

DA VALIDADE JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Alan Rodrigo do Nascimento Silva¹

Kaleb Campos Freire²

RESUMO

O artigo científico em comento tem como objetivo analisar a formação e validade jurídica dos contratos eletrônicos e a aplicabilidade da legislação brasileira na solução de lides, utilizando em sua elaboração o método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas. Apesar da ausência normativa, nas relações de consumo eletrônicas são aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimentos jurisprudenciais, sendo instrumentalizados através de documentos eletrônicos, o que nos leva a concluir que, não obstante a inexistência de normas específicas sobre o tema, há de ser confirmada a sua validade jurídica e eficácia probatória.

Palavras-chaves: Contratos. Contratos Eletrônicos. Internet. Legislação Brasileira

LEGAL VALIDITY OF ELECTRONIC CONTRACTS AND LAW

ABSTRACT

This scientific paper in comment aims to analyze the formation and legal validity of electronic contracts and the applicability of the Brazilian legislation in resolving disputes, in their preparation using the deductive method, through literature searches. Moreover, despite the absence normative, in the relations consumer electronic are applied the Code of Consumer Protection, as jurisprudential understandings, being manipulated through electronic means, which leads us to conclude that, even without the presence of specific rules on the theme, will be confirmed your legal validity and effectiveness evidence.

Keywords: Contracts. Electronic Contracts. Internet. Brazilian Legislation.

¹ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN

Email: alan_rodrigo_@hotmail.com

² Orientador. Professor Especialista em Direito Civil – Negócio Jurídico/Contratos em Espécie e Imobiliário.

Email: kalebfreire@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Em um passado bastante recente, havia um diminuto número de pessoas que possuíam acesso à Rede Mundial de Computadores, número este refletido principalmente em virtude dos altos preços dos computadores, acrescentado a baixa oferta de provedores que propiciassem a comunicação com o mundo virtual.

Acontece que, com o passar dos anos esta realidade foi mudando. Com a queda do dólar ocorreu uma diminuição no preço dos computadores, o que gerou sua popularização na sociedade, aliado ao aumento da condição financeira da população brasileira e as facilidades de acesso à Internet.

Juntamente com a popularização da Internet, veio a expansão do comércio celebrado virtualmente, o qual foi chamado pelos estudiosos de comércio eletrônico, uma tendência que veio para ficar e que possui como instrumento para sua concretização o contrato eletrônico.

Em virtude de suas facilidades, o contrato eletrônico vai se expandindo em grande velocidade, alavancado ultimamente pelos sites de compra coletiva, que permitem aos internautas adquirir bens ou serviços por preços bem inferiores aos de mercado e com a comodidade de não precisar sair da frente do computador ou outro objeto eletrônico com acesso a WEB.

Por ser um tema considerado atual e em ascensão no mundo jurídico, não existe ainda legislação específica, o que vem acarretando dúvidas para os juristas e doutrinadores sobre a formação e a validade jurídica desses contratos celebrados por meio da Rede Mundial de Computadores.

Em virtude da ausência de normatização sobre o assunto, em casos de conflitos de interesses surge a problemática sobre qual lei será aplicada no caso concreto, bem como se a jurisdição brasileira é a competente para julgar lides entre nacionais e empresas estrangeiras, tendo em vista a inexistência de barreiras físicas nas contratações eletrônicas, já que a Internet permite a celebração de um contrato com um sujeito em qualquer parte do mundo.

Pelo fato da doutrina ainda não ter se manifestado em grandes proporções, gerando uma baixa quantidade de informações sobre o instituto, surgiu o interesse em discorrer sobre o tema, trazendo soluções para os conflitos que porventura venham a ocorrer, demonstrando a validade jurídica desta forma de contratação, como também qual legislação deverá ser aplicada em casos de lide entre os contraentes.

Portanto, o Direito necessita estar atualizado às novas tendências que vão surgindo com os avanços tecnológicos, entre eles os contratos eletrônicos, se adequando a essa nova realidade a cada dia mais comum em nossa sociedade.

2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

2.1 CONCEITO DE CONTRATO

Antes de tecermos quaisquer considerações acerca do tema, é necessário vislumbrar o conceito de contrato, proveniente do latim “contractu”, que significa “trato com”. Sua definição clássica e sucinta é trazida por Beviláqua citado por Gonçalves (2009, p.02), onde contrato é o “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.

Arnold Wald (2009, p.208), na mesma seara, afirma que “o contrato é um negócio jurídico bilateral, pois depende de no mínimo duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial)”.

A elaboração do contrato produz norma jurídica individual, ou seja, faz lei entre as partes, na medida em que estabelece direitos e obrigações apenas entre as partes envolvidas, apesar da possibilidade de contratos em favor de terceiros, o qual gera direitos e obrigações em favor de uma terceira pessoa que não fez parte da criação do negócio jurídico, no entanto, o conteúdo do mesmo deverá ser sempre objeto de acordo entre os contratantes.

Trazendo um conceito mais completo, Maria Helena Diniz (2008, p.14) conceitua contrato como sendo “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

Como se observa dos conceitos supracitados, o contrato é considerado uma espécie de negócio jurídico, podendo ser tanto bilateral como plurilateral, sendo essencial para a sua formação o acordo de vontades entre as partes, desde que estas atuem em conformidade com a ordem jurídica, tendo como efeito dessa convenção a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações de caráter patrimonial.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O estudo de um determinado instituto jurídico não pode ser feito sem uma análise de sua evolução histórica, principalmente pelo fato do contrato ser um dos mais antigos institutos existentes na sociedade.

No Direito Romano, inicialmente, os contratos sofriam forte influência religiosa, aonde as formas deviam ser obedecidas, em outras palavras, a forma era o seu elemento essencial, mesmo que não expressasse a vontade das partes. Para os romanos, convenção era o gênero, do qual o contrato e o pacto eram espécies, entretanto, no atual direito contratual brasileiro, convenção e contrato são expressões utilizadas como sinônimas.

O Código Napoleão foi a primeira grande codificação moderna. O contrato era considerado um meio hábil para a aquisição da propriedade, ou seja, era um mero instrumento para obter a propriedade, garantindo à burguesia a possibilidade de adquirir bens das classes proprietárias.

Já o Código Civil Alemão, o qual foi elaborado há bastante tempo após o Código Napoleão, traz o contrato como sendo espécie de negócio jurídico, deixando para trás o mero instrumento para obter a propriedade, abarcando-o agora em uma categoria mais ampla. Neste novo panorama, o contrato por si só não a transfere.

O nosso atual Código Civil baseia-se no sistema germânico, estando o contrato caracterizado como uma espécie de negócio jurídico, estando o instituto presente não apenas no direito das obrigações, mas também no direito das coisas, direito de empresa e até no direito público, neste último com características diferentes das predominantes no direito privado.

2.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A doutrina não é unânime em definir quais são os princípios fundamentais do direito contratual, com alguns autores elencando quatro princípios (Sílvia de Salvo Venosa e Arnold Wald) e outros elencando cinco (Maria Helena Diniz) ou sete princípios (Carlos Alberto Gonçalves), motivo pelo qual nos leva a adotar a posição da doutrinadora Maria Helena

Diniz, que nos afigura ser a mais precisa, trazendo como princípios fundamentais o da autonomia da vontade, do consensualismo, da obrigatoriedade da convenção, da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual e da boa-fé objetiva.

O princípio da autonomia da vontade é conceituado por Sílvia Rodrigues (2006, p.15) como:

consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, pela manifestação de sua vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empreste validade.

Como se observa, o princípio acima citado consiste na liberdade de criação do contrato, desde que estipulado livremente pelas partes interessadas, o qual se subdivide na liberdade de contratar, na liberdade de escolher outro contraente e na liberdade de fixar o conteúdo do contrato, escolhendo uma das modalidades contratuais existentes ou criando um novo tipo contratual (contratos atípicos), desde que não fira o ordenamento jurídico.

Ocorre que, essa liberdade contratual não é absoluta, estando limitada tanto pela ordem pública, como pelos bons costumes, ou seja, a vontade das partes está subordinada a função social do contrato, nos termos do art. 421 do Código Civil³ (BRASIL, 2002).

De acordo com o princípio do consensualismo, o simples acordo de vontades entre duas ou mais pessoas é suficiente para criar um contrato válido, não se exigindo, em regra, formalidades para a sua elaboração.

Entretanto, alguns contratos, em virtude da seriedade de seus efeitos e como forma de trazer segurança jurídica para as partes e terceiros envolvidos, devem obedecer a certas formalidades, trazidas pela lei, como nos casos de elaboração de instrumento escrito para a venda de automóveis. Contudo, o formalismo é a exceção, sendo o consensualismo a regra geral.

Pelo princípio da obrigatoriedade da convenção, tem-se que o acordo feito entre as partes deve ser fielmente cumprido, consagrado pelo brocardo “pacta sunt servanda” (os pactos devem ser cumpridos), sob pena de o inadimplente ser acionado judicialmente para cumprir com o que se pactuou.

Maria Helena Diniz (2008, p.30) esclarece que:

³ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo a vontade que a constituiu.

O princípio da obrigatoriedade das convenções também não é absoluto, sendo possível o descumprimento contratual em virtude de caso fortuito ou força maior, bem como em certas condições imprevisíveis e extraordinárias que tornem o contrato excessivamente oneroso, por meio da teoria da imprevisão, consagrada no brocardo “*rebus sic stantibus*”, restaurando o equilíbrio financeiro entre as partes.

Pelo princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual, os contratos, por serem um acordo de vontades entre as partes, só irão produzir efeitos entre elas, não atingindo terceiro estranho a relação contratual, tendo em vista que faz lei somente entre as pessoas envolvidas nas negociações.

Por último, o princípio da boa-fé aduz que deve haver comportamento leal e honesto por parte dos contraentes não apenas durante as tratativas negociais, mas principalmente durante a conclusão do contrato e no seu cumprimento, nos termos do art. 422 do Código Civil⁴ (BRASIL, 2002).

Gonçalves (2009, p.35) assevera que “[boa-fé objetiva] se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas”.

3 INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO

É bastante comum, para os leigos no assunto, tratar a WWW (*World Wide Web*) como sinônimo da Internet propriamente dita. A *World Wide Web* é considerada um serviço na internet, a qual permite que as pessoas visualizem páginas da internet em forma de hipermídia – páginas que podem conter texto, som, imagem, entre outros.

⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A Internet, que significa “entre redes”, é conceituada por Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2009, p.14) como:

um sistema transnacional de comunicação, operacionalizado por um conjunto de computadores interligados, permitindo a consulta, recepção e transmissão de dados (textos, sons e imagens), entre pessoas físicas e jurídicas e entre máquinas (sistemas auto-aplicativos), de um ponto a outro do planeta.

Trazendo um conceito técnico, direcionado aos profissionais da informática, a Norma 004/95 do Ministério das Comunicações conceitua Internet o “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o "software" e os dados contidos nestes computadores⁵”.

No Brasil, a Internet vem se expandindo a cada dia, devido ao aumento no número de residências que possuem computador com acesso à WEB. O número total de usuários atingiu a marca de 43,2 milhões, em pesquisa feita em março de 2011 pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope), um aumento de 4,4% em relação ao registrado em fevereiro do corrente ano⁶.

Existem diversas formas de se conectar a Internet. Uma das formas é a conexão Dial-Up, muito utilizada a alguns anos atrás, quando não havia essa grande oferta de internet banda larga.

A conexão Dial-Up é realizada por meio de uma linha telefônica, utilizando um modem que já vem integrado na maioria dos computadores. A grande desvantagem desta forma de conexão, além da velocidade – no máximo de 56 kbps, onde hoje já temos velocidades de 20 mbps -, é o consumo dos pulsos telefônicos, que variam com o tempo de utilização da web, o que pode acarretar surpresas na conta telefônica no fim do mês.

Uma outra forma de conexão é a ADSL, a qual faz parte da famosa “Internet banda larga”, sendo um meio de acesso mais recente do que a conexão Dial-Up. A conexão ADSL é fornecida por empresas de telefonia fixa (como a Velox, proveniente da Oi), utilizando também a linha telefônica, mas em uma frequência diferente da linha telefônica em si, por

⁵ <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalRedireciona.do?caminhoRel=Cidadao-Biblioteca-Acervo%20Documental&codigoDocumento=10283>> (Acesso: 22 out. 2011)

⁶ <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/05/04/usuarios-de-internet-no-brasil-crescem-13-9-em-um-ano-e-chegam-a-43-2-milhoes>> (Acesso: 22 out. 2011)

meio de um modem externo. As grandes vantagens são as altas velocidades e o valor fixo mensal.

A Internet a Cabo, muito utilizada pela população, é similar a conexão ADSL, sendo as diferenças apenas com relação ao modem, que neste é um “Cable Modem”, e no tocante aos meios de transmissão, que é feito por meio do cabo que recebe o sinal da TV, ao passo que na ADSL é por meio do cabo de linha telefônica.

A grande novidade dos dias atuais é a conexão a internet através dos “celulares” (celulares entre aspas, pois com a chegada dos *smartphones*, os celulares passaram a serem verdadeiros computadores móveis). Com isto, é possível acessar e-mails, navegar na web, fazer compras on-line, tudo através do celular, usando tanto a tecnologia *Edge*, como a tecnologia 3G (mais avançada).

Além disso, para acessar a Internet é necessário que o usuário possua um *software* (programa) de acesso à rede, os chamados *browsers*, tais como Internet Explorer, Mozilla Firefox e Google Chrome, que irão permitir ao internauta visualizar páginas HTML disponíveis na web.

Com a expansão da Internet, as relações comerciais passaram por uma transformação e foram se adequando a essa nova realidade, o que gerou o surgimento do *e-commerce* ou comércio eletrônico.

Flávio Alves Martins e Humberto Paim de Macedo, citados por Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2009, p.32), conceituam comércio eletrônico como sendo “toda relação jurídica onerosa estabelecida para fornecimento de produto ou serviço, realizado por meio de uma rede de computadores”.

O comércio eletrônico facilita bastante a vida dos empresários, na medida em que não existem barreiras físicas e geográficas para a divulgação e venda de seus produtos ou serviços, bem como inexistente horário para funcionamento, tendo em vista que uma oferta veiculada na rede poderá ser acessada em qualquer horário pelos internautas, que poderão finalizar a compra mesmo estando a loja física fechada.

Para os clientes é que houve facilitação, já que podem pesquisar preços em lojas não apenas da sua cidade, mas do seu país ou até de outros países, e receberá o produto ou serviço em casa, sem precisar sair da frente do computador, na medida em que até o pagamento pode ser feito online. Esta comodidade e a possibilidade de comprar mais barato em lojas de outras localidades é o que tem atraído novos compradores todos os dias.

Ainda no tocante ao cliente, o comércio eletrônico é classificado de dois tipos: B2B (*business to business*) e B2C (*business to consumer*).

O B2B (*business to business*) refere-se às relações comerciais entre duas empresas, onde poderão adquirir desde a matéria prima até o produto final por meio do computador e em questões de minutos, reduzindo os custos da produção.

Já o B2C (*business to consumer*) refere-se às relações comerciais entre empresa e consumidor, ou seja, trata-se de verdadeira relação de consumo eletrônica, sendo a forma mais utilizada na prática.

Para Leal (2009, p.35), “a segunda modalidade de comércio eletrônico, o negócio-a-cliente (B2C), é operacionalizada na compra e na venda de mercadorias e de serviços, físicos ou não, por meio eletrônico, entre as lojas virtuais e o consumidor final”.

Por fim, tanto no B2B (*business to business*) como no B2C (*business to consumer*), o instrumento jurídico que regulará a vontade das partes será o contrato, na sua modalidade eletrônica, que passaremos a analisar a seguir.

4 CONTRATOS ELETRÔNICOS

4.1 CONCEITO

Por estarmos tratando de um tema bastante atual na seara jurídica, a produção doutrinária ainda é precária e com algumas discrepâncias entre os doutrinadores, sendo uma delas no tocante a nomenclatura, com estudiosos denominando contratos eletrônicos, contratos virtuais, contratos cibernéticos e até contratos digitais.

Adotaremos neste artigo a nomenclatura contratos eletrônicos, por se tratar da mais difundida doutrinariamente no Brasil e nos projetos de lei acerca do tema, bem como por ser esta a que prevalece no âmbito internacional.

O conceito de contratos eletrônicos é trazido por Leal (2009, p.79) como sendo “aquele em que o computador é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes”.

Não obstante, o conceito acima transcrito está restrito, tendo em vista não ser o computador único meio de manifestação e instrumentalização da vontade, ou seja, contratos eletrônicos não são apenas aqueles que têm o computador como meio de exteriorização do consentimento, e sim, o computador como um dos meios de expressar a vontade, que pode ser

manifestada também por outros instrumentos eletrônicos, como, por exemplo, os *tablets* ou celulares *smartphones*.

Trazendo um conceito mais amplo, o Desembargador Semy Glanz citado por Gonçalves (2009, p.62) discorre que “contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas. Dispensa assinatura ou exige assinatura codificada ou senha”.

O contrato eletrônico não pode ser considerado uma nova forma contratual, um contrato atípico. A par desta situação, pode-se defini-lo como negócio jurídico, podendo ser tanto bilateral como plurilateral, tendo como efeito a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações de caráter patrimonial, sendo fundamental para a sua formação a manifestação do acordo de vontades entre os contraentes, que, neste caso, será celebrada na forma eletrônica, por meio de instrumentos eletrônicos, dentre os quais o computador.

Por fim, não se deve confundir contratos eletrônicos com contratos informáticos. Esses se configuram por possuírem como objeto elementos do mundo virtual, tais como contratos de elaboração de sites, de elaboração e veiculação de propagandas na web, entre outros.

4.2 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

A análise dos diferentes tipos de contratos realizados pela forma eletrônica é essencial para uma melhor compreensão, bem como elucidação de algumas questões jurídicas pertinentes.

Adotaremos a classificação proposta por Mariza Delapieve Rossi e Pereira dos Santos, citada na obra de Sheila Leal, que utilizam como base, para a classificação, o nível de interação entre o homem e o instrumento eletrônico.

Com fulcro nesta interação, os contratos são classificados em: contratos eletrônicos intersistêmicos, interpessoais e interativos.

Barbagalo citada por Flávio Cardinelle Oliveira Garcia (2004) conceitua contratos eletrônicos intersistêmicos como:

os contratos formados utilizando-se o computador como ponto convergente de vontades preexistentes, ou seja, as partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que o

equipamento interligado em rede tenha interferência na formação dessas vontades.

Neste tipo de contrato, as comunicações realizadas entre os contraentes se dão através de redes fechadas entre os mesmos, tendo como plano de fundo os programas previamente desenvolvidos e configurados.

Os contratos eletrônicos intersistêmicos são utilizados frequentemente por empresas que possuem um grande fluxo de estoque. Para tanto, elas se utilizam do EDI (*Electronic Data Interchange*), que irá possibilitar a troca de informações entre os computadores, através de protocolos.

As empresas envolvidas precedentemente acertam as cláusulas que irão regular as negociações eletrônicas automáticas feitas por seus computadores por meio do EDI. Esta etapa prévia geralmente é desenvolvida da forma contratual clássica, sendo as outras negociações verdadeiros contratos acessórios.

Garcia (2004) aduz que, “a contratação principal é feita em um momento anterior, sem ajuda de qualquer equipamento de informática, [...] e estabelecem os critérios e protocolos de futuras transações que serão feitas de forma automática – sem intervenção humana”.

Os contratos eletrônicos interpessoais se caracterizam por haver uma predominante interação humana durante as tratativas contratuais até a instrumentalização do contrato, por meio de instrumentos eletrônicos ligado à rede mundial de computadores.

As principais formas de contratação dos interpessoais se dão por correio eletrônico (e-mail), videoconferência e por sala de conversação (chat).

As celebrações por correio eletrônico se assemelham as realizadas pelo correio físico, já que há o envio da proposta, o posterior recebimento desta e o envio do aceite, para, enfim, ser celebrado o contrato, o que levou a doutrina a classificá-los como contratos não-simultâneos, em similitude com os contratos entre ausentes.

Já as celebrações por intermédio de sala de conversação (chat) se assemelham as realizadas por telefone, na medida em que ocorrem negociações simultâneas entre as partes, em curto intervalo de tempo. Em algumas negociações, caso haja instalado em ambas as máquinas o software adequado, é possível às tratativas serem realizadas por videoconferência. Com isto, estes contratos são classificados como simultâneos, em alusão aos celebrados entre presentes.

No que tange aos contratos eletrônicos interativos, Leal (2009, p.86-87) conceitua-os como:

aqueles nos quais a comunicação entre as partes é obtida por meio da interação entre uma pessoa e um sistema aplicativo previamente programado. Como exemplos, têm-se os contratos realizados quando se acessa um *site*, ou loja virtual, que mantém de forma permanente no ambiente digital a oferta de produtos, serviços e informações.

Como se pode observar do transcrito acima, esta é a forma mais corriqueira de contrato celebrado eletronicamente, haja vista a grande quantidade de vendas concretizadas em sites ou lojas virtuais.

O vendedor, ao expor o objeto que intenciona vender na Internet, com todas as informações necessárias (preço, qualidade, forma de pagamento, etc.), está manifestando a sua vontade. Neste momento, considera-se feita a oferta.

O internauta, a partir do momento em que aceita as condições propostas pelo vendedor e insere os seus dados no campo apropriado e envia as informações (quantidade, forma de pagamento, número do cartão, etc.), está manifestando também o seu consentimento. Neste momento, foi realizado a aceitação e celebrado o contrato, através de uma interação entre comprador e o programa desenvolvido para o website.

Nestes tipos de contratos, todas as cláusulas e condições já são pré-estabelecidas pelo vendedor, sem possibilidade de alteração pelo comprador, caracterizando-os como verdadeiros contratos de adesão, só restando à parte interessada na aquisição em aceitar ou não os termos que foram propostos.

4.3 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os contratos eletrônicos, por ser um contrato normal como qualquer outro, apenas diferido em virtude da instrumentalização na forma virtual, possuem duas etapas essenciais para a sua formação, quais sejam, a oferta e a aceitação.

Entretanto, antes de ser oferecida a oferta ou manifestada a aceitação, é possível que ocorram as tratativas contratuais, também chamadas de negociações preliminares, que são caracterizadas por conversações, indagações, debates entre as partes contraentes, sem gerar nenhum tipo de vinculação.

É possível que ocorra responsabilidade pré-contratual nas tratativas contratuais, caso uma das partes, culposamente, venha a causar dano à outra. Para tanto, a parte lesante deve agir de modo a convencer de que o contrato seria celebrado, em virtude da necessidade de atuação dos contratantes conforme o princípio da boa-fé objetiva, já exposto alhures.

A formação do contrato dá-se com a emissão da oferta pelo proponente. A proposta vincula o ofertante, se o contrário não resultar dos seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso, nos termos do art. 427 do Código Civil⁷ (BRASIL, 2002), desde que a mesma seja séria e precisa.

Nos sites da Internet, onde as ofertas são expostas durante um longo período de tempo e são destinadas a quaisquer pessoas que acessem o mesmo, também são consideradas propostas, desde que tragam os requisitos essenciais ao contrato, na forma do art. 429, caput, do Código Civil⁸ (BRASIL, 2002).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), nas relações de consumo, também preceitua que a oferta, desde que suficientemente precisa, obriga o proponente e integra o contrato que vier a ser celebrado, conforme seu art. 30⁹ (BRASIL, 1990).

Acerca do tema, Rosana Ribeiro Silva citada por Ana Paula Gambogi Carvalho (2001, p.68) traça um paralelo com os contratos eletrônicos, afirmando que:

as normas do CDC sobre a oferta aplicam-se naturalmente a todos os contratos celebrados pela Internet. Em consequência disso, qualquer apresentação de produtos e serviços em uma *homepage* é considerada, no Direito Brasileiro, não apenas uma *invitatio ad offerendum*, mas sim uma oferta vinculatória.

Não obstante os vários instrumentos de segurança criados para as transações comerciais, os usuários ainda se sentem inseguros ao realizar contratações pela Internet, tendo em vista não saberem com quem estão contratando, se existe alguma loja física ou se é apenas a loja virtual (site), se há outras formas de contato fora da WEB, entre outras.

⁷ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

⁸ Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

⁹ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Como forma de aumentar a segurança nas transações virtuais, o Projeto de Lei nº 1.589/99, de iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, seccional São Paulo, elenca em seu art. 4º os requisitos da oferta nas contratações eletrônicas, “in verbis”:

Art. 4º - A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre:

- a) nome do ofertante, e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;
- b) endereço físico do estabelecimento;
- c) identificação e endereço físico do armazenador;
- d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico;
- e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante;
- f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e
- g) os sistemas de segurança empregados na operação¹⁰.

Como segunda e última fase para a concretização do contrato temos a aceitação, que nas sábias palavras de Gonçalves (2009, p.57):

é a concordância com os termos da proposta. É manifestação da vontade imprescindível para que se repete concluído o contrato, pois, somente quando o oblato se converte em aceitante e faz aderir a sua vontade à do proponente a oferta se transforma em contrato.

Vale ressaltar, que a aceitação deve ser simples, direta e dentro do prazo estabelecido (caso haja), pois se for emitida fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, será considerada uma nova proposta, perdendo a natureza de aceitação, na forma do art. 431, CC¹¹.

Enviada a aceitação, surge a problemática do momento da formação do contrato, ou seja, quando a relação contratual estará concluída. O código civil distingue os contratos entre presentes, quando há imediatividade nas conversações, dos entre ausentes, onde transcorre certo lapso temporal entre a oferta e a emissão da aceitação.

Nos contratos celebrados virtualmente, utilizaremos a classificação proposta em linhas anteriores para determinar o momento da conclusão do contrato em cada caso.

¹⁰ <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16943>> (Acesso: 22 out. 2011)

¹¹ Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.

Os contratos eletrônicos intersistêmicos se consideram concluídos a partir do momento em que os contraentes acordam suas vontades para a configuração dos programas que passarão a celebrar as negociações automaticamente.

Os contratos eletrônicos interpessoais, podem se dar de forma simultânea ou não-simultânea. Nos de forma simultânea, quando utilizado sala de conversação (chat) ou videoconferência, consideram-se como “entre presentes”, já que há imediatez nas conversações. Nestes casos, considera-se concluído o contrato no momento logo após a emissão da proposta, caso haja aceitação pela outra parte.

Nos interpessoais não-simultâneos, quando utilizado correio eletrônico (e-mail), considera-se como “entre ausentes”, tendo em vista o transcurso de um prazo para que a proposta seja emitida. Nesta situação, o contrato estará concluído no instante em que a mensagem eletrônica seja enviada, pelo fato do Código Civil ter adotado expressamente a Teoria da Expedição.

Por fim, nos contratos eletrônicos interativos, onde há exposição da oferta permanente no site, por não haver simultaneidade nas negociações entre fornecedor e comprador, consideram-se entre ausentes e, nesse interim, tem-se como concluído o contrato no momento do envio da aceitação pelo internauta.

No que tange ao lugar da celebração dos contratos, o Código Civil em seu art. 435¹² (BRASIL, 2002) aduz que o contrato considera-se celebrado no lugar em que foi proposto. Acontece que, na Rede Mundial de Computadores, o proprietário da loja virtual pode estar em um lugar, o endereço do site está registrado em outro local e o comprador em uma terceira localidade.

Para dirimir essas dúvidas, o art. 15 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico estabelece que “uma mensagem eletrônica se considera expedida no local onde o remetente tenha seu estabelecimento e recebida no local onde o destinatário tenha o seu estabelecimento”, e conclui que, “se o remetente ou o destinatário não possuírem estabelecimento, se levará em conta a sua residência habitual”.

4.4 VALIDADE JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

¹² Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

Para ser válido, o contrato eletrônico deve preencher os requisitos fixados na lei, para que produza seus efeitos jurídicos normais, sob pena de serem declarados nulos ou anuláveis.

Os requisitos necessários a validade estão elencados no art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002), quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Para tornar o estudo mais didático, dividiremos os requisitos em subjetivos, objetivos e formais.

Os requisitos subjetivos são: manifestação de duas ou mais vontades; capacidade genérica; capacidade especial; consentimento. Como já exposto alhures, o contrato é caracterizado como uma espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral e, portanto, deverá haver a manifestação de duas ou mais vontades.

É necessário que as partes possuam capacidade genérica, que é aquela capacidade geral para praticar os atos da vida civil, a qual inexistente para os absolutamente incapazes e é reduzida para os relativamente incapazes.

Além da capacidade geral, a lei exige a capacidade especial, que é mais restrita do que a genérica. Alguns contratos exigem uma aptidão especial para serem celebrados, como por exemplo, a alienação onerosa, que requer o poder de dispor dos bens que serão objeto do contrato.

Por fim, exige a lei o consentimento das partes contratantes, que nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira citado por Gonçalves (2009, p.15), “deve abranger os seus três aspectos: acordo sobre a *existência* e *natureza* do contrato; acordo sobre o *objeto* do contrato; e acordo sobre as *cláusulas* que o compõem”.

Vale ressaltar que o consentimento deve ser livre de vícios, tais como o dolo, erro e a simulação, sob pena de serem considerados nulos ou anuláveis.

Uma problemática surge com relação à contratação por crianças e adolescentes. Como é sabido, os menores tem uma grande habilidade em manusear o computador, bem como acessar a Internet, o que os tornam alvo das ofertas no mundo virtual, gerando incerteza na validade dos negócios jurídicos.

Aqui segue a mesma lógica dos contratos em geral: se for celebrado por relativamente incapaz, será anulável, e se for celebrado por absolutamente incapaz será nulo, desde que a validade do contrato venha ser discutido em juízo.

Esclarece Carvalho (2001, p.102) que “a declaração de vontade de um incapaz permanecerá sem efeitos jurídicos independentemente da forma em que foi emitida, seja pelos meios convencionais ou por via eletrônica”.

Por não ser possível identificar com quem se está contratando, os sites, para evitarem futuras demandas judiciais, devem requerer o preenchimento de um campo de informações sobre o contratante, incluindo sua idade, bem como expressamente alertar sobre a impossibilidade de contratação com crianças e adolescentes.

Após estas medidas, caso o menor, relativamente incapaz, tenha se declarado maior, não poderá eximir-se de sua obrigação, tendo o contrato de ser fielmente cumprido por ele ou seu responsável legal, na forma do art. 180 do Código Civil¹³ (BRASIL, 2002).

A manifestação do consentimento dos contraentes nas relações contratuais eletrônicas se dá, como se sabe, pelo envio de mensagens eletrônicas pela Rede Mundial de Computadores ou até por redes fechadas, como a EDI (*Electronic Data Interchange*).

Sobre os contratos eletrônicos intersistêmicos não há o que discorrer, tendo em vista que o mesmo não interessa ao nosso estudo, pelo fato do consentimento ter sido expresso da forma tradicional, anterior a configuração dos programas que irão realizar automaticamente as transações eletrônicas.

Nos contratos interpessoais, onde há a troca de mensagens eletrônicas por sala de conversação (chat), correio eletrônico (e-mail) ou videoconferência, o consentimento se configura com o envio da mensagem de aceitação (chat ou e-mail) ou por meio da fala, nos casos de videoconferência.

Nos interativos, em que há uma interação entre o internauta e o website, o consentimento irá se configurar no momento em que o usuário clicar em palavras na página, como aceitar, finalizar compra, que irão transmitir a aceitação do internauta com todos os seus dados.

O próprio Código Civil, em seu art. 107 (BRASIL, 2002), admite a validade do consentimento por meio eletrônico, admitindo forma especial apenas nas situações que a própria lei exigir, desde que expressamente.

Para Leal (2009, p.136), “seja qual for o sistema ou programa de computador adotado para a comunicação dos contratantes, em meios eletrônicos, estes serão considerados válidos, já que a lei brasileira só exige forma especial para alguns atos, excepcionalmente”.

O art. 11 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre o comércio eletrônico preceitua que “na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens

¹³ Art. 180. 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.

eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação”.

No tocante aos requisitos objetivos, que estão diretamente relacionados com o objeto do contrato, este deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

O objeto será lícito quando não contrariar a lei, a moral ou os bons costumes. Maria Helena Diniz inclui ainda a não violação aos princípios de ordem pública.

Para que seja válido, o objeto deverá ser possível de ser executado, tanto física como juridicamente. Será possível fisicamente quando não contrariar as leis da física, bem como a resistência humana, necessitando observar que a impossibilidade física deverá ser absoluta, ou seja, valer para todos os homens, indistintamente. Será possível juridicamente quando o ordenamento jurídico, expressamente, não vedar a disposição do bem objeto de contrato.

Diniz (2008, p.18-19) ainda ressalta que:

a impossibilidade material deve existir no instante da constituição do contrato, porque, se aparecer em momento ulterior, ter-se-á a inexecução do contrato com ou sem perdas e danos, conforme ocorra ou não a culpa do devedor.

O objeto também deverá ser determinado ou determinável para não ser considerado inválido, devendo, para isto, reunir as características e informações necessárias para a sua determinação.

Por fim, apesar de não estar expresso em lei, a doutrina exige que o objeto seja possível de apreciação econômica para ser válido, ou seja, deverá ser possível a sua conversão em dinheiro.

No tocante ao objeto, não há problemáticas em relação aos contratos eletrônicos, pois seus objetos são os mesmos dos contratos tradicionais, não havendo necessidade de maiores explicações.

Único ponto a tocar é quando o consumidor recebe o objeto e o mesmo é falsificado ou está com defeito ou vício, uma prática, infelizmente, comum nas transações virtuais. Isto acontece pelo fato do internauta não ver o produto pessoalmente, mas apenas por imagens e descrições elaboradas pelo vendedor.

Palenko (2007) traz a solução para este problema, para ela:

Tratando-se de produtos falsos, viciados ou até mesmo ilícitos, a responsabilidade sempre será do fornecedor. Assim, se o objeto contratado

não correspondeu àquele ofertado, tem o consumidor direito de ser ressarcido. E frise-se, este pedido de ressarcimento não precisa sequer obedecer ao prazo de reflexão previsto no CDC, uma vez que a contratação decorreu de dolo e má-fé do fornecedor, impedindo por esta razão a formação de uma vontade livre do consumidor.

O terceiro e último requisito de validade dos contratos eletrônicos é o formal, atinente a forma, que é o meio de manifestação da vontade das partes envolvidas na relação contratual.

O Código Civil, em seu art. 107¹⁴ (BRASIL, 2002), adotou expressamente o consensualismo, ou seja, a liberdade das formas, podendo o contrato ser celebrado tanto na forma escrita, como na verbal, na gestual, na telefônica e também por meio da Internet, através de documentos eletrônicos, desde que expresse o real consentimento dos contratantes.

Nas sábias palavras de Diniz (2008, p.20), “não há rigorismo de forma, pois a simples declaração volitiva tem o condão de estabelecer o liame obrigacional entre os contraentes, gerando efeitos independentemente da forma de que se revista”.

Apenas será admitida forma especial (por exemplo, contrato escrito em instrumento público) quando a lei expressamente exigir, sendo o formalismo a exceção. Não sendo respeitado a forma especial requerida, o negócio jurídico será nulo.

Vale frisar que alguns contratos a própria lei admite que estes sejam instrumentalizados sob determinada forma, a qual, se não for respeitada, tornará o negócio jurídico inválido. É o que a doutrina convencionou chamar de forma *ad substantiam*. Já nos casos em que determinada forma servir apenas como meio de prova, o seu desrespeito não implicará na nulidade do contrato, mas na dificuldade de sua prova bem como privação de seus efeitos práticos. Neste caso, a doutrina denomina de forma *ad probationem*.

O que dificulta as transações virtuais são as inseguranças que permeiam o ambiente digital, principalmente no tocante a inviolabilidade do documento eletrônico. Para tanto, foram criadas tecnologias para evitar essas fraudes, bem como garantir a validade dos contratos celebrados por meio da Internet.

Entre as tecnologias desenvolvidas, tem-se a criptografia (a codificação da mensagem em código conhecido apenas pelas partes envolvidas, não sendo compreensível a sua leitura por um terceiro interceptador), assinatura digital (meio de identificação do sujeito) e a certificação digital (serve para assegurar a veracidade do titular de uma chave pública).

¹⁴ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Por último, é necessário destacar que o contrato eletrônico é instrumentalizado por meio de um documento eletrônico, que vai expressar a manifestação de vontade das partes contraentes. Augusto Tavares Marcacini citado por Leal (2009, p. 152) conceitua documento eletrônico como “uma sequência de *bits* que, traduzida por meio de determinado programa de computador, seja representativa de um fato”.

Por sua vez, trazendo uma definição bem ampla e abrangente, o Projeto de Lei nº 4.906/2001 em seu art. 2º, inciso I, conceitua-o como “a informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares”¹⁵.

De acordo com o art. 332 do Código de Processo Civil¹⁶ (BRASIL, 1973), os documentos eletrônicos têm eficácia probatória, servindo tanto para provar a existência de um negócio jurídico, bem como a veracidade dos fatos que nele estão expostos.

Neste sentido é a opinião de Jose Rogério Cruz e Tucci citado por Leal (2009, p.174):

Conclui-se, pois, que a eficácia probatória dos contratos eletrônicos deve ser autorizada sem quaisquer óbices e subordinada à prudente análise do julgador, que, poderá, por certo, quando se fizer necessário (art. 383, parágrafo único do CPC), recorrer aos demais meios de prova, em especial, à prova pericial para certificar-se da autenticidade do respectivo documento.

4.5 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Um tema bastante polêmico e de controvérsias na doutrina é o tocante a legislação aplicável aos contratos celebrados na Rede Mundial de Computadores. Para uma melhor didática, utilizaremos a classificação dos tipos de comércio eletrônico, que são: B2B (*business to business*) e B2C (*business to consumer*).

A que mais interessa a proposta deste artigo é a B2C (*business to consumer*), pois se trata de uma verdadeira relação de consumo entre empresa (*business*) e consumidor (*consumer*). Por se tratar de uma relação consumerista, nada mais lógico do que serem

¹⁵ <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16943>> (Acesso: 22 out. 2011)

¹⁶ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, em face desta ser uma norma especial.

Este é o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, “in verbis”:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

[...]

(REsp 1186616/MG. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. T3 – Terceira Turma. Julgado em: 23/08/2011. DJe 31/08/2011) (*grifos nossos*)

O questionamento surge em caso de fornecedor estrangeiro, se seria aplicado o Código de Defesa do Consumidor ou a legislação estrangeira. A Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro (anteriormente chamada de Lei de Introdução ao Código Civil) em seu art. 9º, §2º afirma que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente” (BRASIL, 1942).

Ocorre que o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor preceitua que “o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social [...]” (BRASIL, 1990), sendo considerado um verdadeiro princípio constitucional da ordem econômica e social.

Com isto, observa-se que o artigo da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro não deve ser interpretado isoladamente, mas sim sistematicamente, o que ocasionará na sobreposição do Código de Defesa do Consumidor em face daquele, apesar de alguns doutrinadores entenderem de forma diversa.

Neste caso, deve-se aplicar o CDC, por ser norma de ordem pública, bem como ser garantia da Constituição Federal a defesa dos direitos dos consumidores. Destarte, o CDC

preceitua em seu art. 101, inciso I (BRASIL, 1990) que na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços a ação poderá ser proposta no domicílio do autor.¹⁷

Portanto, nas relações de consumo eletrônicas entre fornecedor (estrangeiro) e consumidor (brasileiro), deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor, em virtude da necessidade de preservação dos direitos deste.

Corroborando com este posicionamento, é o entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, “litteris”:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR.

[...]

7. O exercício da jurisdição, função estatal que busca composição de conflitos de interesse, deve observar certos princípios, decorrentes da própria organização do Estado moderno, que se constituem em elementos essenciais para a concretude do exercício jurisdicional, sendo que dentre eles avultam: inevitabilidade, investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência. No tocante ao princípio da aderência, especificamente, este pressupõe que, para que a jurisdição seja exercida, deve haver correlação com um território. Assim, para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio.

8. O Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro não exclui a de outro Estado, competente a justiça brasileira apenas por razões de viabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, estas corroboradas pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que imprime ao Estado a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas, com vistas à consecução da paz social.

9. A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regulamente a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual.

10. Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de

¹⁷

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem.

11. É reiterado o entendimento da preponderância da regra específica do art. 100, inciso V, alínea "a", do CPC sobre as normas genéricas dos arts. 94 e 100, inciso IV, alínea "a" do CPC, permitindo que a ação indenizatória por danos morais e materiais seja promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão. Precedentes.

12. A cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira.

13. Ademais, a imputação de utilização indevida da imagem da autora é um "posterius" em relação ao contato de prestação de serviço, ou seja, o direito de resguardo à imagem e à intimidade é autônomo em relação ao pacto firmado, não sendo dele decorrente. A ação de indenização movida pela autora não é baseada, portanto, no contrato em si, mas em fotografias e imagens utilizadas pela ré, sem seu consentimento, razão pela qual não há se falar em foro de eleição contratual.

14. Quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet, independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui tem domicílio a autora e é o local onde houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil, aplicando-se à hipótese o disposto no artigo 88, III, do CPC.

15. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1168547/RJ. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. T4 – Quarta Turma. Julgamento em 11/05/2010. DJe 07/02/2011) (*grifos nossos*)

Por fim, nos casos de B2B (*business to business*) é onde mora todo o impasse jurisprudencial e doutrinário. Pelo fato das partes estarem em situação de igualdade econômica, há discussão sobre qual norma a ser aplicada, prevalecendo, na forma do art. 9º, §2º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), a legislação do lugar em que residir o proponente, aquele que ofertou a proposta.

Entretanto, por não ser pacífico este entendimento, o ideal seria a utilização pelas partes de arbitragem. Patrícia Peck citada por Leal (2009, p.122-123) explica que:

Consideramos que a solução mais célere e eficiente para resolver questões de direito digital é a aplicação da mediação e arbitragem. [...] O Direito Digital atua em ambiente global, num regime de alianças e parcerias, com estrutura de mercado de “coopetição”, ou seja, competição mais cooperação. Portanto, a rivalidade que atinge as partes em lide deve ser sempre evitada, uma vez que a sociedade digital tem relações de dependência e efeitos em cascata muito maiores, pois estamos todos conectados.

Não obstante o Código de Defesa do Consumidor ser aplicado nas relações consumeristas praticadas pela Internet, o Brasil ainda não possui uma legislação específica acerca do tema, apesar de usar como base para as contratações e soluções dos problemas a Lei Modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional).

Entretanto, no Brasil temos vários projetos de lei sobre contratos eletrônicos e assuntos correlatos em andamento, tais como o Projeto de Lei do Senado nº 672/1999 que dispõe sobre o comércio eletrônico e o Projeto de Lei nº 1.589/1999, que atualmente possui o nº 4.906/2001, de iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de São Paulo, que dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, sendo este o mais completo dentre os projetos acerca do tema.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto no artigo em tela, percebeu-se que o contrato eletrônico é apenas uma espécie de negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, sendo essencial para sua formação o acordo de vontades entre as partes por meio da rede mundial de computadores, tendo como efeitos a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações de caráter patrimonial.

Com isto, restou claro que o contrato celebrado por meio da Internet não é uma nova modalidade contratual, como pensam alguns doutrinadores, e sim uma nova forma de instrumentalização dos contratos.

Isto só é possível graças ao princípio das liberdades das formas, estampado no art. 107 do Código Civil Brasileiro, que garante a possibilidade da instrumentalização da convenção por qualquer forma, desde que a lei não requeira expressamente forma especial, o que ocorre nos casos de compra e venda de imóveis.

Alie-se a isso, o fato da possibilidade de comprovação da celebração contratual por meio dos documentos eletrônicos, que servem como meio probatório conforme exposto no art. 332 do Código de Processo Civil.

Também restou provado que, apesar do nosso país não possuir legislação específica acerca do tema, apesar dos inúmeros projetos de lei pendentes de aprovação, o Código Civil é aplicado nas relações entre empresas, e o Código de Defesa do Consumidor nas relações de

consumo eletrônicas, como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça em recentes julgamentos.

Portanto, é inegável a formação e validade jurídica dos contratos eletrônicos, bem como sua eficácia probatória, apesar de não expresso em lei, devendo ser aceito pelos tribunais esta nova forma de contratação, que vem aumentando a cada dia em virtude da expansão desenfreada do comércio eletrônico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial**. Brasília, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2011.

BRASIL, Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial**. Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 22 out 2011.

BRASIL, Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 22 out. 2011.

BRASIL. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em: 22 out. 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ementa: CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. (REsp 1186616/MG. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 23/08/2011). **Diário da Justiça**, Brasília, 31 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA

ESPAÑHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR. (REsp 1168547/RJ. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 11/05/2010). **Diário da Justiça**, Brasília, 07 fev. 2011.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via Internet**: Segundo os Ordenamentos Jurídicos Alemão e Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTADOS UNIDOS. UNCITRAL, Resolução 51/162. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre o Comércio Eletrônico**. Nova Iorque: ONU, 1996. Disponível em: <http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>. Acesso em: 22 outubro 2011.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Da Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos**. Jus Navigani, Teresina, ano 9, n. 264, mar. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4992>. Acesso em: 23 outubro 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos**: Validade Jurídica dos Contratos via Internet. São Paulo: Atlas, 2009.

PALENKO, Andressa Rizental. **Algumas Reflexões Acerca da Validade e Autenticidade dos Contratos Eletrônicos**. Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul, n. 43, jul. 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2384. Acesso em: 22 outubro 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WALD, Arnold. **Direito Civil**: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.