem eletrônica; (ii) a regulação das formalidades legais para as mensagens eletrônicas; e (iii) a regulamentação da comunicação via mensagens eletrônicas.

O artigo 1º da Lei Modelo pretende regular “qualquer tipo de informação na forma digital usada no contexto de atividades comerciais”. No que se refere à validade das

⁶³ Conforme mencionado por Newton de Lucca no texto *Títulos e Contratos Eletrônicos*, constante da obra LUGCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto, *Direito & Internet*. Bauru: Edipro, 2001, p. 52 a 54.

mensagens eletrônicas, a Lei expressamente dispõe sobre sua analogia a mensagens escritas, desde que a informação nela contida seja passível de acesso em momentos subsequentes, determinando, ainda, a impossibilidade de negação a seu valor legal, validade e vigência.

Em seu artigo 2º, a Lei Modelo estabelece diversas definições a fim de esclarecer seu campo de incidência, tais como: mensagem eletrônica, intercâmbio eletrônico de dados, remetente, destinatário, intermediário e sistema de informação.

Mensagem eletrônica é definida como a informação gerada, enviada, recebida, ou arquivada eletronicamente, levando-se em conta as modernas técnicas de comunicação, intercâmbio eletrônico de dados e correio eletrônico, bem como outras formas de comunicação menos avançadas como o fax.

No tocante à assinatura eletrônica, o artigo 7º da Lei Modelo prevê a sua validade, desde que esta utilize algum método para identificação da pessoa e seu consentimento quanto à mensagem enviada, sendo confiável e apropriado para os propósitos para os quais a mensagem foi gerada ou comunicada.

De igual forma, o normativo prevê a validade dos contratos formados eletronicamente, por meio da oferta e aceitação manifestadas por mensagens eletrônicas, disciplinando, ainda, o reconhecimento pelas partes das mensagens eletrônicas e seu momento de emissão e recepção.

Ademais, a segunda parte da Lei trata do comércio eletrônico em áreas específicas, ainda que de forma não exaustiva. É louvável, todavia, sua iniciativa para a busca da uniformização das regras atinentes ao assunto e da regulamentação necessária.

2.2.5.1.2. Iniciativas Internacionais

A quantidade de leis e projetos existente no âmbito internacional sobre comércio eletrônico e assinatura digital é elevada. No entanto, a desvantagem do número é

acompanhada pelos benefícios da homogeneidade⁶⁴, dado que quase todas elas seguem o mesmo padrão, qual seja, o da Lei Modelo da Uncitral.

Tem-se registro de que a primeira lei regulamentando as assinaturas digitais foi editada nos Estados Unidos da América, no Estado de Utah, denominada *Utah Digital Signature Act*, que entrou em vigor em 1º de maio de 1995. A pioneira lei tem como pontos principais as definições referentes ao conceito e aos efeitos da assinatura digital, bem como a abordagem sobre autoridades certificadoras e certificados digitais⁶⁵. Sua seção 103, item 10, estabelece que a assinatura digital “significa a transformação de uma mensagem utilizando sistemas criptográficos assimétricos, de forma que uma pessoa de posse da mensagem inicial e da chave pública do signatário possa determinar com precisão se a transformação foi gerada com a utilização da chave privada que corresponde à chave pública do signatário e se a mensagem foi alterada desde a realização da transformação.”

Após a regulamentação do Estado de Utah, outros Estados americanos adotaram leis com base no modelo pioneiro.

Na Argentina, a lei de assinatura digital - de número 25.506 - foi promulgada em 11 de dezembro de 2001. O objetivo da lei argentina, de acordo com o seu artigo 1º, é reconhecer o emprego da assinatura eletrônica e da assinatura digital e sua eficácia jurídica nas condições estabelecidas por referida lei. Ricardo L. Lorenzetti afirma que também é possível extrair desta norma objetivos gerais, conforme segue: (i) conferir eficácia jurídica à assinatura digital; (ii) conferir eficácia jurídica à assinatura eletrônica; (iii) conferir eficácia jurídica ao documento eletrônico⁶⁶. De acordo com referida lei, a assinatura eletrônica é o conjunto de dados eletrônicos integrados, ligados ou associados de maneira lógica a outros dados eletrônicos, utilizado pelo signatário como seu meio de identificação.

Na Europa, a Alemanha foi o primeiro país a editar uma lei específica sobre o tema.⁶⁷ A chamada *Signaturegesetz*, de 1º de agosto de 1997, introduziu as condições estruturais para a adoção das assinaturas digitais naquele país. Tal lei não dispôs sobre a

⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 117.

⁶⁵ MENKE, Fabiano. Ob. cit. p. 67.

⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 112.

⁶⁷ MENKE, Fabiano. Ob. cit. p. 71.

equiparação dos efeitos jurídicos da assinatura manuscrita à assinatura digital, tratando apenas do estabelecimento da infraestrutura de chaves públicas em nível nacional.

Dois anos após a lei alemã, a União Européia promulgou a Diretiva 1999/93, a qual trata sobre as condições estruturais comuns para as assinaturas eletrônicas, e assinala que a assinatura eletrônica, associada a um documento eletrônico, tem exatamente o mesmo valor legal da assinatura manuscrita em documento papel, admitindo como meio de prova a assinatura eletrônica associada a documento eletrônico.

Na Espanha, o Real Decreto-lei 14/1999, nos moldes da Diretiva 1999/93, estabelece que a assinatura eletrônica é o conjunto de dados, em forma eletrônica, anexos a outros dados eletrônicos ou associados funcionalmente a eles, utilizados como meio para identificar formalmente o autor ou os autores do documento que a veicula.

Em Portugal, o Decreto-lei 375/1999 define o processo de assinatura eletrônica como sendo o baseado em um sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou uma série de algoritmos, mediante os quais se gera um par de chaves assimétricas, exclusivas e interdependentes, uma das quais é privada e a outra pública, permitindo ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento eletrônico ao qual a assinatura se refere em concordância com o seu conteúdo, e ao destinatário utilizar a chave pública para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso correspondente da chave privada, ou se o documento eletrônico foi alterado depois de assinado.

Em França, em 29 de fevereiro de 2000 foi aprovada pela Assembleia Nacional a lei sobre a adaptação do direito de prova às novas tecnologias e à assinatura digital. Referida lei assegura à assinatura eletrônica os mesmos efeitos da assinatura tradicional, desde que seu signatário tenha conhecimento de seus direitos e obrigações ao assinar dito documento.

Na Itália, a validade do documento informático, quando equiparado ao cartáceo foi reconhecida pelo *Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513*. Referido normativo regulamentou o documento eletrônico e a assinatura digital, reconhecendo a validade dos documentos eletrônicos formados por qualquer tecnologia,

considerando, entretanto, como equivalente a documentos escritos apenas os que seguissem determinadas disposições legais.

3. CONTRATOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITOS E PRINCÍPIOS

3.1 CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE MERCANTIL

Para que possamos trazer a correta definição do termo *contrato*, tomamos a liberdade de emprestar um conceito apropriadamente aplicado por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁶⁸, o qual dispõe que, tendo em vista tratar-se de uma pesquisa voltada para o Direito Comercial, evidentemente o seu escopo específico diz respeito aos contratos utilizados como instrumento de realização da atividade mercantil.

Sob a ótica econômica, afirma-se que o contrato realiza uma operação econômica, suportado por uma roupagem jurídica, na qual as partes atuam de forma racional, dispondo, em tese, de todas as informações necessárias, regulando todos os aspectos relevantes e tendo em conta todos os eventos sucessivos, dotadas referidas partes de igual poder contratual e agindo de boa-fé⁶⁹.

Conforme alude Vincenzo Roppo, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente – para a ideia de operação econômica⁷⁰, assim entendida como aquela na qual há efetiva ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro, independentemente do fato que a gerou⁷¹. Assim, a palavra contrato é comumente utilizada para designar determinada operação econômica, na qual os patrimônios as partes são necessariamente afetados em decorrência dos contratos celebrados.

⁶⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Contratos Mercantis e a Teoria Geral do Contrato – O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 23.

⁶⁹ Idem, ibidem. p. 24.

⁷⁰ ROPPO, Vincenzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. p. 8.

⁷¹ Ao discorrer sobre o sentido do termo “operação econômica”, Vincenzo Roppo esclarece que alguns contratos que, em tese e a princípio, não teriam o condão econômico, tais como contratos de empréstimo ou aqueles com finalidade estritamente sociais. No entanto, tal entendimento é afastado após o autor definir o conceito de “operação econômica” como sendo toda e qualquer operação que gera ou pode gerar transferência de riquezas, o que se observa mesmo em contratos com finalidade social, tal qual o empréstimo, por um indivíduo, de um quadro de um pintor famoso para que seja exposto em uma galeria de artes e apreciado por todos os simpatizantes. Para aprofundamento nesta discussão, vide Vincenzo Roppo, ob. cit.

Corroborando a afirmação de que o contrato consubstancia-se na roupagem de uma operação econômica, o Código Civil Italiano, em seu artigo 1321, identifica-o como sendo o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial⁷². Tal definição não é encontrada de forma expressa na legislação brasileira, sendo, contudo, cabível sua transposição para a nossa realidade na medida em que nossos legisladores se inspiraram no Código Civil Italiano quando da elaboração do nosso atual Código Civil.

Fala-se em contrato tanto em situações mais simples, quando, exemplificativamente, uma pessoa dirige-se ao supermercado para adquirir produtos para o seu consumo diário ou utiliza-se de transporte público para locomoção, bem como em situações mais complexas, quando duas ou mais partes pretendem celebrar negócio de compra e venda de uma casa ou a prestação de determinados serviços, mediante a respectiva contraprestação. É sabido que quanto mais complexas as relações jurídicas, maior importância o ordenamento impõe para os contratos que abarcarão referidas relações. No caso da compra de produtos no supermercado, o contrato existente é muitas vezes verbal ou consubstanciado, no máximo, por um recibo, um tíquete de compra. Já no caso do contrato de compra e venda de um imóvel, dada a sua relevância, o ordenamento jurídico em vigor impõe algumas peculiaridades para a validade e aperfeiçoamento⁷³ do contrato.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: O CONCEITO CLÁSSICO DE CONTRATO

Não é nos primórdios do Direito Romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica do que hoje se denomina “contrato”, pois o que se via àquela época era um vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta de atos solenes para ser criada, conforme alude Orlando Gomes⁷⁴. Esclarece o autor citado que:

⁷² No original: “*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

⁷³ A respeito da validade e aperfeiçoamento de contratos reais, vide GOMES, Orlando, Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 90 e seguintes.

⁷⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7.

“Os contratos reais realizavam-se *per aes et libram*, solenidade executada pelo *libripens*, que consistia no ato simbólico de pesar numa balança. Os contratos verbais, pela *stipulatio*. Os contratos literais só se perfaziam com a redação de um escrito – *litteris* –, o qual não servia apenas para a prova, mas para lhe dar existência.”⁷⁵

Discorrendo sobre a origem histórica do contrato, Vincenzo Roppo afirma que foi somente na época de Justiniano que se chegou a delinear um instrumento um pouco mais próximo do que hoje se entende por contrato, capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade de operações econômicas⁷⁶.

Complementa o aludido autor⁷⁷ que existe, na história do pensamento jurídico, a doutrina de um pensador inglês do século XIX, denominado Henry Sumner Maine, que dispõe que enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens eram determinadas, em sua grande maioria, pelo pertencimento de cada um a certa comunidade, categoria ou grupo, na sociedade pós-revolução industrial e revolução francesa, tais relações tendem a ser fruto de livre escolha dos interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra no contrato o seu símbolo e instrumento de atuação.

É sabido que as teorias acerca do funcionamento e organização da sociedade, amadurecidas pelos pensadores dos séculos XVII e XVIII, intitulavam-se contratualismo⁷⁸. De acordo com referidas teorias, a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, no contrato.

Os princípios ideológicos relacionados a contrato e que foram fomentados à época, mais especificamente no século XIX, podem ser traduzidos em uma ideia principal: a da liberdade de contratar. Em sua tríplice expressão⁷⁹, a liberdade de contratar significa a liberdade de celebrar contrato, liberdade de escolher o outro contratante e liberdade de determinar o conteúdo do contrato. Assim, com base na liberdade de contratar os

⁷⁵ Idem, ibidem. p. 37.

⁷⁶ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 17.

⁷⁷ Idem, ibidem. p. 26.

⁷⁸ Para aqueles que desejam se aprofundar nas idéias do contratualismo, vide ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Disponível em www.jahr.org. Acesso em 20 de setembro de 2011.

⁷⁹ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 9.

contraentes tinham plena autonomia de estabelecer essa ou aquela cláusula, determinando esse ou aquele preço ao quanto se desejava pactuar, desde que não fossem de encontro à ordem pública e aos bons costumes⁸⁰.

Como contraponto à liberdade de contratar, surge a responsabilidade pelos compromissos assumidos que, conforme alude Vincenzo Roppo, configuravam-se como vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei⁸¹. O Código de Napoleão já dizia, em seu artigo 1134, que os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que o celebraram. Tal fórmula, transmitida para o Código Civil Italiano de 1865 (art. 1123) e para o Código Civil Italiano em vigor (art. 1372), aparece em nosso ordenamento não como um artigo em nosso diploma civilista, mas como um princípio fundamental (ainda que mitigado) do regime contratual, qual seja, o da força obrigatória dos contratos ou o *pacta sunt servanda*, conforme veremos adiante.

Distingue-se o contrato da lei propriamente dita, na lição de Savigny aclarada por Francesco Messineo⁸², por ser o primeiro fonte de obrigações e direitos subjetivos, enquanto a lei é fonte de direito objetivo.

Dado que o conteúdo do contrato correspondia à vontade livre dos contraentes, considerava-se haver justiça na relação contratual estabelecida, em razão da suposta igualdade fomentada pelas revoluções burguesas⁸³. Liberdade de contratar e igualdade na contratação figuravam, então, como pilares importantes para os doutrinadores da época moderna.

A definição de contrato construída com base no pensamento supramencionado, que podemos chamar de definição clássica, tem como base a existência de acordo de vontades, manifestada pela expressão de um ato bilateral, por meio do qual as partes submetem-se a uma série de regulamentações por estas especificadas que comportam sacrifícios e benesses recíprocos, criando-se, modificando-se e extinguindo-se direitos.

⁸⁰ Idem, ibidem. p. 27.

⁸¹ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 34.

⁸² MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, T. I. p. 84.

⁸³ As revoluções burguesas do final do século XVIII e início do século XIX aboliram os privilégios do antigo regime, afirmando serem todos iguais perante a lei.

Para que o regulamento formado tenha força vinculativa entre as partes, é necessário que haja um consenso contratual⁸⁴, ou seja, uma recíproca vontade das partes em se obrigar.

Trata-se da chamada teoria voluntarista, na qual há a supremacia da vontade, elemento fundamental à formação do vínculo contratual. O contrato, desta forma, é reflexo do consenso das partes na assunção de obrigações e direitos, de seu desejo interior de concretização do negócio jurídico.

É possível dizer que esta é uma época em que os contratos tinham como característica fundamental o subjetivismo e a individualidade⁸⁵, não sendo produzidos, evidentemente, em grande escala e sendo fruto de reflexão entre os contratantes. O consenso seria obtido, assim, mediante o acordo entre as partes, o diálogo.

A definição clássica de contrato está claramente atrelada à ideologia dominante à época, refletindo o processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção. Conforme discorre Orlando Gomes,

“O liberalismo econômico, a ideia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto, permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da atividade econômica.”⁸⁶

O pensamento jurídico novecentista acerca do contrato foi incorporado nas grandes codificações daquele século⁸⁷: primeiramente no Código Civil Francês de 1804, que serviu de inspiração para o Código Civil Italiano de 1865, e, posteriormente, no Código Alemão de 1896, o chamado *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

⁸⁴ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p.73.

⁸⁵ Idem, ibidem. p. 309.

⁸⁶ GOMES, Orlando. Ob. cit. p 7.

⁸⁷ ROPPO, Vincenzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 2009. p. 40.

3.3 A CRISE DA LIBERDADE DE CONTRATAR E O CONTRATO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A afirmação outrora mencionada de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes e, por consequência, a justiça dos contratos, conforme pensamento dominante na visão clássica de contrato, acabou não se confirmando na prática. Tanto é verdade que o sistema da autonomia da vontade cedeu lugar para o da autonomia privada. Conforme alude Vera Helena de Mello Franco, “a igualdade formal, até aceita, passou, na realidade, a encobrir uma desigualdade substancial”.⁸⁸

Salienta Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁸⁹ que o modelo ideal clássico do contrato baseado na autonomia da vontade e liberdade de contratar revelou-se distorcido uma vez que a realidade muitas vezes não correspondia aos seus pressupostos, ou seja, não era sempre que existia livre apreciação dos interesses por ambas as partes, não podendo também se presumir que as prestações se revelassem sempre equilibradas.

O desequilíbrio tornou-se patente, inclusive, no âmbito dos contratos de trabalho⁹⁰, gerando insatisfação das partes. Discorrendo sobre a insatisfação dos contratantes no âmbito do contrato de trabalho, Vincenzo Roppo⁹¹ esclarece que o empresário, com pleno controle do mercado de trabalho, e o operário que procura emprego são juridicamente iguais e livres para determinar o conteúdo do contrato de trabalho. No entanto, é evidente que o operário, se não quiser renunciar ao trabalho e, por vezes, à sua própria subsistência, estará sujeito a suportar todas as condições, ainda que não vantajosas, impostas pelo empresário.

No campo econômico-social, as exigências da produção e dos consumos de massa, a necessidade de acelerar, simplificar e uniformizar as relações entre as empresas e os consumidores levaram a um processo de simplificação e uniformização das transações, com a consequente supressão da autonomia de vontade das partes. Atribuir importância à

⁸⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. Os Contratos Empresariais e seu Tratamento após o Advento do Código Civil de 2002. In. Revista de Direito Mercantil, Ano XLVIII, n. 151/152, janeiro/dezembro de 2009, p. 22 a 46.

⁸⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 46..

⁹⁰ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 8.

⁹¹ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 38.

vontade das partes, pilar da teoria do negócio jurídico, significaria individualizá-la⁹² e, portanto, atrapalharia o comércio cujas novas dimensões – de massa – impunham o desenvolvimento de modelos mais uniformes e impessoais.

Pergunta-se: o que aconteceria com as transações comerciais se cada comerciante e cada consumidor quisesse discuti-las uma a uma? A resposta é simples: tais transações ficariam extremamente prejudicadas e o comércio demoraria mais para se desenvolver, em razão, principalmente, da falta de celeridade na conclusão dos negócios.

Coloca-se a prova o fundamento da teoria do negócio que, sem a livre vontade das partes, perdia a razão de existir. Vincenzo Roppo⁹³ esclarece que foi até natural que os legisladores italianos de 1942 não acolhessem a teoria do negócio jurídico em um código no qual a disciplina das trocas era inspirada pela produção de massa e pela mais célere e segura circulação dos bens.

Pela mesma razão, parece-nos igualmente natural a unificação do direito das obrigações⁹⁴ e dos contratos perpetrada pelo Código Civil Italiano de 1942, o que constituiu uma resposta às exigências de um estágio mais avançado do desenvolvimento capitalista. As regras em matéria de contrato contidas nos códigos civis do século XIX apareciam ainda ligadas a uma visão estática e fechada da economia, a uma concepção de processo econômico que pouco privilegiava a circulação e multiplicação das riquezas. Clamava-se pela aplicação das normas sobre contratos comerciais (até então existentes no Código Comercial Italiano e aplicáveis apenas aos que se enquadravam no conceito de comerciantes), a todas as relações contratuais indistintamente.

Cabe lembrar que tal unificação também ocorreu no direito brasileiro com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que suprimiu grande parte do nosso Código Comercial, adotando um sistema único que conjuga tanto o direito civil quanto o direito comercial.

⁹² Idem, ibidem. p. 69

⁹³ Idem, ibidem. p. 70.

⁹⁴ A unificação ocorrida no direito italiano pareceu-nos natural dado o contexto histórico em que aquele país se encontrava. Contudo, se pensarmos na unificação ocorrida no direito brasileiro com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 podemos pensar que ela pode não ter sido de todo acertada, tendo em vista a supressão de diferenças importantes existentes entre o direito civil e o comercial, fato que parece-nos não ser compartilhado pelos civilistas. Não vamos nos aprofundar nesta discussão deliberadamente.

Houve, então, uma mudança com relação à autonomia privada plena dos contratantes, existente no Código Civil Brasileiro de 1916 e nos demais códigos liberais. Esta passou a ser mitigada seja pela atuação dos magistrados, de forma a estabelecer o equilíbrio contratual quando este não existia no caso contrato, seja pela atuação mais direta do Estado, com o desenvolvimento do conceito de hipossuficiência nas contratações e a proteção conferida pelo Estado à parte tida como a mais fraca, como podemos verificar no conjunto de regras do Código de Defesa do Consumidor, seja pelos limites impostos pelo legislador, tais como o da função social do contrato, acolhido pelo Código Civil de 2002, conforme veremos em momento oportuno. A autonomia privada e o consenso, ainda basilares à formação do contrato, passam a ter nova conotação.

Neste novo contexto determinado pela intervenção do Estado na economia, o contrato, segundo Orlando Gomes⁹⁵, sofre duas importantes modificações: (i) deixa de ser simplesmente expressão da autonomia privada; e (ii) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes (produtores e consumidores, empregadores e empregados, senhorios e inquilinos).

Saímos da era da teoria de vontade e passamos à da teoria da declaração, expressão que, segundo Vincenzo Roppo⁹⁶, resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objetivo. Assim discorre o autor:

“A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos elementos objetivos exterior e socialmente reconhecíveis, dos atos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual, às atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, em uma palavra, à vontade das partes, com a consequência de que, em caso de conflito entre o subjetivo e o objetivo ... tende-se a atribuir prevalência a este último, sacrificando, assim, a vontade à

⁹⁵ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 17.

⁹⁶ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 298.

declaração. O objetivo é o de tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor objetivo e socialmente perceptível desta...”⁹⁷

Juntamente com a autonomia da vontade (que depois evoluiu para a autonomia privada), outros princípios passaram a ser levados em consideração quando falamos de contrato, tais como os princípios da boa-fé e função social do contrato, presentes em nosso ordenamento jurídico conforme veremos adiante.

A existência de novos parâmetros na formação dos contratos levou alguns doutrinadores⁹⁸ a falar em crise do modelo clássico, mormente decorrente da atenuação ou limitação da autonomia da vontade dos contratantes.

3.3.1 O contrato obrigatório

Dentro dos limites da autonomia privada as partes muitas vezes não são inteiramente livres para a fixação das cláusulas dos contratos que vierem a lícitamente celebrar. Por vezes o legislador intervém limitando ou até mesmo afastando a liberdade de contratar, estabelecendo normas de aplicação obrigatória em prol da defesa de princípios que extrapolam o interesse privado, fato que interfere diretamente em outro princípio, o da autonomia privada.

A necessidade de acesso a determinados bens e serviços que vigora em nossa sociedade acarretou o aparecimento do contrato obrigatório ou imposto⁹⁹, que pode ser definido por aqueles em que, por determinação legal, o fornecedor de certos bens ou serviços não pode recusar-se a contratar com qualquer pessoa que o requeira, assim como acontece com o fornecimento de eletricidade e água, por exemplo.

Veja-se, por exemplo, o seguro obrigatório de veículos automotores, que deve ser contratado obrigatoriamente pelos proprietários dos veículos. Ou seja, ainda que não seja

⁹⁷ Idem, ibidem. p. 299.

⁹⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 47.

⁹⁹ Idem, ibidem. p. 56.

de sua vontade, caso uma pessoa pretenda adquirir um veículo automotor deverá, obrigatoriamente, celebrar contrato de tal modalidade de seguro obrigatório.

Há, ainda, outros cenários nos quais, por imposição fática, as pessoas vêm-se obrigadas a celebrar determinados contratos, sem que necessariamente manifestem claramente sua vontade em fazê-lo. O que dizer de um aposentado que, para receber os proventos decorrentes de sua aposentadoria, é obrigado a celebrar contrato com uma instituição financeira? Sem a assinatura do contrato bancário, o aposentado ver-se-ia impossibilitado de receber seus proventos na medida em que é impossível que ele “bata na porta” de uma agência do Instituto Nacional de Previdência Social (INSS) pleiteando o recebimento do que é seu por direito.

Uma característica contemporânea dos contratos é que eles não nascem apenas da livre manifestação da vontade das partes, conforme preceituado pela doutrina clássica, nascendo também de imposição legal ou fática.

Tendo em vista a crescente intervenção do Estado no estabelecimento dos contratos, inclusive por meio de modelos pré-estabelecidos aos quais as partes devem aderir, questiona-se se tais relações poderiam ser caracterizadas como contratuais na medida em que a liberdade de contratar é praticamente suprimida. Darcy Bessone¹⁰⁰, ao discutir esta questão, esclarece ser de fundamental importância para a caracterização do contrato que haja um acordo de vontades com a finalidade de constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial, ainda que suas condições tenham sido pré-determinadas ou pré-estabelecidas pelo Estado.

3.3.2 O Contrato de Adesão (ou por Adesão)

O desenvolvimento econômico viabilizou tanto a produção de bens e quanto a prestação de serviços em larga escala, de forma a atender a demanda do consumo voltado para grandes quantidades. Este fenômeno da massificação acarretou a despersonalização das relações contratuais, tendo os contratos sofrido um processo de objetivação¹⁰¹ que pode

¹⁰⁰ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do Contrato. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 49 e ss.

¹⁰¹ O termo “objetivação” foi usado por Vincenzo Roppo na obra já citada, p. 301.

ser resumido pela decrescente importância do elemento subjetivo da vontade e pela crescente importância do elemento objetivo da declaração.

O contrato teve que se adaptar às exigências impostas pelo dinamismo e celeridade das relações econômicas e, para tanto, ele teve que deixar de configurar-se como uma expressão da vontade individual, sujeito às vicissitudes das partes contratantes, e passar a ser o mais objetivo e impessoal possível, em prol da citada celeridade. Os empresários passam, então, a adotar formas padronizadas de contratação, por meio da utilização das chamadas condições gerais, de forma a uniformizar ao máximo os termos em que concluirá acordos com terceiros.

Orlando Gomes¹⁰² menciona que conforme o ângulo de visualização da relação contratual ela pode ter dois nomes: se considerada sob o aspecto da formulação das cláusulas por uma só das partes, recebe o nome de condições gerais do contrato; e se considerado o modo como se forma a relação bilateral, recebe o nome de contrato de adesão ou por adesão.

Cláudia Lima Marques¹⁰³ diseca um pouco mais tal classificação, diferenciando o contrato de adesão das condições gerais do contrato da seguinte forma: os contratos de adesão têm suas cláusulas preestabelecidas unilateralmente por uma parte, sem que seja dada à contraparte a oportunidade para discutir ou modificar o conteúdo do contrato; as condições gerais dos contratos se caracterizam por serem condições a que se submetem contratos, escritos ou não, em que uma parte aceita, tácita ou expressamente, que as cláusulas pré-elaboradas unilateralmente pela outra parte para um número indeterminado de relações contratuais integrem seu contrato específico.

Assim, o contrato de adesão funciona, resumidamente, da seguinte forma: de um lado, uma parte formula as cláusulas da relação contratual que pretende estabelecer uniformemente com diversas pessoas, e de outro lado a outra parte contratante adere às cláusulas formuladas, sem possibilidade de discussão ou alteração de seu conteúdo.

¹⁰² GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 128 e 129.

¹⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 59.

Vincenzo Roppo¹⁰⁴, ao analisar o contrato por adesão, menciona ser este aquele no qual existe uma parte que, pela sua posição e pelas suas atividades econômicas, precisa estabelecer uma série infinita de relações negociais, homogêneas em seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispondo, antecipadamente, um esquema contratual formado por um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, e a outra parte que deseja entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, sem possibilidade de discutir ou negociar singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, de cada contrato, mas limitando-se a aceitar em bloco as cláusulas unilateral e uniformemente predispostas pela contraparte, assumindo, desta forma, o papel de simples aderente.

O caráter contratual do contrato de adesão é objeto de contestação, uma vez que ele deriva justamente da “adesão” de um contratante a um conjunto de cláusulas elaboradas pela outra parte, sem que haja discussão ou possibilidade de modificação do seu conteúdo, sendo que se o contratante não aceitar os termos propostos deverá renunciar ao contrato¹⁰⁵.

Sobre este aspecto duas correntes se contrapõem: (i) a contratualista, que entende a adesão como um modo de formação do acordo de vontades, reconhecendo, assim, a existência de duas vontades que se fundem, e a (ii) anticontratualista, que entende ser a adesão um ato unilateral, dado que não haveria a manifestação de vontade no ato de aderir ao bloco de cláusulas predispostas¹⁰⁶.

Entendemos que a corrente contratualista é a que melhor explica a natureza jurídica do contrato de adesão. Isto porque concordamos com a posição de Vincenzo Roppo¹⁰⁷ quando ele menciona que atualmente a relação contratual pode nascer e produzir os seus efeitos não primordialmente em razão da junção de declarações de vontade válidas e convergentes, mas sim com base em um “contato social” que se estabelece entre as partes que pretendem contratar.

¹⁰⁴ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 311.

¹⁰⁵ MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale del Contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, p. 255.

¹⁰⁶ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Ob. cit. pp. 83-85.

¹⁰⁷ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. pp. 303 e 304.

Por contrato social, complementa o citado autor, entende-se o complexo de circunstâncias e de comportamentos por meio dos quais se realizam operações econômicas de transferências de riqueza entre as partes, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa da referida transferência em um contrato, entendido como o encontro de uma declaração de vontade com valor de proposta e outra declaração de vontade com valor de aceitação.

Neste sentido, haja vista a declaração de vontade ter perdido sua soberania de outrora no tocante à formação dos contratos e por entendermos que aquele que adere às cláusulas predispostas manifesta sim sua intenção ao aceitá-las em bloco quando poderia rejeitá-las, ressaltamos a natureza contratualista do contrato de adesão.

O contrato por adesão muitas vezes pressupõe uma situação econômica desigual, na qual a parte mais forte impõe suas condições contratuais e a parte mais fraca aceita ou rejeita em bloco tais condições. Primordialmente em razão desta disparidade e desequilíbrio na relação entre as partes contratantes no contrato de adesão é que o Estado intervém para proteger o contratante mais fraco, impondo determinadas obrigações à parte mais forte¹⁰⁸.

Veremos que os contratos de adesão são muito comuns no ambiente virtual, sendo a grande maioria dos contratos eletrônicos celebrados por meio de adesão à proposta vinculada na internet.

3.4 O CONCEITO DE CONTRATO

A conceituação de contrato passa, necessariamente, pelo entendimento e distinção, ainda que sumários, do ato jurídico e negócio jurídico¹⁰⁹.

Primeiramente, define-se como fato jurídico todo acontecimento emanado do homem ou das coisas, que produza consequências de direito¹¹⁰. Conforme lição de Emilio

¹⁰⁸ Exemplo de obrigação imputada à parte mais forte - o fornecedor - nos contratos de adesão é a obrigatoriedade de adoção da letra de, no mínimo, tamanho “12” nos contratos (CDC, art. 54, §3º) para evitar que o consumidor não se atente ao conteúdo das “letras miúdas”.

¹⁰⁹ Definir e distinguir ato e negócio jurídico não é tarefa fácil em razão da complexidade afeta à matéria, que, por esta razão, somente será tangenciada.

Betti¹¹¹, fatos jurídicos são aqueles a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações a que correspondem novas qualificações jurídicas.

O fato jurídico compreende duas espécies: o fato jurídico *strictu sensu*, que produz efeitos de direito sem a intervenção de uma vontade intencional, e o ato jurídico, que é aquele que o homem realiza voluntariamente, com o fim de produzir certos efeitos de direito¹¹². A distinção entre fato jurídico *strictu sensu* e ato jurídico reside, portanto, no elemento volitivo, na presença da vontade.

Os atos jurídicos, por sua vez, podem ser divididos em duas espécies distintas¹¹³, quais sejam: (i) os que consistem em uma declaração de vontade, denominados negócios jurídicos, e (ii) os que consistem na realização de uma vontade, sem prévia declaração.

Negócio jurídico é, portanto, um ato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide¹¹⁴.

O contrato se inclui na categoria dos negócios jurídicos. Conforme ensina Francesco Messineo, o contrato constitui a figura mais importante e mais freqüente de negócio jurídico bilateral.¹¹⁵

Na prática, utiliza-se o termo contrato para designar tanto o negócio jurídico bilateral (ou plurilateral) gerador de obrigações quanto o instrumento que o formaliza. Discorre Orlando Gomes¹¹⁶ que na linguagem corrente tais usos do termo contrato estão tão generalizados que algumas pessoas entendem não haver contrato se o acordo de

¹¹⁰ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Ob. cit. p. 9.

¹¹¹ BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tradução: Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, Tomo I, p. 20.

¹¹² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Ob. cit. p. 9.

¹¹³ Idem, ibidem. p. 9.

¹¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

¹¹⁵ Do original, “*il contratto costituisce la figura più importante e più frequente di negozio giuridico bilaterale*”. MESSINEO, Francesco. Ob. cit. p. 23.

¹¹⁶ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 11.

vontades não estiver reduzido a termo. Complementa o autor que o contrato tanto se celebra de forma escrita quanto oralmente, não sendo a forma escrita que o cria, mas sim o encontro de duas declarações convergentes de vontades, emitidas com o intuito de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial, conforme veremos adiante.

Tal afirmação será de grande valia quando adentrarmos os contratos eletrônicos propriamente ditos.

O contrato, como negócio jurídico, é qualificado pelas características essenciais da existência de um acordo de vontades inerente a uma relação jurídica de natureza patrimonial¹¹⁷. É bilateral, ou plurilateral, e sujeita as partes à observância de conduta idônea para a satisfação dos interesses que regulam.¹¹⁸

Nos dizeres de Darcy Bessone¹¹⁹, contrato é o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.

Este é o conceito adotado pelo nosso ordenamento jurídico, inspirado na definição trazida pelo art. 1321 do Código Civil Italiano, conforme já dito neste trabalho, que dispõe ser o contrato todo acordo de vontades entre duas ou mais partes, destinado a constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial. Apesar de não ter sido adotado expressamente pelo Código Civil de 2002, o conceito de contrato do direito italiano aplica-se integralmente ao direito brasileiro, conforme defendido pela doutrina majoritária, seja porque os ambos os ordenamentos jurídicos têm uma raiz comum, seja porque o Código Civil em vigor foi inspirado na codificação italiana.

Do conceito supramencionado, extraímos alguns elementos que dele fazem parte, quais sejam: (i) o acordo de vontades; (ii) a existência de duas ou mais partes; (iii) a finalidade de constituir, regular ou extinguir relação jurídica; e (iv) a natureza patrimonial desta.

¹¹⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 64.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 11.

¹¹⁹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Ob. cit. p. 29.

É necessário, via de regra, que existam pelo menos duas partes na relação e que cada uma delas exprima a sua vontade¹²⁰ de sujeitar-se ao conjunto de cláusulas que forma o contrato, devendo uma parte formular uma proposta e a outra aceitar referida proposta. Forma-se o contrato exatamente quando proposta e aceitação manifestam vontades coincidentes, quando forma-se o consenso.

O conceito de parte não se confunde com o conceito de pessoas, sejam físicas ou jurídicas. Parte é um centro de interesses objetivamente homogêneos¹²¹, podendo consistir em uma, duas, três ou mais pessoas que, com relação a um contrato específico, têm um interesse comum. Havendo mais de duas partes no contrato, tem-se que o contrato é plurilateral.

Para Francesco Messineo, o contrato pode ser comparado a uma moldura de um quadro, dentro do qual qualquer tela poderia ser inserida.¹²² Neste sentido, a estrutura técnica do contrato será invariável, sendo que o seu conteúdo é que sofrerá variações, dando margem a diversos tipos de contratos, limitados pela criatividade dos agentes na busca da realização de seus interesses econômicos¹²³.

3.4.1 Contratos Civis e Mercantis

Antes de passarmos à abordagem de determinados aspectos da teoria geral dos contratos, entendemos ser importante mencionar uma classificação dos contratos relevante para este estudo, qual seja: (i) contratos existenciais ou não-empresariais e (ii) contratos mercantis¹²⁴.

Os contratos incluídos na primeira classificação são aqueles firmados entre não-empresários ou entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. São exemplos de contratos não-empresariais os contratos de consumo, contratos de trabalho e locação residencial.

¹²⁰ Cabe ressaltar que sempre que mencionarmos a manifestação de vontade que culmina com o consenso contratual, consideramos também o quanto já exposto neste estudo acerca da mitigação de tal manifestação de vontade e a existência dos contratos obrigatórios.

¹²¹ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 85.

¹²² MESSINEO, Francesco. *Il Contratto in Genere*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, T. I, p. 6.

¹²³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 66.

¹²⁴ Segundo classificação de GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 100.

Para Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, entende-se por contratos não-empresariais (também definidos como contratos civis) aqueles nos quais as partes não são empresários ou prestadores profissionais de serviços, encontrando-se as mesmas partes, em tese, em situação de igualdade econômica e jurídica¹²⁵.

Já os contratos mercantis (ou empresariais) são aqueles que têm como partes empresários (ou sociedade empresária) no exercício de sua atividade, conforme disposto nos arts. 966 e 982 do Código Civil¹²⁶, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro¹²⁷.

Para os sistemas legislativos que realizaram unificação do Direito Privado, como é o caso do sistema brasileiro, a partir do Código Civil de 2002, a distinção parece perder um pouco sua relevância¹²⁸¹²⁹. Nos que adotam a dicotomia, a importância é mais evidente uma vez que os contratos se regulam por preceitos diversos, contidos no Código Civil e no Código Comercial.

Interessa distinguir os contratos entre civis e mercantis uma vez que no estudo em questão, os contratos eletrônicos utilizados pelas instituições financeiras e assemelhadas em sua atividade fim podem, por vezes, serem considerados contratos mercantis quando celebrados entre dois empresários ou entre um empresário e um não-empresário com o objetivo de lucro ou, por vezes, ser considerados contratos existenciais ou civis, quando celebrados com pessoa (seja física ou jurídica) sem o intuito de lucro, devendo ser interpretados conforme preceitos aplicáveis a uma ou outra natureza de relação.¹³⁰

¹²⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 24.

¹²⁶ “Art. 966: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

“Art. 982: Salvo exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”.

¹²⁷ GOMES, Orlando. Contratos. Ob. cit. p. 100.

¹²⁸ Idem, ibidem. p. 100.

¹²⁹ Sobre a unificação do direito obrigacional, vide capítulo introdutório de FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos – Direito Civil e Empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹³⁰ É sabida a divergência de posições na doutrina e jurisprudência acerca da aplicabilidade dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor a relações jurídicas mantidas entre duas pessoas jurídicas com o objetivo de lucro. Optamos por não adentrar esta discussão, fazendo apenas a ressalva de que os contratos eletrônicos celebrados pelas instituições financeiras e assemelhadas com aqueles que se enquadram na definição de consumidor trazida por aquele código devem ser analisados e interpretados à luz de tal normativo.

3.5. PRINCÍPIOS GERAIS DO REGIME CONTRATUAL

A teoria geral do contrato que se estuda nos bancos escolares elenca como princípios basilares que norteiam o direito dos contratos, sendo eles: (a) o da autonomia da vontade, (b) o do consensualismo, (c) o da força obrigatória e o (d) da probidade e boa-fé. Os três primeiros podem ser chamados de princípios tradicionais, sendo que a boa-fé, não obstante já estivesse presente no Código Comercial de 1850, assumiu novos sentido e funções em razão primordialmente do Código Civil de 2002¹³¹. A ela pode-se acrescentar dois outros princípios que norteiam o regime contratual: o princípio do equilíbrio econômico do contrato e o princípio da função social do contrato.

Antonio Junqueira de Azevedo¹³², ao analisar as mudanças verificadas no conceito de contrato baseado na autonomia da vontade, menciona que atualmente, diante da atuação do Estado intervencionista, o jurista percebe estar havendo uma “acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas”.

Assim, à autonomia da vontade e aos princípios que gravitam em torno dela (consensualismo, força obrigatória dos contratos e vinculação apenas das partes contratantes), somam-se os novos princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social do contrato. Ressalta-se que os princípios anteriores não devem ser considerados abolidos, mas devem se harmonizar com os novos princípios contratuais.

Antonio Junqueira de Azevedo¹³³ menciona os grandes movimentos sociais do final do século XIX e início do século XX obrigaram os juristas a reconhecer o papel relevante da ordem pública¹³⁴, acrescentando-se, pois, um limitador ou até um princípio,

¹³¹ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 25.

¹³² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 87, nº 750, abril de 1998, p. 115.

¹³³ Idem, ibidem, p. 115.

¹³⁴ Darcy Bessone menciona que não há um consenso acerca da definição de ordem pública, afirmando-se, de um modo geral, ser esta obem público, ou o interesse social. Dada a imprecisão da terminologia, o autor conclui que seria melhor deixar a critério do juiz a missão de verificar, em cada caso e atendido o conteúdo da norma aplicável, se a ordem pública é ou não observada. ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Ob. cit. pp. 39 a 41.

dito “princípio da supremacia da ordem pública”, por meio do qual todo e qualquer contrato deve observar a ordem pública estabelecida.

3.5.1 Autonomia da Vontade - Autonomia Privada

O princípio da autonomia da vontade (atualmente entendido como autonomia privada), conforme já longamente visto neste trabalho, resume-se, no direito contratual, na liberdade de contratar. É o poder que a manifestação de vontade de um indivíduo tem de fazer nascer efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica¹³⁵. Desdobra-se a autonomia privada na liberdade de contratar e na liberdade de modelação ou de estatuição dos contratos. Este princípio sofreu profunda alteração e mitigação ao longo dos tempos, conforme já vimos oportunamente neste trabalho.

3.5.2 Consensualismo

Igualmente ocorre com o princípio do consensualismo, o qual preceitua que o acordo de vontades é suficiente para a perfeição do contrato. Em princípio, não se exige forma especial para os contratos. Não significa, contudo, que todos os contratos sejam simplesmente consensuais, sendo que alguns têm sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas em lei (contratos solenes) e outros só se perfazem se determinada exigência for cumprida (contratos reais).

3.5.3 Força Obrigatória

O princípio da força obrigatória dos contratos pode ser traduzido pelo jargão “o contrato é lei entre as partes” ou “*pacta sunt servanda*”. Ou seja, uma vez celebrado, desde que sejam observados todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade¹³⁶, deve ser executado pelas partes como se lei fosse.

Cumpre-nos ressaltar que hoje o princípio da força obrigatória dos contratos tende a ser relativizado em decorrência de outros princípios e teorias que podem ser vistas como

¹³⁵ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 25.

¹³⁶ Idem, ibidem. p. 38.

“atenuações” deste princípio, que não interferem na sua essência, como é o caso da teoria da imprevisão¹³⁷, do princípio do equilíbrio econômico e da função social do contrato.

Decorre do princípio da força obrigatória outro princípio aplicável ao direito dos contratos, que é o da relatividade de seus efeitos. Este princípio está relacionado à eficácia dos contratos e por meio dele entende-se que os referidos efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. Vincenzo Roppo, ao discorrer sobre referido princípio, menciona que os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, apenas as partes que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato.

3.5.4 Probidade e Boa-fé

Até janeiro de 2003, o ordenamento jurídico brasileiro mantinha a boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo, conforme mencionam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber¹³⁸. No entanto, a jurisprudência já estendia a sua aplicação às relações contratuais em que se verificasse a presença de uma parte vulnerável a ser protegida. Ou seja, por entender que o princípio da boa-fé objetiva era altamente protetivo e reequilibrador, os tribunais relutavam em estender sua aplicação às relações contratuais em que não se vislumbrasse a vulnerabilidade de uma das partes. Tal tendência, concluem os citados autores, foi corrigida pelo Código Civil de 2002, o qual prevê expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, independentemente de qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada.¹³⁹

Pode-se dizer que o princípio da probidade e boa-fé está mais relacionado com a interpretação do contrato do que com a sua estrutura, devendo estar presentes em fase anterior à conclusão do contrato¹⁴⁰ e durante sua execução. Por referido princípio, o

¹³⁷ Pela teoria da imprevisão, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração do estado de fato existente no momento da celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido, ou a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio outrora existente.

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Coordenação Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29 a 44.

¹³⁹ Idem, ibidem.

¹⁴⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 101.

verdadeiro espírito e natureza do contrato devem prevalecer sobre o literal da linguagem. Não é este um princípio que afete a validade do contrato, mas sim sua eficácia.

Encontra-se menção ao princípio ora abordado no artigo 422 do Código Civil, o qual estabelece que as partes são obrigadas a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, o princípio de probidade e boa-fé. A probidade significa a honestidade de que a parte deve revestir-se ao entrar em negociações objetivando contratar.¹⁴¹ Já a boa-fé mencionada neste artigo é a objetiva, correspondente a uma regra de conduta, um modelo de comportamento social, sendo algo, portanto, externo em relação ao sujeito. Difere esta da boa-fé subjetiva que é um estado subjetivo do indivíduo.

Judith Martins Costa, em sua obra dedicada ao estudo do princípio da boa-fé objetiva no direito privado, menciona que o primeiro jurista pátrio a mencionar a questão da boa-fé objetiva foi Pontes de Miranda, que se posiciona da seguinte forma:

...o que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfego, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato, não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato¹⁴².

Importa mencionar que a boa-fé deve se estender desde a fase pré-contratual à pós-contratual, criando deveres entre as partes, como a de informar, o de sigilo e o de proteção¹⁴³. Acerca da boa-fé na fase pós-contratual, Alexandre Bueno Cateb e José

¹⁴¹ Idem, ibidem. p. 102.

¹⁴² COSTA, Judith Hofmeister Martins. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 395.

¹⁴³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ob. cit., p. 116.

Alberto Albeny Gallo¹⁴⁴ mencionam que “a sua falta daria ensejo às quebras contratuais, gerando custos de transação que acabam por desaguar nas cortes jurídicas”.

3.5.5 Função Social

A função social do contrato é questão altamente controvertida e não será aprofundada neste trabalho. Todavia, entendemos importante citá-la por estar intrinsecamente relacionada a contratos no Código Civil de 2002.

Similar à boa-fé objetiva, o princípio da função social do contrato configura-se inovação trazida pelo Código Civil de 2002. O artigo 421 de referido Código dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A leitura de tal artigo parece indicar que a função social seria pressuposto do contrato na medida em que somente se é livre para contratar desde que o contrato a ser celebrado apresente uma função social.

O termo “função social” traz a ideia de que o contrato visa atingir objetivos que não são somente individuais, mas também sociais. Assim, compreende-se que através da função social o contrato não mais seria entendido como uma relação jurídica existente apenas para satisfazer interesse relativo às partes, mas sim inserida em um contexto social que influencia e até altera este pacto. O contrato passaria, portanto, a ser mecanismo de consecução do bem comum, de busca do interesse social.

Assim, ultrapassada a fase histórica na qual imperava o individualismo, o direito de contratar e a forma de seu exercício passaram a ser exercidos para satisfação de interesses não somente individuais, mas também alheios à vontade das partes.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁴⁵ relata que o sentimento diante do artigo 421 do Código Civil para muitos é de perplexidade, pois ele representa um cerceamento muito claro da expressão da autonomia privada, diretamente tutelada no plano constitucional (art. 5º, inciso II e art. 170, inciso III da Constituição Federal).

¹⁴⁴ CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves Considerações sobre a Teoria dos Contratos Incompletos. Article published at University of Califórnia, Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em www.cateb.com.br, acesso em 21 de outubro de 2011.

¹⁴⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 107.

Ao limitar a liberdade de contratar à observância do princípio da função social, o legislador teria pretendido trazer efeitos estranhos aos interesses das partes. Ou seja, ainda que as partes encontrem-se satisfeitas com o contrato estipulado, ainda assim o juiz poderia, em tese, interferir na relação entre as partes para dizer que a função social do contrato não foi cumprida, determinando a anulação ou correção deste. Esta situação é especificamente agravada pelo fato de que o termo “função social” não ser claramente definido pela legislação, comportando diversas interpretações pela doutrina e jurisprudência.

3.5.6 Equilíbrio Econômico entre os Contratantes

O princípio do equilíbrio econômico entre os contratantes é um dos novos princípios contratuais, ao lado dos princípios da boa fé objetiva e da função social do contrato. Enquanto os princípios da boa fé objetiva e da função social do contrato estão previstos expressamente no Código Civil (arts. 421 e 422), o princípio do equilíbrio econômico do contrato deduz-se de diversos artigos esparsos, tais como os dispositivos que tratam da lesão (art. 157), do pagamento (art. 317), da empreitada (art. 620 e 625) e da resolução do contrato por onerosidade excessiva (arts. 478 a 480). Este princípio desempenha o papel de limitador do princípio da força obrigatória dos contratos na medida em que estes podem ser revisados, ou, ainda, resolvidos em razão, exemplificativamente, da ocorrência de eventos imprevisíveis e supervenientes ao momento da conclusão do contrato.

Sobre este aspecto, Antonio Junqueira de Azevedo aponta ser a figura da onerosidade excessiva uma decorrência do princípio do equilíbrio econômico do contrato¹⁴⁶.

¹⁴⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Prefácio ao livro de Marcelo Guerra Martins, *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*, Editora Renovar, 2001.

4. O CONTRATO ELETRÔNICO

4.1 CONCEITO

Conforme já exposto neste trabalho, as necessidades da vida contemporânea, surgidas principalmente na época pós-Revolução Francesa, requereram do Direito, e mais precisamente do Direito das Obrigações e da Teoria Geral dos Contratos, mecanismos, técnicas e modalidades mais convenientes e eficazes para a satisfação das exigências geradas pelo novo tráfico mercantil. Com a evolução da sociedade, as necessidades econômicas alteraram-se e as operações econômicas, fundamento das relações contratuais, tornaram-se mais frequentes, exigindo celeridade. As contratações passam a ser feitas com menos discussão, sendo adotadas condutas mais automatizadas para a concretização do vínculo entre as partes. Os contratos de adesão, por meio dos quais uma parte adere (ou não) a cláusulas pré-dispostas, estabelecidas pela outra parte, tornam-se importante instrumento de transferência de riquezas.

Em conjunto com a evolução da sociedade surgem os avanços tecnológicos, vivenciados principalmente a partir das últimas décadas do século XX, com o desenvolvimento da informática e das telecomunicações. A sociedade torna-se mais dinâmica e as relações de produção e consumo passam a fundamentar-se na oferta e circulação de bens através da internet.

De fato, atualmente observamos a existência de um grande número de empresas que se estabelecem na rede mundial de computadores. Tais empresas oferecem produtos e serviços que podem ser contratados de forma rápida, fácil e com pouco contato com os seus clientes. Desta forma, tem-se uma supressão progressiva da presença física¹⁴⁷ das partes na celebração de negócios jurídicos. Prova da expansão do meio eletrônico como forma de contratação é que setores tradicionais da economia têm se utilizado de tecnologia de ponta para possibilitar que seus clientes realizem negócios à distância, por meio da internet.

¹⁴⁷ Sabe-se que a supressão da presença física das partes na celebração de negócios jurídicos não é novidade. Veja-se, exemplificamente, os títulos de crédito que foram criados, entre outras finalidades, para que se prescindisse da presença física das partes. O que se coloca aqui é que com os avanços tecnológicos verificados, é inegável o crescimento deste meio de se contratar.

É neste contexto que surgem os contratos eletrônicos, assim entendidos, conforme expõe Ricardo L. Lorenzetti, como aqueles nos quais se utiliza um meio considerado eletrônico para sua celebração, cumprimento ou execução¹⁴⁸. A nosso ver, o que distingue um contrato eletrônico do contrato “escrito, impresso e assinado” é a utilização de recursos informáticos e de telecomunicação para a transmissão da manifestação da vontade das partes de contratar. Isto posto, concordamos com os ensinamentos de Marcos Paulo de Almeida Salles¹⁴⁹, o qual dispõe que tais instrumentos são, em verdade, contratos de “consentimento eletrônico”, ou seja, por meio do qual a manifestação de vontade dos contratantes (oferta e aceitação), base para a formação dos contratos, se perfaz de forma eletrônica. Tal definição de contrato eletrônico, que chamamos de *strictu sensu*, é mais restritiva do que a definição proposta por Ricardo L. Lorenzetti, que chamamos de *lato sensu*.

Os contratos eletrônicos não devem ser confundidos com os contratos de objeto informático. Giusella Finochiaro¹⁵⁰ faz a distinção entre contratos com objeto informático e os contratos que se utilizam da informática como meio de representação ou de expressão da vontade, o que é importante uma vez que as questões a serem analisadas em um ou outro instrumento são distintas. Newton de Lucca distingue o contrato informático do contrato eletrônico, que denominou de telemático, da seguinte forma:

“O contrato informático é o negócio jurídico bilateral que tem por objeto bens ou serviços relacionados à ciência da computação. O contrato telemático, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicações como suportes básicos para sua celebração.”¹⁵¹

Os contratos de licença de software, por exemplo, podem ser formalizados por meio eletrônico ou não. Se as licenças de software forem adquiridas pela formalização de

¹⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p 285.

¹⁴⁹ Conforme ensinamentos do professor Marcos Paulo de Almeida Salles no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina Contratos em Espécie, ministrada no primeiro semestre de 2009.

¹⁵⁰ FINOCCHIARO, Giusella. I Contratti ad oggetto informatico. Padova: CEDAM, 1993, p. 3.

¹⁵¹ LUCCA, Newton de. Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

contrato escrito e assinado, da forma que entendemos ser mais clássica, tal contrato não poderá ser classificado como eletrônico. Ou, ainda, se as partes se utilizaram da *internet* apenas para negociações preliminares, sem que o consentimento seja apostado de forma eletrônica, os contratos posteriormente formalizados também não poderão ser caracterizados como eletrônicos.

Caso, todavia, o adquirente do software deseje contratar a aquisição deste por meio do *web site* do detentor do direito de comercializar a licença, mediante um simples “clique” nas páginas da internet, aí sim teremos um contrato eletrônico e com conteúdo informático. Neste caso, os termos do contrato de licença serão propostos em ambiente virtual, e a aceitação, o consentimento do adquirente, também.

Em consonância com o já exposto, no sentido de que a distinção entre contrato eletrônico e contratos clássicos reside no meio utilizado para a manifestação da vontade das partes, definimos contrato eletrônico como sendo o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas com vistas à constituição, modificação ou extinção de um vínculo jurídico de natureza patrimonial, expresso por meio eletrônico.

Ricardo L. Lorenzetti¹⁵² esclarece que a contratação por meios eletrônicos é amplamente conhecida, sendo observados três graus diferentes de evolução: (i) meio eletrônico entendido como principal, tal como ocorre nos serviços da economia da informação (Ex.: acesso a livros e músicas digitais); (ii) meio eletrônico entendido como complementar, mas com uso cada vez mais amplo e variado, como ocorre nas contratações entre empresas e venda de bens móveis de diversas naturezas; e (iii) meio eletrônico elevado à categoria institucional, a exemplo do que ocorre com os “bancos eletrônicos” ou “bolsas eletrônicas”, nas quais os usuários podem realizar diversas operações em suas contas bancárias ou comprar e vender ações em qualquer quantidade e valor.

Os contratos eletrônicos devem ser considerados no âmbito da Teoria Geral dos Contratos, uma vez que não implicam um novo tipo de contrato, diferenciando-se apenas pela utilização de um novo meio para sua formação¹⁵³, fundamentado nas novas

¹⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p.p. 272 e 273.

¹⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. Ob. cit. p. 98.

tecnologias existentes¹⁵⁴. Assim, o que foi dito neste estudo acerca dos princípios que regem o Direito Contratual devem ser aplicados a esta nova forma de contratação. Obviamente, em alguns casos os operadores do direito deverão adaptar tais princípios para a sua perfeita subsunção aos casos concretos que se verificarem.

Tanto o Código Civil quanto as legislações esparsas não trataram especificamente do contrato eletrônico, sendo que ao Código Civil pareceu ser suficiente tratar do assunto em dois artigos, quais sejam: (i) artigo 225, que dispõe que qualquer reprodução mecânica ou eletrônica de fatos ou coisas faz prova plena destes, desde que a parte contra quem for exibida não lhe impugnar a exatidão; e (ii) artigo 428, que estabelece que a proposta deixa de ser obrigatória se feita a pessoa presente não for imediatamente aceita, considerando também presente a pessoa que contrata por telefone ou meio de comunicação semelhante.

A Medida Provisória 2.200-2, sobre a qual outrora falamos e que trata da certificação digital para garantia da autenticidade, integridade e validade dos documentos eletrônicos, também não trouxe qualquer regramento acerca dos contratos eletrônicos, diferentemente do direito espanhol, cuja Lei 34/2001 define contrato eletrônico como *“todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electronicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*.

Muito embora entendermos que na falta de legislação específica sobre a matéria, aos contratos eletrônicos deve ser aplicado o regramento atinente a contratação entre presentes e ausentes presente no Código Civil, não deixamos de crer que para maior segurança dos interessados este tema deveria ser objeto de normatização própria que serviria não para esgotar o tema, mas para delinear de forma mais precisa alguns aspectos que melhor se enquadram na realidade das contratações de consentimento eletrônico.

4.2 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE

Para que um contrato – eletrônico ou não – seja válido faz-se necessário que ele apresente alguns elementos que lhe são intrínsecos e extrínsecos, que são chamados de

¹⁵⁴ LUCCA, Newton de. Títulos e Contratos Eletrônicos, Direito e Internet. São Paulo: Edipro, 1999. p. 47.

pressupostos quando existem anteriormente ao contrato e, portanto, são extrínsecos, e requisitos quando são intrínsecos ao ato e contemporâneos a ele¹⁵⁵¹⁵⁶.

Tendo em vista que se aplica aos contratos eletrônicos o princípio da não discriminação¹⁵⁷, por meio do qual vigoram as regras gerais sem que se possa invocar a presença do meio digital para descartá-las, tem-se que a esta forma de contratação são aplicáveis os mesmos pressupostos e requisitos de existência e validade dos contratos em geral.

Conforme alude Orlando Gomes¹⁵⁸, todo contrato pressupõe capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo. Porém, complementa o autor, tais pressupostos não são suficientes, exigindo a lei outros requisitos complementares e indispensáveis à validade de qualquer contrato, quais sejam: consentimento, causa e a observância à forma quando prescrita em lei.

Por simplificação, diz-se que são requisitos para a validade do negócio jurídico agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, nos termos do artigo 104 do Código Civil.

Francesco Messineo, ao tratar dos elementos essenciais para a validade do contrato, dispõe que estes também são chamados de constitutivos ou intrínsecos, sendo que a deficiência de um só elemento acarreta a nulidade do instrumento.¹⁵⁹

Conforme demonstra Antonio Junqueira de Azevedo, há negócios (incluindo os contratos, como negócio jurídico que são) que existem e não valem, ou que existem, valem e não são eficazes¹⁶⁰. Referido autor declara que:

¹⁵⁵ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 52.

¹⁵⁶ Podemos encontrar na doutrina divergências de nomenclatura acerca deste tema, a exemplo da classificação adotada por Sílvio Rodrigues, que se refere aos requisitos como elementos constitutivos (RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. V. 1, Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 13).

¹⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 289.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. Ob. cit. pp. 52 e 53.

¹⁵⁹ Do texto original, “*Sono elementi essenziali, o costitutivi, o intrinseci del contratto: il consenso, la causa lecita, una prestazione (possibile, lecita e determinabile), la forma e in un caso il motivo lecito; la deficienza di anche un solo di tali elementi induce nullità*”. MESSINEO, Francesco. Dottrina Generale del Contratto. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, p. 43. Sobre distinção entre causa e motivo, vide Messineo, ob. cit.

se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico, e é a isso que se chama “negócio inexistente”. Se houver os elementos, mas, passando ao plano da validade, faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas não é válido. Finalmente, se houver os elementos e se os requisitos estiverem preenchidos, mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido restrito).¹⁶¹

Tais pressupostos e requisitos, quando aplicados aos contratos eletrônicos, não de ser sopesados diante das peculiaridades envolvidas, ou seja, face às alterações havidas em razão do meio eletrônico utilizado, os quais, evidentemente, diferenciam-se dos meios utilizados tradicionalmente à formulação dos contratos. Neste sentido, torna-se necessário verificar-se a efetividade do diploma civilista e das normas vigentes à nova realidade na qual os contratos de consentimento eletrônico estão inseridos.

4.2.1 Capacidade e Legitimação das Partes

Define-se capacidade como “a aptidão intrínseca da parte para dar vida a atos jurídicos”¹⁶². Para ser válido, o contrato deve contar com partes que sejam agente capazes, ou seja, que sejam capazes de ser titular do direito pretendido (capacidade de direito), bem como capazes de exercer tal direito por si mesmas (capacidade de exercício).

O ordenamento pátrio determina como capazes para realizar qualquer ato da vida civil apenas os maiores de 18 (dezoito) anos¹⁶³, garantindo a validade de qualquer negócio jurídico por estes praticados. Entretanto, entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos, a lei civil estabelece a incapacidade relativa, condicionando a validade do ato a que o parcialmente

¹⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.

¹⁶¹ Idem, *ibidem*. p. 63.

¹⁶² BETTI, Emilio. Ob. cit. p. 11.

¹⁶³ Código Civil, art. 5º: “A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

incapaz seja assistido por sujeito plenamente capaz¹⁶⁴. Por fim, os menores de 16 anos não de ser representados por sujeito capaz, eis que considerados absolutamente incapazes para realizar atos da vida civil¹⁶⁵.

A lei civil estabelece, ainda, outras hipóteses de incapacidade relativa e absoluta, conforme disposto em seus artigos 3º e 4º, tais como os silvícolas. Silvio Rodrigues¹⁶⁶ esclarece que o legislador, ao arrolar determinadas pessoas entre os incapazes, procura protegê-las. Partindo do pressuposto de que ao menor falta maturidade necessária para julgar seu próprio interesse, ao amental falta a possibilidade de raciocinar para decidir o que lhe convém ou não e ao pródigo falta o senso preciso para defender o seu patrimônio, o legislador inclui todos esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses.

Assim, sendo o contrato um ato decorrente da vontade do indivíduo, os incapazes não o podem celebrar, a menos que a incapacidade seja suprida na forma legal¹⁶⁷.

A doutrina distingue a capacidade da legitimação, conceito importado do Direito Processual¹⁶⁸ e que está relacionado à posição ocupada pela parte relativamente ao negócio jurídico pretendido. Assim, um contrato celebrado por alguém que não pode ter interesse na coisa que constitui seu objeto é estipulado por parte ilegítima e, sob tal fundamento, inválido¹⁶⁹.

Posto isto, a parte, além de ser agente capaz, deve estar provida de legitimidade para celebrar o contrato.

A legitimidade distingue-se da capacidade, ainda, por ser esta última uma qualidade anterior e extrínseca à relação contratual, ao passo que a primeira tem relação direta com o conteúdo do contrato.

¹⁶⁴ Código Civil, art. 4º, inciso I: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos”.

¹⁶⁵ Código Civil, art. 3º, inciso I: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos.”

¹⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. Ob. cit. pp.41 e 42

¹⁶⁷ Pela emancipação de um menor nos termos da lei, exemplificativamente.

¹⁶⁸ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 54.

¹⁶⁹ Idem, ibidem. p. 55.

No âmbito das relações eletrônicas, a identificação da capacidade do sujeito contratante implica dificuldades, dado o anonimato presente na internet e uma vez que inexistente contato físico entre as partes. De fato, há inúmeros *websites* que, ao praticarem atividades comerciais por meio eletrônicos, estão expostos à contratação com incapazes. Para que uma venda seja efetuada, basta que o internauta escolha o produto a ser adquirido e apresente o número de cartão de crédito, para fins de pagamento. Tratando-se de bens físicos, o produto será encaminhado pelo correio ao endereço fornecido pelo comprador. Tratando-se de bens digitais, no ato da compra é possível transferir o conteúdo do produto adquirido ao computador do comprador. Não há, portanto, qualquer contato pessoal entre as partes ou mecanismo seguro para identificação da capacidade da parte adquirente.

Com vistas a evitar fraudes praticadas pelos relativamente incapazes, os quais, mesmo em encontros pessoais podem não ser facilmente identificados, o artigo 180 do Código Civil dispõe expressamente que: “O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.” A regra aplica-se apenas aos incapazes que houverem agido de má-fé, ocultando ou declarando idade falsa.

Os contratos que venham a ser formados por meio eletrônico com pessoas relativamente incapazes podem, então, ser considerados válidos caso estes tenham declarado sua maioridade ou ocultado sua efetiva capacidade, se assim inquiridos. A questão não é facilmente resolvida se o agente for absolutamente incapaz, hipótese na qual, em princípio, não haveria outra solução que não a declaração de nulidade do contrato formado.

Ademais, cabe ressaltar que a assinatura digital, sobre a qual tratamos no Capítulo 2 deste estudo, bem como os demais tipos de assinatura eletrônica, foram criados exatamente para conferir segurança com relação à identidade da parte contratante e conteúdo da mensagem transmitida pela rede de computadores, podendo representar solução para a questão envolvendo a capacidade das partes contratantes por meio eletrônico.

Sabemos, todavia, que a assinatura digital é de difícil implantação em larga escala em razão dos custos envolvidos, pelo qual se conclui que os operadores do direito terão que conviver, ao menos por enquanto, com as controvérsias que surgirem com relação a este aspecto, buscando alternativas para a solução dos casos concretos.

Menciona-se, por fim, que as dificuldades podem ser outras no caso de análise da capacidade das partes contratantes quando diversos ordenamentos jurídicos estão envolvidos em uma contratação eletrônica, tendo em vista que o conceito de capacidade pode sofrer modificações a depender do sistema jurídico estudado.

4.2.2 Objeto

O artigo 104, inciso II, do Código Civil estabelece que é necessário à validade do negócio jurídico que seu objeto seja “lícito, possível, determinado ou determinável”.

De acordo com Orlando Gomes¹⁷⁰, objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados. Compartilhando referido entendimento, Silvio de Salvo Venosa¹⁷¹ alude que a obrigação constitui-se no objeto imediato do contrato.

O intuito do legislador foi vedar aqueles atos cujo escopo atente contra a lei, contra a moral ou contra os bons costumes, bem como aqueles fisicamente impossíveis de serem levados a cabo.

O objeto do contrato não pode ser confundido com o objeto da obrigação decorrente do contrato, a qual será caracterizada pela prestação de um serviço, entrega de um bem etc. O objeto jurídico do contrato, de forma diversa, está na integralidade de seu conteúdo, no que compõe a operação jurídico-econômica destinada à criação, modificação, transmissão ou extinção das relações jurídicas.

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 65.

¹⁷¹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2004, p. 453.

De acordo com o diploma civil brasileiro, o negócio jurídico será nulo quando o seu objeto for ilícito, impossível ou indeterminável¹⁷².

Ao dispor sobre o objeto do contrato, Washington de Barros Monteiro menciona o quanto segue:

“em primeiro lugar, tem que ser possível, mesmo porque *impossibilium nulla est obligatio*. A impossibilidade pode ser física ou legal. É física, também chamada de material, quando o contrato objetiva prestação que jamais poderá ser obtida ou realizada, por contrariar as leis da natureza (por exemplo, trazer o oceano até São Paulo), ultrapassar as forças humanas (por exemplo, o empreendimento da viagem ao centro da Terra), ou ser irreal sua existência (exemplo de Bélime: prometo-lhe um centauro para sua coleção de história natural).”¹⁷³

O mesmo entendimento tem Caio Mário da Silva Pereira, o qual observa que:

“diz-se impossível o objeto quando é insuscetível de realização. Há duas espécies de impossibilidade: a material e a jurídica. Impossibilidade material é aquela que traduz a insuscetibilidade de consecução da prestação pretendida. Pode ser absoluta ou relativa. Impossibilidade absoluta é a que por ninguém pode ser vencida; relativa, quando o agente em determinado momento não consegue superar o obstáculo à sua realização, mas uma outra pessoa, ou a mesma, em momento diverso, teria meios de obtê-la. Somente a primeira tem como efeito a nulidade do contrato, já que a impossibilidade relativa da prestação não chega a constituir óbice irremovível. Ao revés, situa-se na dependência de circunstâncias pessoais do devedor e, conseqüentemente, ao invés de liberá-lo, sujeita-o a perdas e danos. (...) É jurídica a impossibilidade quando,

¹⁷² Código Civil, art. 166.

¹⁷³ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 5, p. 6.

sendo a prestação suscetível de execução material, esbarra em obstáculo levantado pela própria norma.”¹⁷⁴

Cabe mencionar que o objeto contratual não necessita ser totalmente determinado no ato da celebração do negócio, mas apenas determinável. Assim, não estando presentes os elementos de determinação do objeto, devem ao menos estar claros os meios pelos quais tal determinação seja possível. Sobre este aspecto, Caio Mario da Silva Pereira complementa que:

“quando não está o objeto do contrato desde logo determinado, é mister venha a sê-lo, quer por ato dos contratantes ou de um deles, quer pela ação de um terceiro, quer por fato impessoal. A determinação pode constar do contrato ou de instrumento à parte. Mas se o objeto for definitivamente indeterminável, o contrato é inválido, como o seria pela ausência completa do objeto.”¹⁷⁵

Tratando-se a internet de meio interativo, que permite a relação imediata e simultânea entre diversos países, a observância quanto à licitude do objeto do ato jurídico formado pode tornar-se problemática haja vista a existência de juízos valorativos diversos entre os países que participam direta ou indiretamente de um negócio jurídico.

Exemplo deste aspecto está relacionado com a prática de jogos de azar pela internet. O ordenamento jurídico brasileiro expressamente proíbe a realização de jogos de azar em seu território¹⁷⁶. No entanto, a internet oferece fartamente jogos eletrônicos de azar, por meio de provedores (ou ainda ofertantes) localizados em outros países que admitem tal prática. Assim, o cidadão brasileiro, se quisesse tentar¹⁷⁷ escapar do proibitivo legal poderia acessar o *website* respectivo e efetuar a prática de referidos jogos.

¹⁷⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 3. pp. 32 e 33.

¹⁷⁵ Idem, ibidem. p. 34.

¹⁷⁶ Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3688/41), art. 50, que estabelece que os apostadores incorrem na mesma pena de quem estabelece ou explora jogos de azar.

¹⁷⁷ O artigo 6º do Código Penal estabelece que considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Assim, indiferente é o local onde o servidor está hospedado se o crime foi praticado no Brasil.

4.2.3 Causa¹⁷⁸

Alguns doutrinadores¹⁷⁹ entendem que a causa deve ser inserida como um dos requisitos dos contratos. Trata-se, conforme bem lembrado Haroldo Verçosa¹⁸⁰, de outra área de crise do contrato no Código Civil de 2002, na medida em que há discussões se o nosso direito contratual teria se tornado ou não causalista.

No Código Civil, o termo causa está referido no artigo 145 que estabelece que os negócios jurídicos são anuláveis quando o dolo for a sua causa.

Orlando Gomes¹⁸¹ comenta que a conceituação da causa é de extrema dificuldade, havendo três correntes doutrinárias que tentam elucidá-la, quais sejam: (i) causa como função econômico-social do contrato; (ii) causa como resultado jurídico objetivo que os contratantes visam a obter quando o estipulam; e (iii) causa como a razão determinante da ação que move as partes a celebrar determinado contrato. Completa o autor que a causa é identificada como a “unidade teleológica das prestações, isto é, como o reflexo dos interesses que as partes querem satisfazer ou como síntese dos efeitos essenciais do contrato e determinação do seu conteúdo mínimo.”¹⁸²

Darcy Bessone¹⁸³ entende a causa do contrato como sendo o motivo que leva o sujeito a integrar-se no contexto da relação contratual, diferenciando-se a causa do objeto do contrato por constituir-se o último na relação jurídica que se propõe a criar, modificar ou extinguir. Referido autor esclarece, ainda, que há imprecisões na distinção entre objeto e causa do contrato, o que pode gerar dúvidas sobre estarmos tratando de um ou outro conceito.

¹⁷⁸ A complexidade e vastidão do tema não permitem uma análise profunda da causa neste momento, cumprindo-nos, no entanto, remeter os leitores para os autores que assim a examinam. Neste sentido, vide: CASTRO, Torquato. *Da Causa no Contrato*. Recife: Jornal do Comércio, 1947; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial (Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial)*. São Paulo: Saraiva, 2009. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit.

¹⁷⁹ Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Orlando Gomes e Darcy Bessone figuram entre os doutrinadores em questão.

¹⁸⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 145.

¹⁸¹ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 63.

¹⁸² Idem, ibidem. p. 63.

¹⁸³ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Ob. cit. p. 105.

Haroldo Verçosa¹⁸⁴ esclarece que ao se referir à causa de um ato, tem-se em vista uma finalidade que é a razão de ser do mesmo ato. Assim, a causa do contrato é um dos seus elementos essenciais, configurada como um aspecto abstrato de sua existência.

4.2.4 Forma

Para se seja relevante sob a ótica jurídica e possa produzir os efeitos pretendidos, a vontade deve ser exteriorizada, tornando-se conhecida, o que ocorre por meio de sua declaração ao mundo exterior. É com a declaração que a vontade toma forma, buscando eficácia jurídica¹⁸⁵. A forma nada mais é do que o meio através do qual alguém expressa sua vontade. Nos dizeres de Massimo Bianca, a forma do contrato é o meio social através do qual a parte manifesta o consenso¹⁸⁶.

Hans Kelsen manifestou-se do seguinte modo sobre a questão:

“A ordem jurídica pode prescrever uma determinada forma – embora não tenha de necessariamente o fazer – que estas declarações (de vontade) devem revestir para representarem um contrato juridicamente vinculante, quer dizer: para produzirem normas que impõem deveres e conferem direitos aos indivíduos contratantes – prescrevendo, v.g., que as declarações devem ser realizadas por escrito e não simplesmente por via oral ou através de gestos. Em todo caso, as partes têm de por qualquer forma expressar sua vontade, quer dizer, exteriorizá-la numa aparência.”¹⁸⁷

Humberto Teodoro Junior¹⁸⁸, em lição sobre o tema, discorre que:

¹⁸⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 160.

¹⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, Vol. III, Tomo II, p. 376.

¹⁸⁶ No original, “*la forma del contratto è il mezzo sociale attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso.*” BIANCA, Massimo. Diritto Civile III – Il Contratto. Milano:Dott. A. Giuffrè Editore, 1987. p. 279.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. Ob. cit. p. 286.

¹⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit. p. 375.

“Não é a vontade que dá realidade ao negócio jurídico, é a declaração de vontade. Sem esta, a vontade é fenômeno do puro psiquismo do agente, que não chega a penetrar no mundo do direito. É a declaração de vontade que a exteriorizando, torna-se peça do mecanismo pelo qual se instituem as situações jurídicas concretas, isto é, se criam, modificam, conservam e extinguem as relações de direito.”

A declaração de vontade, sobre a qual falaremos em tópico seguinte, poderá ser expressa de qualquer modo, seja com palavras escritas, seja verbalmente ou até mediante a efetivação de um comportamento concludente que não requeira palavras. A regra é a liberdade de forma para os negócios jurídicos em geral, incluindo os contratos.

Tal regra difere do quanto verificado no Direito Romano¹⁸⁹, no qual a forma era a regra e a menor desobediência implicava nulidade do ato. Darcy Bessone esclarece que diferentemente da escola antiga, o direito agora preocupa-se com o maior aproveitamento possível da substância do ato, reconhecendo, salvo casos especiais, a validade da manifestação de vontade sempre que, qualquer que seja a forma e desde que esteja em conformidade com os preceitos legais, ela se realize de modo inteligível.¹⁹⁰

Observa Haroldo Verçosa que “o direito comercial tem mostrado clara índole prática segundo a qual, mesmo não se perdendo de vista o cuidado com a prova das operações realizadas em seu âmbito, procura liberá-la ou simplificá-la de maneira significativa.”¹⁹¹

O Código Civil prescreve para determinados negócios jurídicos forma específica de cuja observação depende sua validade. Somente quando a lei estipular que o ato deva revestir-se de determinada forma é que a sua preterição o viciará de nulidade¹⁹². Por exemplo, em seu artigo 108, estabelece que “não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição,

¹⁸⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. cit. p. 456.

¹⁹⁰ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Ob. cit. p. 109.

¹⁹¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol 4. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Malheiros Editores. p. 333.

¹⁹² Código Civil, art. 107: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no país.” Assim, uma compra e venda de determinado imóvel feita verbalmente é como se não tivesse sido feita, uma vez que o contrato não se formou validamente, não podendo, portanto, produzir seus efeitos.

O requisito da forma, quando exigido pelo legislador, tem finalidades diversas, tais como a facilidade da prova, a maior garantia de autenticidade do ato, a maior dificuldade de haver vício na vontade do agente, bem como, nos dizeres de Silvio Rodrigues¹⁹³, a solenidade revestidora do ato, que tem o condão de chamar a atenção das partes para a seriedade do ato praticado. Vincenzo Roppo¹⁹⁴ complementa que as formas servem ainda para fazer com que certos contratos se tornem conhecidos pelos terceiros estranhos a eles, mas potencialmente afetados pelos seus efeitos. Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova¹⁹⁵ observam que os efeitos relativos à forma são variados: às vezes a adoção de determinada forma é requisito para a prova, para a validade do ato, para a eficácia do ato como título executivo ou, ainda, para permitir a oponibilidade do ato perante terceiros.

Tendo em vista que a forma é o meio pelo qual a sociedade tem ciência do ato, é necessário que as partes escolham forma apta a transmitir para terceiros o conteúdo do negócio, de modo que seja fácil a compreensão da vontade das partes, que, do contrário, não terá valor jurídico. Portanto, as partes são livres, mas carregam consigo o ônus de escolher a expressão adequada para aquilo que lhes interessa e, por consequência o risco caso escolham a expressão inadequada.¹⁹⁶

Há situações em que o direito exige determinada forma para efeito de prova. Neste caso, fala-se que o contrato tem forma *ad probationem*.¹⁹⁷ Nos contratos de forma *ad probationem* ou prova formal, a forma não é um elemento constitutivo do contrato, mas sim um ônus com a finalidade de provar a terceiros o consenso e o seu conteúdo. Nesse caso, a falta da observância do ônus formal não impede que o contrato seja validamente

¹⁹³ RODRIGUES, Silvio. Ob. cit. p. 177.

¹⁹⁴ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 101.

¹⁹⁵ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. In: SACCO, Rodolfo (org.) *Trattato di Diritto Civile*. T. I. Turim: UTET Jurídica, 2005. p. 707.

¹⁹⁶ BETTI, Emilio. Ob. cit. p. 190.

¹⁹⁷ Exemplo de forma *ad probationem* pode ser encontrada no artigo 227 do Código Civil, o qual estabelece que, salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

estipulado e que a prova possa ser feita mediante documento que reconheça o contrato ou mediante confissão.¹⁹⁸

Pode haver casos em que as partes resolvem adotar, espontaneamente, determinada forma para o negócio jurídico que pretendem celebrar. Francesco Messineo ensina que a inobservância da forma requerida pela lei acarreta nulidade, enquanto a inobservância da forma pactuada pelas partes acarreta a própria inexistência do negócio¹⁹⁹.

No mesmo sentido afirma Vincenzo Roppo²⁰⁰, para quem, caso as partes assumam a obrigação de adotar uma determinada forma para a futura conclusão de um negócio, deve ser presumido que da inobservância dessa forma deriva a invalidade do contrato.

Newton de Lucca, ao analisar a forma e os contratos celebrados por meio eletrônicos, dispõe que:

“A primeira observação a ser feita sobre os contratos telemáticos, ao que parece, não obstante sua aparente obviedade, é que nada impede possam eles ser livremente celebrados pelos que assim o desejarem. Inexiste norma jurídica em nossa ordenação que proíba a realização de contratos por tal meio.”²⁰¹

Ricardo L. Lorenzetti complementa com a seguinte afirmação:

“no contexto da ideia de liberdade, afirma-se que o Estado deve ser neutro e não deve ditar normas discriminatórias no sentido de limitar a participação de algum sujeito apenas pelo fato de não utilizar um instrumento escrito. As partes são livres para adotar qualquer procedimento para formalizarem seus negócios, para

¹⁹⁸ BIANCA, Massimo. Ob. cit. p. 287.

¹⁹⁹ MESSINEO, Francesco. Il Contratto in Genere. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973. p. 155.

²⁰⁰ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 102.

²⁰¹ LUCCA, Newton de. Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 90.

verificarem a autoria e assinatura, e não devem sofrer qualquer limitação em virtude da escolha feita.”²⁰²

Não dependendo a vontade de manifestação cuja forma seja especificada em lei, entendemos que a formalização do consentimento por meio eletrônico não pode representar óbice à válida formação do contrato, haja vista a disposição expressa do artigo 107 do Código Civil, segundo a qual “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

4.2.5 Consentimento

O acolhimento do princípio da autonomia privada por nosso ordenamento, ainda que de forma não absoluta, conforme vimos, implica dizer que a vontade das partes deve ser considerada como a principal das fontes de determinação²⁰³ do contrato, como um dos elementos deste.

A formação do contrato e a consequente vinculação das partes decorrem da coincidência de suas vontades, implicando o consenso contratual²⁰⁴. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa²⁰⁵ menciona que o direito cerca a vontade contratual construindo em torno dela uma muralha de proteção, para o fim de reconhecer a existência de um contrato apto a produzir os seus efeitos próprios, tais como decorrentes de sua própria estrutura geral e particular e a vontade das partes.

O consenso pressupõe a presença de duas declarações de vontade distintas, emanadas de dois centros de interesse diversos²⁰⁶.

Ao falarmos de declaração de vontade, utilizamos tal expressão como uma espécie de manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos.²⁰⁷

²⁰² LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 96.

²⁰³ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 142.

²⁰⁴ Idem, ibidem. p. 73.

²⁰⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 214.

²⁰⁶ MESSINEO, Francesco. Dottrina Generale del Contratto. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, p. 58.

A manifestação de vontade das partes dá-se por meio da proposta de contratação e sua respectiva aceitação²⁰⁸. A sobreposição da proposta e respectiva aceitação representa o consenso contratual e, portanto, a formação do vínculo entre as partes. Não se trata, portanto, somente da vontade do declarante, mas também da vontade do receptor da declaração. Nas palavras de Emilio Betti,

“às manifestações da autonomia privada, qualquer que seja a forma como se produzem, adere, numa coerente concludência, no plano social, uma valoração de dever ser, que o direito não tem qualquer razão para repelir, mas que antes confirma, ao fazer seu, graças à recepção, o conteúdo preceptivo do negócio.”²⁰⁹

A vontade das partes deve ser declarada, exteriorizada, manifestada, e se assim não for não gerará consenso, e, portanto, não gerará obrigação. A exteriorização da vontade pode ser feita de qualquer forma, exceto se a lei estipular em contrário, consoante o princípio da liberdade da forma que prevalece no Direito dos Contratos, sobre o qual falamos outrora.

Em nosso ordenamento jurídico a manifestação de vontade é admitida de forma expressa ou tácita, ou, ainda, pelo silêncio. Segundo Pontes de Miranda, a manifestação expressa de vontade seria aquela “que se faz oralmente, ou por meios inteligíveis²¹⁰, destacando a escrita como meio mais comum. Já a forma tácita pode ser caracterizada por atos ou omissões, por comportamentos concludentes ou por comportamentos omissivos²¹¹, sendo certo, entretanto, que também deverá representar a manifestação da vontade das partes. Já o silêncio, previsto expressamente no Código Civil, pode ser considerado como

²⁰⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 18. Sabe-se que há declarações de vontade que não são destinadas a produzir efeitos jurídicos, tais como o simples pedido de um presente de um filho para um pai.

²⁰⁸ Aqui cabe ressaltar a principal diferença existente nos negócios unilaterais, nos quais, diferentemente dos contratos, a manifestação de vontade de apenas uma parte é suficiente para a criação do vínculo, tal como ocorre no testamento.

²⁰⁹ BETTI, Emilio. Ob. cit. pp. 225 e 226.

²¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, p. 22.

²¹¹ BETTI, Emilio. Ob. cit. p. 267 e ss.

declaração expressa ou tácita²¹², conforme as circunstâncias envolvidas. Vera Helena de Mello Franco, ao discorrer sobre a manifestação de vontade em determinados tipos contratuais, complementa que ela pode decorrer também de uma conduta expressiva ou social que resulte em atos inequívocos, conforme o significado social genericamente aceito que manifesta a intenção de concluir o negócio.²¹³

Na manifestação de vontade tácita, tem-se a efetivação de comportamentos entendidos como concludentes, ou seja, cujo costume e senso comum atribuem determinados efeitos e consequências. Emilio Betti²¹⁴ entende os comportamentos concludentes como “um determinado modo de se comportar, embora não sendo, deliberadamente, destinado a dar notícia de um dado conteúdo preceptivo àqueles a quem interessa, pode, todavia, adquirir, no ambiente social em que se desenvolve, significado e valor de declaração, na medida em que torna reconhecível, de acordo com a experiência comum, uma certa tomada de posição a respeito de alguns interesses que afetam a esfera jurídica alheia, naquela parte em que interfere com a do sujeito.”

O contrato tácito está intimamente relacionado com a vida cotidiana das pessoas. Estas os celebram diariamente, sem muitas vezes sequer ter noção de que o estão celebrando. Nestes casos incluem-se as compras em farmácias e supermercados, por exemplo.

Muito bem destaca Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa²¹⁵ quando menciona que tendo em vista a própria natureza do contrato, bem como com o objetivo de dar-se segurança a relações jurídicas determinadas ou, ainda, de proteger a parte mais vulnerável, muitas vezes o legislador proíbe que haja concordância tácita, como ocorre com a venda de bens imóveis, na qual é exigida a solenidade do documento escrito na forma de escritura pública e seu registro em cartório competente.

Em relação aos contratos eletrônicos, a divisão entre manifestação de vontade expressa ou tácita terá plena aplicabilidade. Assim, será expressa, por exemplo, a vontade

²¹² O Código Civil prevê, em seu artigo 111, que o “silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

²¹³ FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos – Direito Civil e Empresarial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

²¹⁴ BETTI, Emilio. Ob. cit. p. 247.

²¹⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 84.

manifestada por meio de correio eletrônico que apresente a oferta de venda de produtos ou prestação de serviços. O ato de instalar um programa oriundo da internet no computador do usuário, por meio do procedimento denominado *download*, pode ser considerado, por sua vez, como aceitação tácita aos termos de uso daquele *software*²¹⁶.

Discorrendo sobre o tema, o jurista italiano Natalino Irti²¹⁷ menciona que há uma grande diferenciação entre os contratos clássicos e aqueles formados mediante uso da televisão ou por meio telemático na medida em que nestes encontra-se cada vez menos frequente a utilização do diálogo, considerado pelo autor como elemento fundamental para a formação do contrato uma vez que representa a declaração consciente da vontade.

Conforme entende Natalino Irti, a vontade das partes somente pode ser manifestada por meio do diálogo, que seria a forma de aferição do consenso necessário à formação contratual e por meio do qual as partes poderiam de fato discutir e negociar os termos e condições do contrato pretendido. No caso do contrato eletrônico, no qual muitas vezes não há a presença do diálogo, na visão do autor existiria um contrato fragmentado em dois atos unilaterais de vontade, um contrato sem acordo.

Não compartilhamos da visão controversa do citado autor por entendermos que a vontade pode ser manifestada por outras formas que não simplesmente o diálogo. Ora, não há que se duvidar que um determinado comportamento indica sim uma manifestação de vontade, sem necessariamente passar por um diálogo. Um simples sinal de uma pessoa em um leilão de bens indica sua concordância com o preço divulgado pelo leiloeiro, não havendo, nesse caso, o diálogo entendido por Irti como essencial à formação do vínculo contratual, mas, todavia, tendo sido o contrato validamente formado com base no comportamento da parte.

Sendo o consentimento um ato de expressão de vontade, para que ele se aperfeiçoe mister se faz que essa vontade se externe de forma livre e consciente. Se isto não ocorre, falta um elemento primordial do ato que, por conseguinte, é suscetível de ser

²¹⁶ RIBEIRO, Luciana Antonini. Ob. cit. p. 101.

²¹⁷ IRTI, Natalino. Scambio senza accordo. Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, Milano, v. 52, n. 2, p. 347 e ss.

tornado sem efeito²¹⁸. Neste sentido, o artigo 171 do Código Civil estabelece que são suscetíveis de anulabilidade por vício os negócios jurídicos resultantes de erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão, entre outras hipóteses.

Conforme ensina Marcos Bernardes de Mello, a declaração de vontade pode ser considerada inexistente quando se verifica que não houve elemento que lhe é essencial, como o consentimento, anulável, quando se tratar de transmissão inexata ou cujo consentimento apresentar vícios (tais como erro, dolo e coação), ou, ainda, nula, quando ferir disposição de ordem pública²¹⁹.

Podemos nos deparar, ainda, com situações nas quais a vontade real pode diferir da vontade declarada, apresentando-se uma vontade aparente e, portanto, não verdadeira, o que pode gerar problemas na interpretação do consenso formador do vínculo contratual.

Darcy Bessone²²⁰ menciona a existência de duas correntes interpretativas da questão envolvendo vontade real e vontade declara, quais sejam, a teoria da vontade, pela qual seria preponderante a vontade real e a teoria da declaração, que sustenta que a vontade declarada é a que deve prevalecer. O autor citado concorda com uma corrente intermediária, que leva em consideração a existência de conveniência sociais de segurança nas relações contratuais e, embora seja sempre preferível a vontade real, o operador de direito deveria optar pela vontade declarada a fim de evitar prejuízos para a parte que, de boa-fé, confiou na declaração efetiva.

Sobre este aspecto, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa²²¹ menciona que se a vontade de um declarante é manifesta no sentido de contratar e para tanto preenche os elementos necessários, o contrato será devidamente concluído pela conjugação da vontade da outra parte. Todavia, se a vontade é aparente mas esta circunstância não chega ao conhecimento do oblato (ou receptor) que a toma como efetiva, o contrato também deve ser considerado concluído em nome da segurança das relações jurídicas.

²¹⁸ RODRIGUES, Silvio. Ob. cit. 184.

²¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade. São Paulo: Saraiva, 1995.

²²⁰ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Ob. cit. pp. 44 a 47.

²²¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ob. cit. p. 223.

A manifestação de vontade pode ser operada por diversas formas, conforme já vimos, sendo possível ocorrer inclusive por meios eletrônicos, exceto se outra forma for expressamente requerida por lei. Assim, uma pessoa que clica no item “comprar” disposto em uma página de um fornecedor na *internet* manifesta a sua vontade de adquirir o produto ou serviço em questão. Tal vontade será transmitida do computador do adquirente para o computador do fornecedor, por meio da *internet*.

Tendo em vista que o declarante da vontade por meio eletrônico pode não ser o dono do computador utilizado para a sua manifestação, em se tratando de um sistema jurídico baseado na tradição de unir a declaração de vontade com uma pessoa física, deve-se fazer um grande esforço para se atribuir autoria a uma declaração na qual o autor não seja identificado de forma imediata²²². Ricardo L. Lorenzetti sugere que para resolver tal questão deve ser aplicada a regra de que a declaração é imputável ao sujeito a cuja esfera de interesses pertença o *software* e o *hardware*. Para o autor, aquele que utiliza o meio eletrônico e cria uma aparência de que este pertence à sua esfera de interesses arca com os riscos e o ônus de demonstrar o contrário.

A regra é bastante simples, mas sua aplicação pode ser extremamente problemática. Sobre este aspecto, discorre o citado autor da seguinte forma:

“Um sujeito pode dizer que a declaração do computador ou do programa não obedece as suas instruções, ou que o computador não lhe pertence, ou que tenha sido utilizado por um terceiro, ou que tenha ocorrido alguma interferência ilegal, ou que outra pessoa tenha enviado uma mensagem em seu nome, ou que estava num estado de inconsciência, ou ainda que tenha ocorrido erro, violência ou incapacidade.”²²³²²⁴

De fato, na contratação eletrônica é inegável que pode ser muito difícil constatar a presença do consentimento de alguém que opere um computador, verificar a ocorrência de

²²² LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 274.

²²³ Idem, ibidem. p. 291.

²²⁴ O autor mencionado destaca, ainda, que as partes que transacionam habitualmente poderiam solicitar tal problema com facilidade, estipulando em contrato os casos em que se considerará que as mensagens eletrônicas pertencerão à esfera de interesses de cada uma delas. Todavia, tal solução pode ser fácil para as partes que transacionam corriqueiramente, não resolvendo os demais casos.

uma intenção real de obrigar-se ou provar a existência de um vício na declaração de vontade. Todavia, é nosso entendimento que ainda que tais dificuldades se mostrem presentes, elas não devem servir de base para que se sustente eventual invalidade dos contratos cujo consentimento é manifesto eletronicamente.

Poder-se-ia, ainda, confundir o automatismo com o qual um computador envia uma declaração de vontade com a formação da própria declaração pela máquina. Ora, sabe-se que a formulação de uma declaração de vontade é prerrogativa dos seres humanos, os quais, inclusive, por vezes programam as máquinas para que estas possam transmitir suas respectivas declarações tal qual desejado por aqueles. Assim, não há que se falar em manifestação de vontade do computador, mas sim em manifestação de vontade de um indivíduo programada em um computador para que este possa transmiti-la.

Considerando-se que o negócio jurídico realizado por meio eletrônico, para a sua formação, depende não apenas da manifestação de vontade dos homens, mas também do correto funcionamento dos equipamentos de informática empregados pelas partes e pelos intermediários, prestadores de serviços por elas contratados, como provedores de acesso, é possível que falhas na atividade dessas máquinas tragam para a relação contratual situações novas, que deverão ser enfrentadas pelos operadores do direito.

Sobre o assunto, manifesta-se José Oliveira Ascensão da seguinte forma, elencando alguns tipos de erro que podem ser verificados na contratação eletrônica:

“(a) Erro de programação

Por deficiência desta, pode-se chegar a grandes anomalias na contratação. A situação está no nível dos vícios na formação da vontade. A parte lança a sua proposta negocial porque está em erro sobre o seu significado. Não há motivo para não aplicar o regime dos vícios na formação da vontade, porque a vontade *in causa* é vontade contratualmente relevante.

(b) Erro da máquina

O processamento é anômalo. Emitem-se ordens desconformes, ou duplicam-se ordens já emitidas. Há algo que respeita ao erro na

declaração. A vontade subjacente era uma, mas a declaração foi outra.

(c) Erro na transmissão

A mensagem, corretamente emitida, chegou deformada ao outro terminal. Não há motivo para não enquadrar no erro de transmissão, justamente, que é em geral tomado como modalidade de erro na declaração.”²²⁵

Tratando-se de declaração cuja emissão ocorra por meio da rede de computadores, pode acontecer de o seu conteúdo ser adulterado por terceiros, alheios ao negócio jurídico pretendido. Haroldo Verçosa menciona que diante da crescente proliferação da “pirataria eletrônica”, as relações contratuais eletrônicas “passaram a exigir de quem recebe uma proposta por este meio que empregue nível maior de diligência que o leve a se certificar a respeito da verdadeira identidade do emitente e do teor da declaração”²²⁶.

De quem seria, então, a responsabilidade pela declaração cujo conteúdo recebido pelo destinatário seja diverso daquele expresso pelo declarante em razão da posterior alteração desta efetuada por terceiro, gerando um erro substancial²²⁷?

Para responder a tal questionamento, socorremo-nos do disposto no Código Civil, artigo 171²²⁸, que estabelece ser anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro. Neste caso, a declaração de vontade está maculada, viciada, e por esta razão a lei confere a possibilidade de anulação do contrato em casos desta natureza.

Importa mencionar que não obstante o agente não ter manifestado sua vontade de forma imaculada, se permanecer inerte em relação à busca da anulação do contrato, este

²²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação Eletrônica. In Revista Trimestral de Direito Civil. v 12. Rio de Janeiro: Padma, 2002, p. 114 e 115.

²²⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. Vol 4. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 466.

²²⁷ Sobre a definição de erro substancial, vide Código Civil, art. 139.

²²⁸ Código Civil, artigo 171 – “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

será reconhecido válido e eficaz pelo direito e seus efeitos serão alcançados de forma incontestável²²⁹.

Nos casos supramencionados, entendemos, então, que o regramento existente em nossa legislação acerca dos contratos formulados com erro de consentimento bastam para resolver a questão.

Ressalta-se, ainda, que o artigo 12 da lei Modelo da UNCITRAL prevê que não se discrimine uma declaração de vontade, negando-lhe validade e eficácia, pelo simples motivo de ter sido esta gerada ou enviada por meios eletrônicos.

Concluimos, portanto, que ante o exposto as vontades manifestadas por meio eletrônico são plenamente válidas, sendo, portanto, válidos os contratos eletrônicos oriundos da convergência de referidas vontades, desde que observados os demais requisitos estabelecidos pela lei para a validade do contrato.

4.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

A depender do uso que se faz do computador conectado à internet para a manifestação de vontade tendo por objetivo a formação de vínculo contratual, podemos extrair algumas características distintas.

Cesar Viterbo Matos Santolim²³⁰ classifica o que denomina de contratos por computador em três categorias distintas, conforme o uso feito do computador na formação dos contratos: computador como simples meio de comunicação, no qual o computador funciona como instrumento de comunicação de vontade já aperfeiçoada; computador como local de encontro de vontades já aperfeiçoadas, hipótese em que o computador é programado por terceiro estranho à contratação e posto a serviço das partes contratantes; e computador como auxiliar no processo de formação da vontade (contratos por computador *stricto sensu*), no qual tal máquina exerce papel fundamental na manifestação de vontade das partes contratantes.

²²⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Contratos Mercantis e a Teoria Geral do Contrato – O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 227.

²³⁰ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador. São Paulo: Saraiva, 1995. p.p. 24 a 26.

Manoel J. Pereira dos Santos²³¹ distingue, por sua vez, os contratos concluídos por computador, nos quais este tem papel determinante na manifestação de vontade das partes, dos contratos que se utilizam do computador como mero instrumento de comunicação de acordo de vontades já aperfeiçoado.

Diferentemente das classificações acima baseadas na forma de utilização do computador para formação ou comunicação do contrato, Mariza Delapieve Rossi²³² propõe outra classificação para os contratos eletrônicos, dividindo-os em três categorias, quais sejam, intersistêmicas, interpessoais e interativas.

Os contratos eletrônicos intersistêmicos são aqueles formados mediante utilização do computador como ponto convergente de vontades preexistentes, ou seja, as partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que a máquina tenha interferência na manifestação dessas vontades. As partes que figuram nesta relação contratam as regras que regerão as comunicações e transações realizadas eletronicamente, tratando-se aqui de uma comunicação intersistêmica, na qual os sistemas de computador dos contratantes se interligam para comunicação. Assim, a atuação humana e, conseqüentemente, a manifestação volitiva, não aparece em cada negócio jurídico realizado, mas apenas em momento anterior, quando da programação dos computadores para que ajam de determinada maneira.

Conforme menciona Mariza Delapieve Rossi²³³, destaca-se em referida modalidade de contratação eletrônica a utilização do *Electronic Data Interchange* (EDI), mediante utilização de “padrões de documentos” ou “padrões EDI”. Exemplo de uma operação de EDI ocorre, por exemplo, quando uma empresa se comunica com o sistema de vendas de um fornecedor, por meio do envio de documentos eletrônicos de pedido de compra, visando à aquisição de um produto.

²³¹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – Contratos de Adesão. In: Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, São Paulo, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, agosto de 1999, p.p. 105.

²³² ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – Contratos de Adesão. In: Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, São Paulo, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, agosto de 1999, p.p. 105-106.

²³³ Idem, ibidem, p. 107.

Os contratos eletrônicos interpessoais são entendidos como aqueles nos quais o computador é utilizado como meio de comunicação entre as partes, mas não é somente uma forma de comunicação de vontade já concebida, interagindo de forma significativa na formação da vontade das partes.

Referido tipo de contrato, caracterizado pela interação humana nos dois pólos da relação, pode ser dividido em duas categorias distintas, conforme a simultaneidade da declaração e recepção da manifestação de vontade. São considerados contratos eletrônicos interpessoais simultâneos aqueles firmados por partes que estejam, ao mesmo tempo, conectadas à rede por meio de seus computadores, possibilitando que a declaração de vontade de uma parte seja recebida pela outra quase que instantaneamente, tal qual ocorre nos contratos firmados por videoconferência por computador. Já os contratos nos quais se verifica maior lapso de tempo entre a manifestação das declarações de vontade são entendidos como contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos, tal qual ocorre com os contratos celebrados por email²³⁴.

Os contratos eletrônicos interativos, nas palavras de Erica Brandini Barbagalo²³⁵, são o “mais peculiar de todos os modos de contratar via computador”. Neste tipo de contrato, comenta a autora, uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem que esta esteja, ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contato foi efetuado. Esta é a forma mais comum de contratação pela internet, evidenciada pela compra de produtos ou contratação de serviços mediante acesso aos *web sites*.

Normalmente, os contratos eletrônicos interativos são caracterizados pela apresentação de cláusulas unilateralmente preestabelecidas pelo proprietário do *web site*, sem possibilidade de discussão e alteração de tais cláusulas pela contraparte, que deverá aceitá-las em bloco se quiser celebrar o negócio, ou rejeitá-las, também em bloco, abrindo mão da contratação.

²³⁴ Importante destacar que Maristela Basso entende que a troca de mensagens por email pode ser considerada como instantânea desde que os contratantes estejam se utilizando dos respectivos computadores simultaneamente. Ressalta, todavia, que a celebração de contrato por email pode não ser instantânea se razoável período de tempo separar as manifestações de vontade. (BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, Conclusão, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 89).

²³⁵ BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos Eletrônicos – Contratos Formados por meio da Rede de Computadores, Peculiaridades Jurídicas da Formação do Vínculo. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000. p. 51.

A classificação dos contratos conforme o lapso temporal existente entre as manifestações de vontade das partes contratantes será importante para o estudo do momento da conclusão do contrato eletrônico, conforme veremos adiante.

4.4 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS – OFERTA E ACEITAÇÃO

O contrato não é um elemento da realidade física cuja existência se possa propriamente constatar como constatamos um objeto. Contudo, ressalta Vincenzo Roppo que na concepção dos operadores do direito o problema da formação do contrato é frequentemente encarado como se se tratasse de verificar a existência de uma “coisa”. Discorre o autor que:

“...a questão de saber se um contrato se formou ou não fica reduzida à questão de verificar se determinados fatos da esfera psicofísica do homem (as vontades dos contraentes, devidamente manifestadas e fundidas numa unidade) geraram casualmente um certo fenômeno (o consenso contratual) do qual o contrato constituiria justamente o “produto” mecânico.”²³⁶

Conforme falamos, o contrato se perfaz com o consenso, ou seja, a conjugação da declaração das partes. Francesco Messineo²³⁷ menciona que o consenso não se forma instantaneamente, especialmente quando presentes relevantes interesses econômicos. O autor quis dizer que aos contratos propriamente ditos precede uma fase de negociação, de tratativas, na qual as partes discutem os seus respectivos interesses para que, quando da formação do contrato, eventuais entraves de natureza negocial tenham sido superados. Obviamente, à época em que o autor em questão escreveu tal afirmação os contratos eletrônicos não eram uma realidade presente, mas é correto afirmar que a ideia da fase das tratativas ainda se encontra presente em nossas contratações atuais.

²³⁶ ROPPO, Vincenzo. Ob. cit. p. 84.

²³⁷ MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale del Contratto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, p. 173.

Fato é que com ou sem tratativas, o contrato será formado pelo consenso, sendo as declarações de vontade formadoras deste denominadas proposta e aceitação. Proposta é a declaração inicial, que visa suscitar o contrato e sendo também denominada oferta. É a firme declaração de vontade dirigida a alguém com quem se pretende contratar, ou, ainda, ao público. Quem a emite é o proponente ou policitante. Aceitação é a declaração que vai ao encontro da proposta, emitida pelo aceitante ou oblato. Pela aceitação, o oblato integra sua vontade à do proponente, complementando-a para a formação do contrato.

Tratando-se de negócio jurídico bilateral, tanto a oferta quanto a aceitação constituem-se em declarações receptícias²³⁸ de vontade, ou seja, dependem de sua recepção pelo destinatário para que produzam seus efeitos. Pontes de Miranda²³⁹ conceitua as manifestações de vontade de natureza receptícia como as que têm que dirigir-se a alguém, que as receba.

No caso de contratações realizadas por intermédio de correspondência epistolar, dada a necessidade de distribuição de riscos na formação dos contratos, foi criada a distinção entre contratos formados entre presentes e ausentes.

Quando os contratos se formam entre partes presentes, mediante a troca e o encontro das declarações de vontade, com proposta e aceitação claramente manifestadas, não há muita dificuldade em se concluir o momento de formação da relação jurídica contratual. O vínculo contratual, neste caso, se aperfeiçoa a partir do momento em que se dá a aceitação da proposta por parte de quem a recebeu. Os problemas surgem, no entanto, quando se trata de verificar o momento da formação de contratos entre pessoas ausentes.

Cabe ressaltar que a primeira classificação, relativa aos contratos entre presentes, refere-se, mais que à própria presença simultânea dos contratantes, ao diferimento no tempo na formação do contrato, ou seja, à ausência de lapso temporal relevante entre a oferta e a respectiva aceitação, o que, se ocorresse, poderia implicar alteração das condições fáticas inicialmente propostas. Apesar de a denominação basear-se em um aspecto territorial, o que efetivamente importa é a existência ou não de imediatidade entre

²³⁸ Diferentemente das declarações receptícias de vontade, as declarações não receptícias surtem efeitos independente da recepção.

²³⁹ PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Tomo II, Rio de Janeiro: Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, p. 401.

a proposta e a aceitação. A lei considera entre presentes, exemplificativamente, a partes na contratação por telefone ou meios assemelhados²⁴⁰.

Os contratos entre ausentes, ao contrário, configuram-se naquelas relações nas quais, não obstante não se verificar a presença dos contratantes no mesmo momento, representariam relações jurídicas cujos atos volitivos de formação encontram-se diferidos no tempo. Logo, a contratação entre ausentes caracteriza-se por apresentar lapso de tempo relevante entre oferta e aceitação. José Tadeu De Chiara²⁴¹ afirma que a ausência para fins de direito é não estar presente na mesma base jurisdicional em que os efeitos da relação vão surtir, não sendo somente a falta de presença física. Neste sentido, enquadrar-se-ia a oferta realizada por correspondência epistolar.

A doutrina²⁴² criou duas teorias para a formação dos contratos entre ausentes. A primeira teoria é a da cognição, a qual pressupõe que o contrato entre ausentes somente se considera formado quando a resposta do aceitante chega ao conhecimento do proponente. A segunda teoria é a da agnição, na qual se dispensa que a resposta chegue ao conhecimento do proponente. Decorrentes da teoria da agnição temos as seguintes subteorias: a da declaração propriamente dita, da expedição e da recepção. Pela teoria da declaração propriamente dita, o contrato completa-se no momento em que o aceitante redige sua resposta. Na teoria da expedição, considera-se formado o contrato no momento em que a resposta é expedida. E na teoria da recepção, adotada pelo direito pátrio como regra geral, exige à emanção dos efeitos da declaração de vontade que tenha esta ingressado na esfera de domínio do destinatário, tendo por este sido recebida, não importando se o conteúdo da declaração foi verificado ou entendido por este. Assim, é necessário apenas que o destinatário tenha possibilidade de acessar a mensagem enviada.

Tendo o direito brasileiro adotado a teoria da recepção, a declaração eletrônica de vontade terá o mesmo tratamento conferido à declaração de vontade no mundo real, surtindo efeitos quando do seu ingresso na esfera de domínio do destinatário.

²⁴⁰ Código Civil, artigo 428, inc. I.

²⁴¹ Afirmação proferida na banca de qualificação da autora do trabalho, realizada em 03 de junho de 2011.

²⁴² Sobre o assunto, vide GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 81.

Segundo Pontes de Miranda²⁴³, “diz-se que chegou a manifestação quando o destinatário pode, em circunstâncias normais, tomar conhecimento do conteúdo da manifestação de vontade e, segundo os usos do tráfico, se per fez o tempo necessário para se ultimar a cognição”.

Ante o acima exposto, não basta que a declaração de vontade do receptor seja emitida ou ainda enviada, requerendo o nosso ordenamento jurídico que a resposta entre na esfera de conhecimento do proponente para que possa surtir efeitos. Ressalta-se que independentemente da recepção o negócio jurídico já existe, faltando-lhe, porém, elemento para que se aperfeiçoe, não completando o ciclo existência, validade e eficácia²⁴⁴.

A classificação proposta pelo Código Civil parece se mostrar de difícil aplicação frente à realidade dos contratos eletrônicos. Não são todos os meios de comunicação eletrônicos que possibilitam a interatividade instantânea e, portanto, classificada entre presentes pelo Código Civil. Isto porque, dadas as características de cada uma das modalidades, verifica-se que, em algumas formas de contratação eletrônica, poderá haver a figura da contratação entre presentes e, em outras, a figura da contratação entre ausentes.

Os contratos formados com base na utilização das salas de bate-papo ou *chat*, assim entendidas as salas de conversação que atuam em tempo real, ou, ainda, aqueles formados por meio dos leilões virtuais, tão comuns atualmente, classificados como contratos eletrônicos interpessoais simultâneos, ter-se-ia uma relação entre presentes, haja vista a imediatidade das declarações que consubstanciam a oferta e a aceitação. Por outro lado, as relações formalizadas por meio de e-mails, as quais podem não apresentar a simultaneidade exigida para caracterização da relação entre presentes, implicando o distanciamento temporal das manifestações de vontade, e classificando-se assim como contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos, caracterizariam uma relação entre ausentes.

Tal distinção entre o lapso temporal que pode existir quando empregados os diversos meios eletrônicos para a manifestação da declaração de vontade parece não ter

²⁴³ PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Tomo II, Rio de Janeiro: Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, p. 405.

²⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 132.

sido observada pelo legislador do Código Civil atual. O artigo 428 do Código estabelece que se considera também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante. Da leitura de referido artigo, poder-se-ia concluir de forma simplista que a *internet* seria um meio de comunicação semelhante ao telefone e, portanto, os contratos cujo consentimento é manifestado por meio eletrônico seriam considerados celebrados entre presentes. Mas não é bem assim, conforme veremos.

Caio Mario da Silva Pereira, ao tratar dos contratos entre presentes e ausentes no universo eletrônico, manifestou-se do seguinte modo:

“O Código estende o mesmo tratamento jurídico para propostas efetivadas por meio de comunicação semelhante ao telefônico. Aqui o legislador está certamente se referindo, v.g., à comunicação por via da internet, quando ambos os usuários estão em contato simultâneo. Nesta hipótese, a proposta formulada por um deles deve imediatamente ser aceita, sob pena de deixar de ser obrigatória, diferentemente do que ocorre com a proposta feita por via de email, na qual ambos os usuários da rede estão ao mesmo tempo conectados.”²⁴⁵

Assim, ante as dificuldades apresentadas, a determinação da ausência ou presença dos contratantes em contratos eletrônicos deve ser feita caso a caso, em função dos elementos do negócio concreto, e não de forma a priori, pois, além de impossível, seria necessariamente errônea a simples classificação de todos os contratos eletrônicos como negócios entre ausentes ou entre presentes. Sobre esse ponto, Newton De Lucca acrescenta que “querer determinar a priori se se trata de contratação entre presentes ou de contratação entre ausentes, como adora fazer a tradição doutrinária “clássica”, é mais uma perda de tempo do que qualquer outra coisa.”²⁴⁶

Maristela Basso entende que, diante dos meios eletrônicos, deveria haver a eliminação da distinção entre contratos entre presentes e entre ausentes inserida no diploma

²⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Ob. cit. pp. 294 e 295.

²⁴⁶ LUCCA, Newton de, Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 108.

civil. Para referida autora, os contratos eletrônicos deveriam ser classificados em: (a) contratos de formação instantânea por comunicação indireta através da telemática; (b) contratos de formação “*ex intervallo*” realizados por comunicação indireta através da telemática; e (c) contratos de formação “*ex intervallo temporis*”.²⁴⁷

Por tal classificação, os contratos de formação instantânea por comunicação indireta através da telemática são os sujeitos apenas a um lapso temporal necessário para que a oferta seja aceita, sem que haja atos como contraproposta ou qualquer negociação. Os contratos de formação “*ex intervallo*” realizados por comunicação indireta através da telemática estão sujeitos a um tempo considerável entre a oferta e a aceitação, que não é imediata, pois há a possibilidade de o oblato refletir sobre o negócio proposto. Já os contratos de formação “*ex intervallo temporis*” abrangem oferta, negociação e aceitação, com intervalo de tempo para reflexão e troca de propostas e contrapartidas entre as partes.

Em sua grande maioria, os contratos eletrônicos celebrados por email ou por clique em páginas da internet. Como a declaração de vontade transmitida por email não chega, em regra, imediatamente ao conhecimento do destinatário, poderíamos considerar, neste caso, a oferta realizada entre ausentes.

Acerca do momento de formação dos contratos celebrados por email, Emilio Tosi afirma que existe uma presunção de ciência derivada do ônus do titular do email de verificar a sua caixa postal periodicamente. Assim, para o autor, o contrato se perfectibiliza a partir do momento em que o impulso do aceitante é registrado no servidor do provedor²⁴⁸.

Ricardo L. Lorenzetti comenta que esta tese foi questionada a partir do argumento de que se a mensagem é enviada mas não ingressa no sistema do receptor não ocorre a perfectibilização, fazendo-se necessária, por isso, a efetiva ciência do receptor²⁴⁹. As duas teses acabam por se contrapor na medida em que a primeira impõe ao receptor titular do email o ônus de controlar os riscos de seu funcionamento porque é a ele vinculado, e a segunda transfere ao emissor os riscos por ter este optado pelo meio.

²⁴⁷ BASSO, Maristela. Ob. cit. p. 81 e seguintes.

²⁴⁸ TOSI, Emilio. I Problemi giuridici di internet. Diritto dell'informatica. Milão: Giuffrè, 1999. p. 25.

²⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 295.

É nosso entendimento que no caso de manifestações de vontade inseridas em um email com o intuito de celebrar um contrato, deveria ser respeitada, a princípio, a regra disposta no Código Civil acerca de contratos entre ausentes, em razão do lapso temporal possivelmente existente entre proposta e aceitação. Neste caso, pela teoria da recepção, o contrato eletrônico será considerado formado quando o email adentrar a esfera de domínio do proponente.

Nos contratos celebrados por meio das salas de conversação, ou atendimento online aos usuários como comumente verificamos em diversos sites, a simultaneidade existente entre proposta e aceitação nos leva a concluir que o regramento aplicável a estes casos seria o mesmo do contrato entre presentes.

Há, ainda, os contratos formados por meio dos comportamentos concludentes, ou início da sua execução, compreendendo aqueles nos quais a manifestação de vontade é manifestada por meio do “aceite” inserido na página do fornecedor, exemplificados pelas dezenas de ofertas *online* destinadas a público específico ou público em geral. A proposta será considerada válida enquanto estiver publicada na internet e os contratos respectivos serão considerados formados quando a aceitação dos oblatos, enquanto a proposta ainda estiver válida.

A Lei Modelo da UNCITRAL nada dispôs acerca do momento da formação do contrato eletrônico, deixando tal aspecto para interpretação dos operadores de direito dos países que a adotarem. No entanto, ela estabelece diretrizes com relação ao que deve ser considerado momento de envio e momento de recepção. Em seu artigo 15, parágrafo 1º, dispõe que o envio de uma declaração de vontade ocorre quando esta entra em um sistema de processamento de dados fora do controle do remetente. Já o parágrafo 2º estabelece que a recepção ocorre quando a mensagem entra no sistema designado pelo destinatário ou é recuperada por este, caso tenha sido enviada a sistema diferente do designado, mas a este relacionado, ou caso não tenha sido designado um sistema pelo destinatário, quando a mensagem entrar no sistema do destinatário. O conceito de sistema refere-se à estipulação expressa do domicílio lógico para o qual deva ser enviada a mensagem, e o conceito de “entrada” de uma mensagem no sistema diz respeito ao momento em que a informação possa ser processada por este sistema.

4.4.1 Proposta Eletrônica

A proposta, conforme explanado anteriormente, é uma declaração unilateral de vontade que carrega uma intenção de obrigar, conceituando-se, portanto, como a “firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público”²⁵⁰.

Para que a proposta seja válida, é preciso que ela seja formulada de tal forma que a aceitação do destinatário baste à conclusão do contrato. Se depender de nova manifestação de vontade do proponente, não existirá proposta.

A proposta pode ser realizada a uma pessoa determinada ou a uma coletividade indeterminada, devendo conter todos os elementos considerados fundamentais à sua validade.

É importante que não se confunda a proposta com o convite a contratar, o qual não é obrigatório²⁵¹, não gerando vínculo para as partes. O convite a contratar expressa apenas a disposição da parte em receber proposta para a formação de contrato, e não para celebrar o contrato propriamente dito.

O direito brasileiro adota a premissa de que a oferta realizada ao público constitui-se em oferta efetiva, e não apenas em convite a contratar. É o que estabelece o art. 429 do Código Civil, que dispõe ser a oferta ao público equivalente a proposta quando encerra os requisitos essenciais do contrato.

Da mesma forma que as propostas realizadas por meios físicos, as realizadas por meio eletrônico podem destinar-se à pessoa específica (ex.: envio de *email*) ou à coletividade (ex.: disponibilização de produtos e serviços em páginas na *internet*), constituindo-se em oferta ao público²⁵².

²⁵⁰ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 73.

²⁵¹ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, Tomo II, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 422.

²⁵² Cabe mencionar que a oferta ao público encontrada nas páginas da internet encontra regramento específico constante do Código de Defesa do Consumidor, sobre o qual não nos ateremos neste trabalho.

Será considerada obrigatória ao proponente a proposta realizada, vinculando-o ao seu cumprimento, conforme dispõe o artigo 427²⁵³ do Código Civil, salvo se esta obrigatoriedade contrariar seus termos, a natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. Uma vez manifestada a proposta, esta vincula o proponente à formação do contrato, caso assim deseje o aceitante, enquanto correr o prazo da resposta.

A proposta não pode, todavia, obrigar o proponente por tempo indeterminado. Neste sentido, o legislador, no artigo 428 do Código Civil, definiu, a partir de critérios temporais, a perda da obrigatoriedade da proposta formulada. De fato, referido artigo dispõe que o caráter obrigatório da oferta será afastado se: “(a) feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita; (b) feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; (c) feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; (d) antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

Em razão da regra supramencionada, a oferta vinculará o proponente durante certo lapso temporal finito, ainda que não definido expressamente. A aceitação realizada após o término da eficácia da proposta não vincula, não formando o contrato.

Na internet, tende a ser difícil que se tenha ciência da data de inserção de uma determinada proposta na rede ou quando o aceitante dela tomou conhecimento, gerando dúvidas quanto à contagem dos prazos para sua respectiva aceitação. Parece-nos que três soluções, neste caso, seriam possíveis. Tratando-se de páginas eletrônicas, nas quais a aceitação seria possível mediante o acionamento de telas lá constantes, a proposta seria considerada vinculante e obrigatória enquanto permanecesse disposta no endereço eletrônico. Tratando-se de páginas eletrônicas que demandam a aceitação da proposta por meio da elaboração de email, a aceitação formaria o contrato se enviada enquanto a proposta permanecesse no endereço eletrônico. Por fim, tratando-se de proposta feita por *email* sem menção de prazo para aceitação, seria esta válida durante o período o qual, em razão da natureza do contrato, poderia ser considerado normal para que se verificasse o recebimento da proposta e a emissão da declaração de aceitação.²⁵⁴

²⁵³ “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso.

²⁵⁴ RIBEIRO, Luciana Antonini. Ob. cit, p. 133.

Um problema prático que pode surgir no meio eletrônico diz respeito à análise sobre a possibilidade de retirada da proposta antes da formação do vínculo. Isto porque, conforme vimos, a determinação do exato momento em que se perfectibiliza o consenso eletrônico é difícil.

Sobre este aspecto, é possível dizer que nos vínculos em que ocorrem comunicações instantâneas, entendidos como contratos entre presentes, a retratação não nos parece possível. Já nos demais, a retratação do proponente seria possível desde que chegue à esfera de controle do destinatário antes da proposta ou simultaneamente a esta.

Ricardo L. Lorenzetti menciona que em se tratando de uma oferta eletrônica o ofertante tem alguns deveres anexos, quais sejam: dever de informação, dever de confirmação e dever de segurança²⁵⁵.

Pelo dever de informação, o ofertante, por ter maior conhecimento específico do meio tecnológico utilizado, deve fornecer ao aceitante informações sobre (i) referido meio, inclusive esclarecendo o modo de aceitar a oferta; (ii) o produto ou serviço incluídos na oferta; e (iii) os aspectos legais, especialmente com relação às condições gerais de contratação. Sobre este aspecto, o artigo 4º do projeto da Ordem dos Advogados do Brasil²⁵⁶ estabelece que a oferta deve conter informações claras e inequívocas sobre o nome do ofertante, número de inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, endereço físico do estabelecimento, meio pelo qual é possível entrar em contato com o ofertante, instruções para o arquivamento do contrato eletrônico e sobre os sistemas de segurança empregados na operação.

Dado que é pressuposto que o ofertante dispõe de um controle maior sobre o meio eletrônico utilizado para a veiculação da oferta quando comparado com o aceitante, deve aquele, pelo dever de confirmação, confirmar o recebimento da mensagem de aceitação do negócio.

²⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 309.

²⁵⁶ Referido projeto é o de n.º 1589, de 1999, que foi apensado ao Projeto de Lei 4906, arquivado em fevereiro de 2007.

Pelo dever de segurança, o ofertante deve garantir que o ambiente no qual a oferta será realizada é tecnicamente seguro, confiável, certificado, de tal forma que se possa contribuir para redução da insegurança existente no processo de contratação eletrônico. Tal dever de segurança, todavia, não é absoluto na medida em que o ofertante, quando atua na internet, não pode garantir que o ambiente é 100% seguro e confiável uma vez que tais aspectos não estão no seu controle. Por tal razão, defende Ricardo L. Lorenzetti²⁵⁷, que este dever deve ser interpretado como uma conduta de cooperação exigida sobre a esfera de controle do ofertante, e não sobre as variáveis que escapam a sua possibilidade de garantir.

4.4.2 Aceitação Eletrônica

A aceitação é a manifestação de vontade emanada após a proposta e vai ao encontro desta, com a concordância dos termos propostos pelo proponente. É declaração de aquiescência²⁵⁸ a uma proposta, sendo que a produção dos efeitos dela decorrentes depende de sua chegada à esfera do domínio do proponente.

A aceitação deve ocorrer com relação à integralidade da proposta, sendo que a alteração desta configuraria novo contrato.

Orlando Gomes²⁵⁹ menciona que em alguns casos a aceitação se expressa através de atos de cumprimento, sendo que o começo da execução do contrato teria tal significado. Neste sentido, alguém que insere o número do cartão de crédito na página do fornecedor de livros está manifestando a sua vontade de celebrar o contrato de aquisição da mercadoria mediante o começo da execução do contrato, qual seja, o pagamento do preço ajustado.

No contrato de consentimento eletrônico, a aceitação pode ser manifestada de diversos modos, como é o caso do correio eletrônico elaborado pelo aceitante com a intenção de manifestar sua aceitação quanto aos termos da proposta, ou, ainda, das manifestações ocorridas por meio da utilização do *point and click*, conforme veremos em tópico a seguir.

²⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit. p. 313.

²⁵⁸ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 76.

²⁵⁹ Idem, ibidem. p. 76.

4.5 LOCAL DE FORMAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO

Quando ambas as partes residirem no país, reputa-se formado o contrato no lugar em que foi proposto, conforme regra constante do Código Civil²⁶⁰. No entanto, quando ao menos uma das partes estiver fora do território nacional, para determinação do local de formação do contrato aplicar-se-á a regra do artigo 9º, parágrafo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual estabelece que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Do quanto acima exposto, depreende-se que havendo a celebração de contrato eletrônico por partes localizadas em países distintos basta a identificação do local onde se encontra o proponente no momento em que manifesta sua declaração de vontade caracterizada como proposta para que se determine o local no qual o contrato será considerado formado.

A questão envolvendo identificação do local onde se encontra o proponente pode ser de difícil solução. Isto porque a identificação do usuário de um computador conectado à internet está relacionada a uma localização mais lógica do que geográfica. Explica-se: uma pessoa residente no Brasil pode ter uma localização lógica na França, por exemplo, pois o servidor utilizado para acesso à rede está localizado naquele país.

No caso acima, sendo o usuário considerado um proponente, qual regra seria aplicável ao contrato no caso de formação deste? As regras estabelecidas no direito brasileiro, lugar de residência do proponente, ou as regras estabelecidas no direito francês, lugar de hospedagem do servidor utilizado para conexão à internet?

Para tentar resolver a questão, nos socorremos da Lei Modelo da Uncitral, a qual indica como lugar de conclusão do contrato aquele em que o usuário proponente tem sua sede principal, independentemente de onde estiver instalado o sistema de informática. O artigo 15 de referida lei dispõe que a mensagem eletrônica será considerada expedida no local onde o remetente tenha o seu estabelecimento, e recebida no local onde o destinatário tenha o seu estabelecimento. Se tiverem mais de um estabelecimento será considerado

²⁶⁰ Código Civil, art. 435.

aquele que apresente relação mais próxima com a transação subjacente e no caso de não existir uma transação subjacente, será considerado o estabelecimento principal ou, na ausência deste, sua residência habitual.

A Diretiva 2000/31 da União Européia dispõe que a determinação do lugar do estabelecimento do prestador de serviços deve ser buscada levando em consideração que o conceito de estabelecimento implica a realização efetiva de atividade econômica mediante local fixo durante um tempo indefinido. No caso de serviços prestados por meio da *internet*, o lugar de celebração do contrato será considerado como o lugar onde a empresa desenvolve a atividade econômica, sendo que se existirem vários estabelecimentos, será considerado aquele onde se presta serviço de forma concreta ou onde o prestador tenha o seu centro de atividades.

Ricardo L. Lorenzetti²⁶¹ afirma que como forma de se tentar estabelecer o real local de celebração do contrato virtual, já se falou, sem que se obtivesse grande difusão, que o local de celebração deste deveria ser onde estivesse o servidor utilizado para celebração do contrato.

Tendo em vista que a questão é passível de muitas discussões e com vistas as imprimir maior segurança à relação contratual, seria recomendável que as propostas eletrônicas contenham a identificação do local onde é realizada. Não havendo tal especificação na proposta, a regra seria a do local onde o proponente tenha o seu estabelecimento ou residência, ainda que a proposta tenha sido enviada em trânsito (quando o proponente está em viagem a outro país, por exemplo, e utiliza o seu telefone celular conectado à internet para enviar uma proposta).

4.6 ESPÉCIES DE CONTRATO ELETRÔNICO

Outra distinção dos contratos é baseada na forma como a declaração volitiva é manifestada, se pelo envio de um email ou pelo “clique” em uma página na internet, conforme veremos a seguir. A importância principal em tal distinção está na verificação do momento de celebração do contrato, sobre o qual falamos outrora.

²⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Idem, ibidem. p. 328.

4.6.1 Contratos Celebrados por Email

Os contratos celebrados por e-mail podem ser considerados versão dos negócios jurídicos realizados por correspondência. Assim sendo, aos contratos celebrados por email são aplicáveis as mesmas regras dos contratos celebrados por correspondência quando há lapso de tempo razoável entre a oferta e a aceitação, conforme já dito anteriormente.

Ao comparar contratos celebrados por email com os contratos por clique, Luiz Guilherme Loureiro afirma que “em um “site” Web várias opções podem ser deixadas à escolha do aceitante. O acordo de vontades será imediato qualquer que seja a opção selecionada. Ao contrário, no correio eletrônico o contrato não será imediatamente formado, uma vez que a oferta original pode ser objeto de várias contra-propostas antes de formar o contrato²⁶².”

Relativamente ao email propriamente dito e à sua fragilidade, isto é, a facilidade com que as informações nele contidas podem ser alteradas, Newton de Lucca afirma que “sabendo-se que ele nada mais é do que um mero conjunto de bits (abreviação ou acrônimo de dígito binário – *Binary DigiTS*), podendo ser facilmente adulterado, quer no computador onde ele foi digitado; quer, também, no computador do servidor ao qual esse computador está conectado; quer, igualmente, nos computadores (que são diversos) onde o email foi enfileirado ao longo do seu percurso; quer, ainda, no computador do servidor do destinatário; quer, finalmente, no computador do próprio destinatário, o certo é que esse conjunto de *bits*, por si só, não oferece a robustez e segurança necessárias para que possa ser considerada uma prova no mundo do Direito.”²⁶³

No entanto, se o mesmo email for eletronicamente certificado, ou seja, elaborado com a tecnologia da criptografia assimétrica nos termos da Medida Provisória n.º 2.200-2, a mensagem contará com força probatória em relação à sua autoria e à integridade do seu conteúdo. Para o mesmo Newton de Lucca “fica claro, portanto, que o email, no Brasil,

²⁶² LOUREIRO, Luiz Guilherme. Contratos no novo Código Civil. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 300.

²⁶³ LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas consequências para a pesquisa jurídica. In *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. De Lucca, Newton; Simão Filho, Adalberto (Coordenadores). 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 118.

desde que certificado digitalmente de acordo com as normas da ICP- Brasil, terá o mesmo efeito que o documento original...”²⁶⁴

4.6.2 Contratos Celebrados por Clique

Os contratos por clique, ou seja, os negócios para a celebração dos quais o indivíduo deve clicar, por exemplo, na palavra “aceitar” ou “enviar” exibida na página do fornecedor ou prestador de serviços na internet, também são chamados na doutrina de *click-wrap agreements* ou *point and click agreements*.

Sobre esta forma particular de contratação, Osmar Lopes Junior considera que “no comércio eletrônico realizado através da *internet*, o contrato geralmente é fechado com o “click do mouse”. São os chamados “contratos por clique”, tipicamente de adesão pois ao consumidor é vedada a discussão de qualquer cláusula. Normalmente o consumidor acessa o sítio atrás de um produto; escolhe o produto e, a partir daí, segue uma ordem lógica para a compra, envolvendo desde o cadastramento até a forma de pagamento, finalizando com a compra propriamente dita.”²⁶⁵

Relativamente aos contratos celebrados por clique, Ricardo L. Lorenzetti observa que “sua validade se baseia no ato de pressionar a tecla de aceitação por parte do usuário e sua dificuldade está no fato de não ficar registro algum desse ato que seja similar aos exigidos para os impressos em papel. A maioria das transações eletrônicas realizadas na atualidade se baseia em acordos que são aceitos pressionando uma tecla de uma página na *Web*, pelo que constitui uma regra admissível com base no costume negocial e na conduta entre as partes.”²⁶⁶

²⁶⁴ Idem, ibidem. p. 119.

²⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Osmar. O comércio eletrônico e o código de defesa do consumidor. In Revista IOB de direito civil e processual civil. n. 48. São Paulo: IOB, 2007. p. 21.

²⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, Cyberlaw e E-commerce. In Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes. De Lucca, Newton; Simão Filho, Adalberto (Coordenadores). 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 487.

4.7 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APLICÁVEL AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O mercado financeiro e de capitais esteve entre os primeiros a fazer uso habitual dos meios eletrônicos de transmissão de dados, a fim de possibilitar a celebração de contratos.

No âmbito legislativo, a Lei de Sociedades Anônimas pode ser considerada pioneira ao introduzir o meio eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentando a possibilidade de substituição dos livros sociais por registros eletrônicos²⁶⁷ e ao disciplinar as ações escriturais²⁶⁸, para as quais não há a emissão de certificado, mas a manutenção em conta, em nome do titular, em instituição financeira autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários. Na prática, tais ações estão documentadas apenas nos registros eletrônicos das instituições financeiras custodiantes.

Após a Lei de Sociedades Anônimas, outras legislações fizeram menção ao meio eletrônico, direta ou indiretamente. Entre elas, podemos destacar a Lei 8934, de 18 de novembro de 1994, que dispôs sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins²⁶⁹, a Lei 8935, da mesma data, que dispôs sobre os serviços notariais e de registro²⁷⁰, e a Lei 9099, de 26 de setembro de 1995, que disciplinou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais²⁷¹.

Dois projetos de lei acerca do tema estavam em tramitação no Congresso Nacional, quais sejam, o de n.º 1589, de 1999, e o de n.º 4906, de 2001. O primeiro projeto foi apensado ao segundo que, por sua vez, encontra-se arquivado.

²⁶⁷ Lei 6404, art. 100, parágrafo 2º: “Nas companhias abertas, os livros referidos nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser substituídos observadas as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, por registros mecanizados ou eletrônicos.”

²⁶⁸ Lei 6404, art. 34: “O estatuto da companhia pode autorizar ou estabelecer que todas as ações da companhia, ou uma ou mais classes delas, sejam mantidas em contas de depósito, em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão de certificados.”

²⁶⁹ Lei 8934, art. 57: “Os atos de empresa, após microfilmados ou preservada a sua imagem por meios tecnológicos mais avançados, poderão ser devolvidos pelas Juntas Comerciais, conforme dispuser o Regulamento.”

²⁷⁰ Lei 8935, art. 41: “Incumbe aos notários e aos oficiais de registro praticar, independentemente de autorização, todos os atos previstos em lei necessários à organização e execução dos serviços, podendo, ainda, adotar sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico e outros meios de reprodução.”

²⁷¹ Lei 9099, art. 13, parágrafo 3º: “Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.”

O único normativo existente que de alguma forma tangencia os contratos eletrônicos é a Medida Provisória 2.200-2, sobre a qual falamos outrora, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil, com o propósito de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica. Tal Medida Provisória, todavia, carece de maiores detalhamentos sobre os contratos eletrônicos propriamente ditos, focando-se mais nas questões relacionadas à certificação digital.

Assim, vê-se que o nosso ordenamento jurídico não contém norma específica sobre os contratos eletrônicos, restando aos operadores do direito socorrer-se das normas atinentes à Teoria Geral dos Contratos para solução das controvérsias oriundas desta nova forma de se contratar.

No âmbito legislativo, ante à quase que total ausência de regulamentação sobre o tema, seria importante ao menos que nossos legisladores se preocupassem em introduzir em nosso ordenamento jurídico alguns princípios importantes sobre os negócios jurídicos celebrados por meio dos contratos eletrônicos, delineados pela Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*), já mencionada neste trabalho.

A “internalização” de tais princípios seria o início de um trabalho com o intuito de regulamentar os contratos eletrônicos, de tal forma a tentar diminuir ou suprimir as inseguranças que a ausência de regulamentação claramente traz para os contratantes, bem como tratando de modo customizado as vicissitudes presentes na contratação eletrônica, como, por exemplo, a questão envolvendo o momento de formação do contrato eletrônico.

Os principais princípios mencionados na Lei Modelo da UNCITRAL são o da equivalência funcional e o da neutralidade tecnológica. O princípio da equivalência funcional pode ser extraído dos artigos 5^o²⁷² e 11²⁷³ da lei, que contêm a disposição de que

²⁷² Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL: “Article 5. Legal recognition of data messages – Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message.”

não serão negados efeitos jurídicos à informação e aos contratos pelo simples fato de estarem contidos em meio eletrônico.

Pelo princípio da equivalência funcional, entende-se que o cumprimento das necessidades básicas estabelecidas em lei para a validade do ato jurídico confere a este ato validade ainda que empregada forma não prevista ou vedada por lei. Trata-se da versão do princípio da liberdade das formas, já consagrado em nosso Código Civil.²⁷⁴

Relativamente ao princípio da neutralidade tecnológica, quando há referência a este em sede doutrinária, há a menção pela não-exclusão de nenhum tipo de técnica, presente ou futura, no tratamento e na solução de problemas relacionados à informática. Por tal princípio, a lei deve ser neutra do ponto de vista tecnológico para ser adequada, pois regras fechadas tendem a criar dissociação entre a realidade jurídico-normativa e a realidade social.

²⁷³ Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL: “Article 11. Formation and Validity of Contracts. (1) In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose.”

²⁷⁴ Código Civil, art. 107: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

5. EXEMPLO DE CONTRATO ELETRÔNICO: O CONTRATO ELETRÔNICO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO - UMA BREVE ANÁLISE

5.1 AVANÇOS TECNOLÓGICOS NO AMBIENTE BANCÁRIO

Os bancos estão entre as empresas que mais se utilizam dos meios eletrônicos para realizar seus negócios, sendo, conseqüentemente, os que mais celebram contratos eletrônicos. A partir da década de 60²⁷⁵ houve uma rápida evolução no volume e na estrutura dos recursos bancários, marcada pelos progressos técnicos verificados nas atividades bancárias.

Os rápidos progressos da informática sobre os quais falamos outrora ocorreram também no âmbito da relação banco – cliente. Com o intuito de viabilizar aos clientes maior eficiência, comodidade e a possibilidade de realização de transações cada vez mais céleres e que possam ser feitas fora da agência bancária, os bancos investiram somas vultosas para transformar os seus sistemas de informática em máquinas capazes de efetuar rapidamente e com segurança transações originadas em qualquer parte do mundo. De fato, cada vez mais os bancos propiciam aos clientes a possibilidade de acessar os produtos e serviços bancários remotamente, sem necessidade de comparecimento às agências²⁷⁶.

Ao comentar os avanços tecnológicos verificados no *modus operandi* dos bancos, Nelson Abrão assim se posiciona:

“O acesso aos meios tecnológicos equivale à inovação e completa revolução no sistema operacional bancário, na medida em que os serviços priorizam duplo caminho da eficiência e menor custo, sem prejudicar consultas, saques, pagamentos, descontos, tudo on-line, numa clara demonstração de que a internet tem seu espaço progressivo, tanto na função de garantir

²⁷⁵ ABRAO, Nelson. Direito Bancário. São Paulo: Saraiva, 2009, 14ª edição revista e atualizada pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão, p. 9.

²⁷⁶ Cabe mencionar também que o aperfeiçoamento dos bancos no campo da informática também é resultado da adequação às normas de prevenção contra lavagem de dinheiro e à instituição do Sistema de Pagamentos Brasileiros, os quais são assuntos alheios à nossa preocupação no momento.

ao cliente melhor trabalho à distância como no processo eletrônico...²⁷⁷

Neste setor é notória a migração dos meios tradicionais de celebração de negócios jurídicos para o meio eletrônico e, em virtude de tal fato, as agências bancárias estão cada vez mais dotadas de serviços eletrônicos – desempenhando papel secundário ou residual nas transações bancárias – e os bancos têm incentivado seus clientes a efetuarem negócios por meio eletrônico, por este ser mais rápido e poder ser realizado da residência do cliente, do local de trabalho ou de qualquer outro que seja provido de computador com acesso à internet.

Exemplos da celebração de contratos eletrônicos no âmbito da atividade bancária podem ser encontrados na utilização do *home banking*, no pagamento de contas mediante uso do cartão de crédito ou na utilização dos caixas eletrônicos para efetuar uma gama de operações bancárias.

Dado o importante papel representado pelos bancos na economia brasileira, primordialmente porque são depositários da poupança popular e também porque uma enorme parcela da população depende do crédito para adquirir produtos e serviços importantes para a sua sobrevivência (sendo, em razão de tal importância, regulados pelo Estado²⁷⁸) é que optamos por trazer como exemplo, no âmbito dos contratos eletrônicos, o contrato de mútuo bancário.

5.2 BANCOS: CONCEITO; ESPÉCIES DOS CONTRATOS; CONTRATOS BANCÁRIOS

Antes de estudarmos as características do contrato de mútuo bancário eletrônico, entendemos ser importante trazer brevemente o conceito de banco, para melhor compreensão da matéria.

²⁷⁷ ABRAO, Nelson. Ob. cit. p. 11.

²⁷⁸ De fato, o Estado mantém os órgãos encarregados de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País, nos termos do art. 2º da Lei 4595, de 31 de dezembro de 1964.

Banco é espécie do gênero instituição financeira, sendo esta entendida como a pessoa jurídica pública ou privada que tem como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Tal definição consta do artigo 17 da Lei 4595/74.

Nelson Abrão²⁷⁹, ao comentar a distinção entre os conceitos de instituição financeira e banco, afirma que é pacífico o entendimento doutrinário de que referida distinção entre se opera segundo os fundos de que dispõem esses dois tipos de entidades e não segundo as operações executadas para fazer frutificar esses fundos. Esclarece o autor que essas operações são basicamente as mesmas para bancos e instituições financeiras; porém, somente os bancos podem receber, de modo habitual, fundos do público e utilizá-los por sua própria conta. As instituições financeiras poderiam receber tais fundos mas não poderiam utilizá-los por sua própria conta.²⁸⁰

A Lei 7492/86 parece ser mais completa do que Lei 4595/74 em sua definição de instituição financeira. De acordo com tal diploma, considera-se instituição financeira a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Trazido o conceito de bancos passamos às espécies de contratos eletrônicos por este celebrados em suas atividades diárias.

Tais contratos eletrônicos podem ser de duas espécies: contratos celebrados enquanto tomadores de serviços, para possibilitar a realização, pelo banco, de suas atividades-fim; e contratos celebrados no âmbito de sua atividade-fim, denominados contratos bancários.

²⁷⁹ Idem, ibidem. p. 6.

²⁸⁰ Nelson Abrão menciona a experiência vivenciada na França quando da promulgação do diploma legal francês – Lei 84/46 de 22 de janeiro de 1984 – que reagrupou todas as instituições existentes sob a denominação genérica de “estabelecimentos de crédito”, acabando, assim, com a distinção entre instituição financeira e banco e definindo, em seu artigo 1º, estabelecimentos de crédito como “pessoas jurídicas que efetuam a título de profissão habitual operações de banco de banco” e prescrevendo que estas compreendem a “recepção de fundos do público, as operações de crédito, bem como a colocação à disposição da clientela ou a gestão dos meios de pagamento”. Ob. cit. p. 6.

Os contratos da primeira espécie propiciam aos bancos a aquisição da infraestrutura necessária para que possam operar o dia-a-dia, tais como contratos de aquisição de software, prestação de serviços de segurança, compra de materiais de escritório, prestação de serviços de alimentação e limpeza etc. Dado o volume envolvido nas contratações dessa espécie em razão do porte dos bancos brasileiros, alguns desses instituíram verdadeiros mecanismos de controle e operacionalização de contratação online, por meio da qual a interação física entre as partes é praticamente suprimida em prol da busca pela celeridade nas contratações.

Considerando as características dos contratos dessa espécie, quais sejam, contratos celebrados entre empresas com conteúdo comercial, a eles se aplicam as mesmas considerações feitas aos contratos eletrônicos em geral no decorrer deste trabalho, não havendo aqui qualquer novidade.

Se de um lado os bancos celebram contratos como tomadores de serviços, de outro eles celebram tais instrumentos com o intuito de oferecer produtos ou prestar serviços aos seus clientes finais, emprestando e gerenciando recursos financeiros. É neste contexto que temos os contratos bancários.

Os contratos bancários podem ser concebidos sob dois critérios fundamentais, sendo um subjetivo e o outro objetivo. Pelo critério subjetivo, entende-se por contrato bancário aquele celebrado por um banco, de tal forma que não se pode falar em contrato desta natureza sem que ao menos um contratante seja banco²⁸¹. Orlando Gomes menciona que com a expressão contratos bancários designam-se os negócios jurídicos que têm como uma das partes uma empresa autorizada a exercer atividades próprias de bancos.²⁸²

No entanto, o critério subjetivo apenas não é suficiente para conceituar o contrato bancário, uma vez que não é só a participação de um banco na relação jurídica contratual que determina a “bancariedade do negócio”²⁸³. Há que se levar em consideração sim o

²⁸¹ COVELLO, Sergio Carlos. Contratos Bancários. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 45.

²⁸² GOMES, Orlando. Ob. cit, p. 396.

²⁸³ COVELLO, Sergio Carlos. Ob. cit, p. 46.

critério subjetivo, sendo imperativa a presença de um banco²⁸⁴ para a caracterização do contrato bancário, havendo, porém, a necessidade de compatibilizá-lo com o critério objetivo que é a existência de uma operação de intermediação de crédito. Neste sentido, para os fins de nosso estudo, o contrato bancário é aquele celebrado por um banco e que tenha por objeto um ato de intermediação do crédito²⁸⁵.

As transações operacionalizadas pelos contratos bancários, entendidas como operações bancárias, podem ser tanto ativas (quando o banco assume a posição de credor de outrem) quanto passivas (quando o banco assume a posição de devedor de outrem). Entre os contratos relacionados a operações passivas temos o contrato de depósito e como exemplo de contratos relacionados a operações ativas temos o financiamento, a abertura de conta corrente e o de empréstimo bancário (ou mútuo).

5.3 CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – CARACTERÍSTICAS

O empréstimo bancário constitui um mútuo, com a especificidade de ser concedido por uma entidade creditícia submetida à disciplina da Lei 4.595/64²⁸⁶. Em sua essência, o empréstimo bancário não difere do mútuo regulamentado pelo Código Civil.

O Código Civil dispõe, em seu artigo 586, que o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis, sendo o mutuário obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Orlando Gomes²⁸⁷ esclarece que o mútuo é empréstimo de consumo, diferenciando-se do comodato que é empréstimo de uso. Dissertando sobre o tema, esclarece o citado autor que o mútuo transfere ao mutuário o domínio da coisa emprestada, obrigando-se o mutuário a restituí-la em igual quantidade e qualidade. Após a transferência da coisa emprestada, *res perit domino*, ou seja, os riscos do perecimento da coisa correrão por conta do mutuário.

²⁸⁴ Para fins do estudo a que nos propusemos desenvolver, optamos por restringir (em uma simplificação forçada) os contratos bancários àqueles celebrados pelos bancos propriamente ditos. Não nos olvidamos, contudo, do fato de que as instituições financeiras a eles assemelhadas também podem figurar como contratantes em contratos bancários, tais como as securitizadoras de crédito e cooperativas de crédito.

²⁸⁵ Sergio Covello menciona que nem todo contrato celebrado por banco é bancário (vide os contratos de compra de equipamentos ou locação de imóveis celebrados pelos bancos), assim como nem todo contrato de intermediação do crédito é bancário (Ex.: empréstimos feitos entre particulares).

²⁸⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 34.

²⁸⁷ GOMES, Orlando. Ob. cit. p. 384.

O mútuo é contrato real, porque não se aperfeiçoa apenas pelo consentimento das partes, somente se perfazendo mediante entrega da coisa, isto é, no momento em que o mutuário adquire sua propriedade. É unilateral, pois uma vez aperfeiçoado o contrato as obrigações (de devolver a coisa emprestada no mesmo gênero, quantidade e qualidade) recaem apenas na pessoa do mutuário. O mutuante, uma vez emprestada a coisa, nenhuma obrigação assume. O mútuo presume-se gratuito, podendo ser oneroso se assim estipularem os contratantes. A causa do contrato de mútuo é a transferência do crédito de uma parte à outra.

É notório que os bancos empregam grande parcela dos valores captados para concessão de empréstimos a clientes, os quais deverão devolver aos bancos a quantia emprestada e, adicionalmente, os juros pactuados²⁸⁸. Há a possibilidade de haver garantias²⁸⁹ atreladas aos empréstimos concedidos, a depender do caso concreto, com o intuito de assegurar um mínimo de certeza na hipótese de eventual inadimplemento obrigacional.

Neste sentido, pode-se definir o contrato de empréstimo bancário como aquele pelo qual “o Banco (prestamista) entrega certa soma pecuniária ao cliente (prestatário), o qual, por sua vez, se obriga a restituí-la, no prazo avençado, no mesmo gênero, quantidade e qualidade, acrescida de juros e comissões, conforme prévia estipulação.”²⁹⁰

Os sujeitos do contrato de empréstimo bancário são o banco e os clientes, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas. O objeto do contrato é a transferência da propriedade do dinheiro para o mutuário, para que este possa empregá-lo como melhor lhe aprouver. As finalidades de uso do valor emprestado são diversas, indo desde a aplicação em máquinas e suprimentos para o desenvolvimento de uma indústria até a aquisição de imóveis ou a quitação de dívidas contraídas com terceiros.

Sérgio Covello pondera a relevância da função do mútuo bancário, mencionando que:

²⁸⁸ Enquanto o mútuo tradicional presume-se gratuito, o mútuo bancário é oneroso por natureza.

²⁸⁹ As garantias poderão ser de natureza pessoal ou real, dependendo do montante envolvido na operação e, eventualmente, da finalidade para a qual o empréstimo foi concedido.

²⁹⁰ COVELLO, Sérgio Carlos. Ob. cit. p. 157.

“Os empréstimos, assim, fomentam a produção, desenvolvem o comércio, tornam viável a execução de grandes trabalhos públicos em benefício geral da coletividade, fazendo com que capitais disponíveis se tornem produtivos pela aplicação na criação de outras riquezas, sendo, em uma palavra, fator notável de bem-estar e prosperidade gerais.”²⁹¹

Arnaldo Rizado²⁹² menciona que o mútuo bancário é instrumentalizado mediante solicitação dirigida pelo cliente ao banco, com a assinatura de um formulário no qual as cláusulas estão previamente dispostas, em um típico contrato de adesão. De fato, tendo em vista que os bancos transacionam com um grande número de pessoas uma série infinita de operações idênticas, os contratos bancários em geral (e os de empréstimo, especificamente) têm a característica de serem formados por cláusulas gerais e uniformes, cabendo ao cliente apenas aceitá-las na integralidade ou rejeitá-las em bloco, caso não concorde com qualquer dos seus termos.

Conforme já dito no decorrer deste trabalho, no direito brasileiro impera o princípio da liberdade das formas, o que se coaduna perfeitamente com o dinamismo e a celeridade das operações bancárias. Na prática, as operações bancárias se traduzem e se caracterizam por serem, na maior parte das vezes, eletrônicas, comprovadas por extratos, o que facilita a demonstração de que o negócio de fato ocorreu.

O contrato de empréstimo bancário segue esta mesma característica. Com base no histórico de crédito de cada cliente, os bancos estabelecem limites pré-aprovados para efetivação de empréstimos por esses mediante simples acesso²⁹³ às suas informações de conta-corrente disponíveis nos caixas eletrônicos de auto-atendimento ou no *internet banking*. Desta forma, os clientes podem solicitar empréstimos ao banco de forma eletrônica, por meio de cliques nas respectivas páginas do caixa eletrônico ou do site na

²⁹¹ COVELLO, Sergio Carlos. Ob. cit., p. 153.

²⁹² RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit. p. 38.

²⁹³ O acesso é feito mediante uso de senha, convencionada entre banco e cliente como forma de comprovação de autoria deste.

internet. Forma-se, neste caso, o contrato eletrônico de empréstimo bancário²⁹⁴. Não há, pois, forma especial exigida para a validade de referido contrato porquanto não solene, devendo, nos dizeres de Nelson Abrão, “para fins probatórios, reduzir-se a escrito”²⁹⁵.

Assim, conclui-se que desde que os requisitos de existência e validade dos contratos sobre os quais outrora falamos sejam observados, não vemos óbice jurídico à celebração de contratos de empréstimo bancário por meio eletrônico.

A justificativa utilizada por Nelson Abrão para que se reduza o contrato de empréstimo bancário a termo, qual seja, eventual dificuldade de prova, é a mesma para os outros tipos de contrato. Não concordamos com referida justificativa porquanto entendemos que a questão probatória pode ser superada com o emprego das assinaturas eletrônicas já mencionadas e, eventualmente, de perícias informáticas, hoje extremamente desenvolvidas, e que também são hábeis a comprovar a existência dos contratos eletrônicos.

Pode-se argumentar que referidas perícias elevam os custos envolvidos em todo o processo; mas, no nosso ponto de vista, ao sopesarmos as benesses trazidas pela contratação eletrônica (celeridade, comodidade, redução de custos²⁹⁶, internacionalidade, para não mencionar outras), concluímos que tais benesses superam as eventuais dificuldades que possam surgir.

5.4 SIGILO E RESPONSABILIDADES NA CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA BANCÁRIA

Dois aspectos que merecem menção específica são a questão do sigilo e das responsabilidades por eventuais problemas que possam surgir no processo de contratação por meio eletrônico.

²⁹⁴ Incluem-se no nosso exemplo os contratos de empréstimo mais corriqueiros, para consumo, que ficam disponíveis para utilização praticamente imediata pelo cliente. Obviamente, não falamos aqui de empréstimos mais complexos, tais como aqueles garantidos por hipoteca, que envolvem outras formalidades que não se coadunam com os instrumentos eletrônicos.

²⁹⁵ ABRAO, Nelson. Ob. cit. p. 104.

²⁹⁶ Quanto mais as operações são realizadas por meios eletrônicos menos operações são efetuadas nas agências, acarretando economia para o banco.

5.4.1 O Caráter Sigiloso das Operações Bancárias

Os bancos ocupam papel de destaque em um cenário de criação de infindáveis bancos de dados sobre indivíduos compostos por informações de caráter íntimo. Para utilização de seus serviços, praticamente indispensáveis na vida cotidiana de indivíduos e empresas, o usuário tanto confia ativamente ao banco uma quantidade imensa de informações quanto o banco, por sua vez, tem acesso a outras tantas informações inerentes à consecução da atividade bancária, que revelam, em última instância, o modo de ser dos usuários.

Tais informações são protegidas, primeiramente, sob o manto do direito à intimidade e à privacidade, o qual figura no rol dos direitos e garantias individuais assegurados pela nossa Carta Magna²⁹⁷. O direito ao sigilo é entendido como parte integrante do direito à intimidade.

A característica sigilosa da atividade bancária não é novidade, tendo sido observada desde a época mais remota²⁹⁸ de que se tem notícias sobre o surgimento da figura do banqueiro e dos bancos.

No Brasil, o sigilo das operações financeiras atualmente²⁹⁹ encontra respaldo específico na Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2011. O artigo 1º de referida lei estabelece que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Sergio Covello define referido sigilo como “a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo por justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua vida profissional”³⁰⁰. O dever de sigilo estende-se a todos os funcionários da instituição financeira cientes das informações de clientes e de terceiros no exercício de sua

²⁹⁷ A Carta Democrática de 1988 disciplinou como invioláveis a “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

²⁹⁸ Nelson Abrão menciona que “a mais antiga referência ao sigilo bancário é encontrada no vetusto Código de Hamurabi, rei da Babilônia, o qual mencionava a possibilidade que tinha o banqueiro de desvendar seus arquivos em caso de conflito com o cliente. *A contrario sensu*, interpreta-se que, fora daí, o banco estava adstrito à obrigação do segredo.” ABRAO, Nelson. Ob. cit. p. 66.

²⁹⁹ Outros normativos disciplinaram o sigilo financeiro antes da Lei Complementar 105. Com o advento do Código Comercial de 1850, a doutrina enxergava o sigilo financeiro como modalidade de sigilo comercial. Posteriormente, a Lei 4595/64 regulamentou, em seu artigo 38, o sigilo das operações financeiras como regra geral a ser observada. Referido artigo foi revogado expressamente pela Lei Complementar 105.

³⁰⁰ COVELLO, Sergio Carlos. Ob. cit, p. 86.

atividade. O fundamento jurídico do sigilo das operações financeiras independe de qualquer vínculo contratual entre os envolvidos e é baseado no respeito à intimidade e no dever profissional de discrição³⁰¹.

A obrigação de sigilo não é absoluta, especialmente quando há outros interesses jurídicos envolvidos. A Lei Complementar 105/01 trouxe algumas hipóteses de quebra de referida obrigação, excluindo da violação do dever de sigilo, por exemplo, a troca de informações entre instituições financeiras para fins cadastrais (art. 1º, § 3º, inc. I), o fornecimento, a entidades de proteção ao crédito, dos cadastros de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes. (art. 1º, § 3º, inc. II), a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados (art. 1º, § 3º, inc. V) e o fornecimento de informações para fins de instrução processual penal (art. 1º, § 4º, e art. 3º).

A questão do sigilo bancário ganha especial importância quando falamos de contratação eletrônica. Com efeito, o uso da internet como meio de celebração de negócios jurídicos bancários pode colocar tanto banco quanto clientes em posição de fragilidade na medida em que as informações que trafegam pela rede podem não ser cem por cento seguras, sendo infelizmente suscetíveis de interceptação por terceiros de má-fé que se apoderam dos dados bancários dos clientes.

A violação do sigilo bancário fora das hipóteses permitidas em lei constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão de um a quatro anos, e multa³⁰², além de, sujeitar a parte infratora ao dever de indenizar a parte prejudicada pelos danos causados³⁰³.

Para evitar a violação do sigilo bancário de seus clientes, demonstrando a estes que a contratação eletrônica é segura, os bancos investem maciçamente recursos milionários com o intuito de proteger seus sistemas de comunicação com o cliente e transmissão de dados contra violações indevidas.

³⁰¹ BELOQUE, Juliana Garcia. Sigilo Bancário – análise crítica da LC 105/01. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p 67.

³⁰² Lei Complementar 105/01, art. 10.

³⁰³ Código Civil, art. 927.

A segurança na contratação eletrônica é um aspecto que não deve ser descuidado pelos bancos, sob pena de violação dos dados dos clientes e quebra de confiança no setor bancário. Há, ainda, muita desconfiança por parte dos clientes bancários em relação à segurança envolvida na utilização do banco pela internet. Estas dificuldades somente serão minimizadas ou superadas com a contínua aplicação e divulgação de novas tecnologias que proporcionem maior segurança quanto ao sigilo das operações e à segurança do pagamento pelo bem ou serviço adquiridos.

5.4.2 Responsabilidades e o Código de Defesa do Consumidor³⁰⁴

Não obstante todo o investimento feito pelos bancos para a manutenção da segurança na contratação bancário eletrônica, problemas podem acontecer. E ocorrendo problemas, pergunta-se: de quem é a responsabilidade por eventuais prejuízos causados aos clientes por erros no processo de contratação?

A revolução tecnológica no mundo bancário trouxe com ela questões como o aumento da ocorrência de fraudes, acessos indevidos e operações irregulares³⁰⁵.

O principal problema das operações bancárias efetuadas por meio da internet consiste em operações que acarretam débitos ou ônus aos clientes sem que estes, supostamente, tenham efetuado tais operações. Especificamente com relação ao empréstimo bancário, o cliente pode alegar, exemplificativamente, que o dinheiro resultante do contrato de empréstimo bancário eletrônico não foi creditado em sua conta-corrente, não obstante os extratos bancários evidenciarem tal feito. Ou, ainda, que foi celebrado contrato de empréstimo bancário sem que tenha havido qualquer manifestação ou contribuição volitiva do cliente para tanto.

A teoria geral da responsabilidade civil³⁰⁶ dispõe que aquele que, por ato ilícito³⁰⁷, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (responsabilidade subjetiva), sendo que a

³⁰⁴ Cabe ressaltar que não obstante o tema consumidor não ser o foco deste trabalho, entendemos ser importante citá-lo brevemente, para melhor compreensão deste tópico.

³⁰⁵ PEREIRA FILHO, Valdir Carlos. Responsabilidade civil dos bancos em operações financeiras realizadas pela internet. In Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. 42, outubro de 2008, p. 163.

³⁰⁶ Vide Gomes, Orlando. Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2011, sobre a evolução da teoria da responsabilidade civil.

obrigação de reparação será independentemente de culpa (responsabilidade objetiva) nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem³⁰⁸.

Nelson Abrão assim se manifesta sobre a questão da responsabilidade dos bancos por erros na contratação:

“Cuidando-se de banco virtual ou à distância, no qual a manipulação dos dados é quase de exclusiva responsabilidade dos usuários, que possuem código de acesso e senhas que ocupam espaço nas transmissões pelos meios de comunicação eleitos, poder-se-ia cogitar, em princípio, sobre a responsabilidade da instituição financeira estar diluída ou ser transferida para aquele que se utilizou do sistema, mas, por algum motivo, não logrou êxito e viu frustrada a sua operação, que não foi devidamente concretizada.”³⁰⁹

O raciocínio acima comporta melhor análise. Primeiramente, é preciso avaliar se a alegada operação irregular realmente ocorreu por falha dos sistemas do banco ou por falha do cliente, normalmente por descuido com sua senha ou ato intencional de informar sua senha a terceiro.

Verificado o defeito ou falha no sistema do banco, é inafastável que o banco deve responder e ressarcir o cliente na eventualidade de danos causados a este, pela teoria da responsabilidade civil. Nas palavras do autor citado, “todas as vezes que o sistema não funciona ou não atende à finalidade para a qual o programa fora desenvolvido, ineliminável a responsabilidade da instituição financeira...”³¹⁰. Caio Mario da Silva Pereira³¹¹ menciona que “pacífico é o direito e unânime a doutrina ao enunciar, em termos

³⁰⁷ Código Civil, arts. 186 e 187. “Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. “Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

³⁰⁸ Código Civil, art. 927 caput e parágrafo único.

³⁰⁹ ABRAO, Nelson. Ob. cit. p. 440.

³¹⁰ Idem, ibidem. p. 442

³¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 13.

gerais, o princípio da responsabilidade, proclamando sem contradita e sem reboços, que a vítima de uma ofensa a seus direitos e interesses receberá reparação por parte do ofensor”.

Ademais, caber mencionar que o Código de Defesa do Consumidor inclui as atividades de natureza bancária na definição de serviços contida em seu artigo 3º³¹², o que nos leva a inferir que o cliente bancário é entendido como consumidor, fazendo jus, portanto, a diversos direitos a ele conferidos pela legislação consumerista³¹³.

Com efeito, ao cliente, como consumidor na acepção jurídica do termo, é dado o benefício da inversão do ônus da prova, cabendo ao banco provar que o erro não foi de seu sistema. Na prática, muitas vezes o que ocorre é que os bancos arcam com os prejuízos alegados pelos seus clientes para evitar danos à sua imagem, bem como questionamentos e descrédito sobre a segurança de seus sistemas.

Frise-se, ainda, que o banco, na qualidade de fornecedor, responderá objetivamente³¹⁴, ou seja, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos clientes por defeitos relativos à prestação dos serviços. Basta, então, a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

Se a operação tida por irregular estiver relacionada à má-fé do cliente, que efetivamente fez a operação e alega que não a fez, ou ao fato de um terceiro ter efetuado referida operação devido à falha do cliente que propiciou que este tivesse acesso à sua senha e demais dados bancários, e, assim, efetuasse a operação como se fosse o próprio cliente, neste caso o banco não será responsável, mas deverá provar a má-fé do cliente ou

³¹² Dado que o foco deste trabalho não é de natureza consumerista, não vamos adentrar na discussão encontrada na doutrina e jurisprudência sobre o fato de que as atividades bancárias típicas fogem à natureza das relações consumeristas, deixando sob a égide do Código de Defesa do Consumidor apenas os serviços estritamente bancários, como o de custódia de títulos. Para fins do nosso trabalho, entendemos que, na esteira da corrente dominante, o CDC aplica-se a quaisquer relações entre cliente e banco. Ainda, sobre a relação entre os contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor, vide SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Analisando a Relação entre os Contratos Bancários e o Código de Defesa do Consumidor. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, setembro-dezembro 1999, p. 327 a 329.

³¹³ Entre eles, o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, inc. III), contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 6º, inc. IV) e o direito à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em caso de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, inc. V). Este último talvez seja o que mais tem relevância sob a ótica bancária, na medida em que enxergamos uma infinidade de ações em juízo pleiteando alterações de condições dos contratos bancários em razão de fatos supervenientes que tornaram as prestações excessivamente onerosas.

³¹⁴ CDC, art. 14.

falta de cautela deste na guarda da senha³¹⁵, que deve ser mantida em sigilo, é de uso pessoal e intransferível.

Acerca do dever do cliente de guardar e zelar pro sua senha, é importante mencionar decisão do Superior tribunal de Justiça (STJ) no REsp 602.680, que reconheceu expressamente que o banco está isento de responsabilidade ao entregar numerário quando solicitado por meio de cartão eletrônico e inserção de senha pessoal do correntista, uma vez que compete a este último sua guarda. O entendimento expressado é correto e contribui para a segurança jurídica uma vez que, se fosse decidido de forma diversa, qualquer correntista poderia efetuar transferências de valores e, posteriormente, solicitar reembolso alegando que houve irregularidade ou fraude³¹⁶.

³¹⁵ Referida falta de cautela poderia caracterizar culpa exclusiva do cliente. O artigo 14, § 3º, II, do CDC estabelece que o fornecedor somente não será responsabilizado se provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

³¹⁶ PEREIRA FILHO, Ob. cit, p. 163.

6. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES

Conforme nos propusemos desde o início deste trabalho, restou-nos comprovada a validade jurídica do contrato celebrado por meio eletrônico. Para a consecução de tal objetivo, analisamos diversos aspectos dos contratos em geral e dos contratos eletrônicos e do ambiente no qual estes estão inseridos, trazendo, inclusive, como exemplo, o contrato eletrônico de empréstimo bancário. Fazemos abaixo a síntese dos principais aspectos analisados e conclusões alcançadas no decorrer do estudo.

1. Entendida como meio de comunicação que congrega em seu bojo diversas outras redes de computadores, a internet é, indubitavelmente, instrumento de trabalho indispensável para pessoas nos mais diferentes ramos de atuação. Como consequência de sua expansão, a circulação de informações tornou-se mais célere e intensa.
2. A internet não é um espaço etéreo no qual relações jurídicas podem ser travadas, mas apenas um novo meio de comunicação para a operacionalização de tais relações, a exemplo do telefone quando de sua invenção.
3. Algumas características encontradas na internet são o seu caráter aberto, a internacionalidade, interatividade, possibilidade de comunicação em tempo real e capacidade de diminuição dos custos de transação. Tais características causam grande impacto em conceitos relevantes para o Direito, tais como território, tempo, estabelecimento, documento e assinatura, que sofrem adaptações quando transpostos para o universo virtual.
4. Especificamente com relação ao documento eletrônico, sua principal característica é representar um fato por meio de um suporte eletrônico e não um suporte físico. O documento eletrônico, por si só, não é incompatível com o ordenamento jurídico vigente, o qual não restringe a prova documental àquela suportada pelo papel ou outros suportes tangíveis. Tanto o Projeto de Lei 4906 quanto a Lei Modelo da Uncitral estabelecem a validade dos documentos eletrônicos.

5. Tradicionalmente, a existência de assinatura em um documento tende a conferir à contraparte e a terceiros em geral a certeza e confiança acerca do autor da mensagem, aspectos essenciais para garantir a segurança na formação dos contratos. Como forma de tentar resolver o problema da identificação no meio virtual foram criadas as assinaturas eletrônicas, entre as quais se destaca a assinatura digital. A assinatura digital, assim como o processo de criptografia a ela atrelado, foi regulamentada pela Medida Provisória 2.200-2, que visou garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica.

6. A questão do valor probante do documento eletrônico sem criptografia é bastante controversa. É nosso entendimento que os documentos eletrônicos, independentemente de assinatura digital, também serão aptos a produzir prova em Juízo se, juntados aos autos, não tiverem sua autenticidade ou veracidade de conteúdo impugnadas pela parte contra quem fazem prova. Ademais, a Medida Provisória 2.200-2 admite expressamente a validade de outros meios de certificação de autoria, desde que aceito pelas partes, flexibilizando a utilização dos métodos de comprovação da autoria de maneira a não tornar obrigatório o emprego de certificados digitais no Brasil.

7. Passando para a análise do contrato propriamente dito, verificamos que os princípios ideológicos relacionados a contrato e que foram fomentados no século XIX podem ser traduzidos em uma ideia principal: a da liberdade de contratar, que em sua tríplice expressão, a liberdade de contratar significa a liberdade de celebrar contrato, liberdade de escolher o outro contratante e liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

8. A definição de contrato construída com base no pensamento supramencionado, que intitulamos de definição clássica, tem como base a existência de acordo de vontades, manifestada pela expressão de um ato bilateral, por meio do qual as partes submetem-se a uma série de regulamentações por estas especificadas que comportam sacrifícios e benesses recíprocos, criando-se, modificando-se e extinguindo-se direitos.

9. Visitamos, então, a teoria alemã do negócio jurídico, calcada na vontade das partes, para chegar à atual crise da liberdade de contratar, sumarizada no fato de que a autonomia privada plena dos contratantes e o consenso, ainda basilares à formação do contrato, passaram a ser mitigados pela atuação do Estado e dos magistrados. Juntamente

com a autonomia da vontade, outros princípios passaram a ser levados em consideração quando se fala de contrato, tais como os princípios da boa-fé e função social do contrato.

10. Neste contexto temos os contratos que, seja por imposição legal ou fática, devem ser obrigatoriamente celebrados pelas partes, a exemplo do contrato de fornecimento de energia elétrica e o contrato bancário celebrado pelo aposentado para que possa receber os proventos oriundos de sua aposentadoria. Surgem também os contratos de adesão por meio dos quais de um lado uma parte formula as cláusulas da relação contratual que pretende estabelecer uniformemente com diversas pessoas, e de outro lado a outra parte contratante adere às cláusulas formuladas, sem possibilidade de discussão ou alteração de seu conteúdo.

11. Os princípios basilares que norteiam o direito dos contratos foram estudados, quais sejam, autonomia da vontade, consensualismo, força obrigatória, boa-fé, equilíbrio econômico e função social do contrato.

12. Do estudo dos conceitos tradicionais acima passamos para o contrato eletrônico, cujo surgimento está calcado na evolução da sociedade e da tecnologia, quando as relações de produção e consumo passam a fundamentar-se na oferta e circulação de bens através da internet.

13. Conceituamos contrato eletrônico como aquele nos quais se utiliza um meio considerado eletrônico para sua celebração, cumprimento ou execução. Tal conceituação foi por nós chamada de *latu sensu*, que se opõe àquela que denominamos de *strictu sensu*, que dispõe que contrato eletrônico é aquele pelo qual a manifestação de vontade das partes ocorre mediante utilização de um meio eletrônico.

14. Concluímos que os contratos eletrônicos devem ser considerados no âmbito da Teoria Geral dos Contratos, uma vez que não implicam um novo tipo de contrato, diferenciando-se apenas pela utilização de um novo meio para sua formação, fundamentado nas novas tecnologias existentes. Assim, para a constatação da validade jurídica dos contratos eletrônicos, aplicam-se a estes os mesmos pressupostos e requisitos aplicados aos contratos em geral, quais sejam, objeto lícito e idôneo, capacidade e

legitimação das partes contratantes, forma prescrita ou não defesa em lei e consentimento das partes.

15. Com relação aos requisitos, maior atenção deve ser dada à forma do contrato. Nosso ordenamento jurídico estabelece como regra a liberdade da forma, estabelecendo também forma específica de cuja observação depende a validade de determinados atos, os quais podem ser incompatíveis com a figura do contrato eletrônico.

16. A manifestação da vontade das partes contratantes, que deve ser livre de qualquer vício, pode ser operada por diversas formas, sendo possível ocorrer, inclusive, por meios eletrônicos, exceto se outra forma for expressamente requerida por lei. É inegável que na contratação eletrônica pode ser muito difícil constatar a presença do consentimento de alguém que opere um computador, verificar a ocorrência de uma intenção real de obrigarse ou provar a existência de um vício na declaração de vontade. Todavia, é nosso entendimento que ainda que tais dificuldades se mostrem presentes, elas não devem servir de base para que se sustente eventual invalidade dos contratos cujo consentimento é manifesto eletronicamente.

17. Os contratos eletrônicos podem ser classificados entre intersistêmicos, interpessoais e interativos. Os intersistêmicos são aqueles formados mediante utilização do computador como ponto convergente de vontades preexistentes. Os interpessoais são aqueles nos quais o computador é utilizado como meio de comunicação entre as partes, interagindo de forma significativa na formação da vontade das partes. Estes são divididos em simultâneos quando as partes estão, ao mesmo tempo, conectadas à rede de computador permitindo comunicação praticamente instantânea (contrato por videoconferência, por exemplo), e não simultâneos quando se verifica maior lapso de tempo entre a manifestação das declarações de vontade (contrato por email, por exemplo). Já no contrato interativo, uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem que esta esteja, ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contato foi efetuado.

18. Com relação ao momento de formação dos contratos, deparamo-nos com a difícil aplicação da classificação de contratos entre presentes e ausentes aos contratos eletrônicos. Concluimos que nos contratos formados com base na utilização das salas de bate-papo ou

chat, ou, ainda, aqueles formados por meio dos leilões virtuais, tem-se uma relação entre presentes, haja vista a imediatidade das declarações que consubstanciam a oferta e a aceitação. Por outro lado, as relações formalizadas por meio de e-mails, as quais podem não apresentar a simultaneidade exigida para caracterização da relação entre presentes, implicando o distanciamento temporal das manifestações de vontade, caracterizariam uma relação entre ausentes. De toda forma, ante as dificuldades apresentadas, a determinação da ausência ou presença dos contratantes em contratos eletrônicos deve ser feita caso a caso, em função dos elementos do negócio concreto, e não de forma a priori.

19. Analisamos, ainda, os aspectos relacionados ao local de formação do contrato eletrônico e às espécies de contrato eletrônico, quais sejam, contratos celebrados por email e celebrados por “clique” em páginas na internet, finalizando este tópico com o estudo relacionado à legislação brasileira aplicável à matéria. Concluímos que o nosso ordenamento jurídico não contém norma específica sobre os contratos eletrônicos, restando aos operadores do direito socorrer-se das normas atinentes à Teoria Geral dos Contratos para solução das controvérsias oriundas desta nova forma de se contratar.

20. Por fim, trouxemos como exemplo de contrato eletrônico o contrato de empréstimo bancário, trazendo a definição de contrato bancário, as características dos contratos de empréstimo bancário e as especificidades que envolvem este tipo de contratação. Em especial, analisamos as questões decorrentes da obrigação de sigilo que devem ser observadas pelos bancos quando da contratação eletrônica com seus clientes, bem como os aspectos envolvendo a responsabilidade dos bancos por eventuais erros ocorridos em referidas contratações.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. Direito Bancário.. São Paulo: Saraiva, 2009, 14ª Edição, Revista e Atualizada pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão.

AGUIAR, Ruy Rosado. Notícia disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=368&tmp.texto=67059. Acesso em 23 de outubro de 2011.

ALPA, Guido. Premessa In TOSI, Emilio (Org), I Problemi Giuridici di Internet. Milão: Giuffrè Editore, 2003.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Do Contrato. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Contratação Eletrônica. In Revista trimestral de direito civil. v 12. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fabio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Editora Malheiros. Vol. 104, outubro-dezembro de 1996.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Prefácio ao livro de Marcelo Guerra Martins, Lesão Contratual no Direito Brasileiro, Editora Renovar, 2001.

_____. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Negócio Jurídico e Declaração Negocial (Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial). São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para

inadimplemento contratual. In Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 87, nº 750, abril de 1998.

BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos Eletrônicos – Contratos Formados por meio da Rede de Computadores, Peculiaridades Jurídicas da Formação do Vínculo. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. São Paulo Max Limonad, 1969.

BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: negociação, conclusão e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BELOQUE, Juliana Garcia. Sigilo Bancário – análise crítica da LC 105/01. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. Tomos I e II.

BIANCA, Massimo. Diritto Civile III – Il Contratto. Milano:Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. Studi sulla sottoscrizione, in Riv diritto Commerciale, 1929.

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

CASTRO, Torquato. Da Causa no Contrato. Recife: Jornal do Comércio, 1947.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves Considerações sobre a Teoria dos Contratos Incompletos. Article published at University of Califórnia, Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em www.cateb.com.br, acesso em 21 de outubro de 2011.

_____. A falácia dos títulos de crédito eletrônicos in Revista Âmbito Jurídico. Disponível em www.cateb.com.br. Acesso em 21 de outubro de 2011.

COVELLO, Sergio Carlos. Contratos Bancários. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

FINOCCHIARO, Giusella. I Contratti ad oggetto informatico. Padova: CEDAM, 1993.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos – Direito Civil e Empresarial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os Contratos Empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. In. Revista de Direito Mercantil, Ano XLVIII, n. 151/152, janeiro/dezembro de 2009.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. Contratos via Internet. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. O Conceito de Documento Eletrônico, Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de julho de 2000, n.º 14/2000.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRECO, Marco Aurélio. Internet e Direito. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Estabelecimento Tributário e Sites na Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2000.

IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano. v. 52, n.2, p. 347 et seq, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LOPES JÚNIOR, Osmar. O comércio eletrônico e o código de defesa do consumidor. *In* Revista IOB de direito civil e processual civil. n. 48. São Paulo: IOB, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Comércio Eletrônico. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Informática, Cyberlaw e E-commerce. *In* Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes. De Lucca, Newton; Simão Filho, Adalberto (Coordenadores). 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Contratos no novo Código Civil. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

LUCCA, Newton de. Títulos e Contratos Eletrônicos, Direito e Internet. São Paulo: Edipro, 1999.

_____. Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica. *In* Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes. De Lucca, Newton; Simão Filho, Adalberto (Coordenadores). 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENKE, Fabiano. Assinatura eletrônica no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MESSINEO, Francesco. Il Contratto in Genere. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, T. I.

_____. Dottrina Generale del Contratto. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 5.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 3.

_____. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA FILHO, Valdir Carlos. Responsabilidade civil dos bancos em operações financeiras realizadas pela internet. In Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. 42, outubro de 2008.

PICOLLI, Paolo; BECHINI, Ugo. Documento Informático, Firme Elettroniche e Firma Digitale. In TOSI, Emilio, I Problemi Giuridici di Internet, Milão: Giuffrè Editore, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, Rio de Janeiro, 1962.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

QUEIROZ, Regis Magalhães de. Assinatura Digital e o Tabelaio Virtual. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). Direito & Internet. Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2000.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público, São Paulo: Saraiva, 1993.

RIBEIRO, Luciana Antonini. Contratos Eletrônicos. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 1, Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1997.

ROPPO, Vincenzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – Contratos de Adesão. In: Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, São Paulo, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, agosto de 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Disponível em www.jahr.org. Acesso em 20 de setembro de 2011.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Il Contratto. In: SACCO, Rodolfo (org.) Trattato di Diritto Civile. T. I. Turim: UTET Jurídica, 2005.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. O Contrato Futuro. São Paulo: Cultura Editores Associados, 2000.

_____. Analisando a Relação entre os Contratos Bancários e o Código de Defesa do Consumidor. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, setembro-dezembro 1999.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – Contratos de Adesão. In: Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, São Paulo, Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, agosto de 1999.

SARRA, Andrea Viviana. Comercio Electronico y Derecho – Aspectos jurídicos de los negocios em internet. Buenos Aires: Ástrea, 2001.

STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais do Comércio. São Paulo: LTR, 2003.

STUBER, Walter Douglas; MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; NOBRE, Leonel Pimentel. Questões jurídicas relacionadas à internet. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: Malheiros, n.120, out/dez 2000.

TEIXEIRA, Tarcisio. Direito Eletrônico. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Coordenação Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, Vol. III, Tomo II.

TOSI, Emilio (Org.). I problemi giuridici di internet. Milão: Giuffrè Editore, 1999.

_____. Il Contrato Virtuale – Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità. Milão: Giuffrè Editore, 2005.

TUCCI, Rogério Cruz e. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coordenadores). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos – O Código Civil de 2002 e a Crise dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Curso de Direito Comercial 1 – Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis, Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Curso de Direito Comercial. Vol 4. Tomo I – Fundamentos da Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.