



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

MIGUEL LUIZ DE OLIVEIRA AZEVEDO

A VALIDADE JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

**CAMPINA GRANDE – PB
2011**

MIGUEL LUIZ DE OLIVEIRA AZEVEDO

A VALIDADE JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Trabalho de conclusão de curso (TCC)
apresentado à Universidade Estadual da
Paraíba como exigência parcial para
obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Fábio de Oliveira Araújo

CAMPINA GRANDE – PB
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

A994v Azevedo, Miguel Luiz de Oliveira.
 A validade jurídica dos contratos eletrônicos [manuscrito]
 / Miguel Luiz de Oliveira Azevedo. – 2011.
 55 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)
- Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades,
2011.

“Orientação: Prof. Esp. Fábio de Oliveira Araújo,
Departamento de Direito Privado”.

1. Direito civil. 2. Contratos eletrônicos. 3. Validade
jurídica. I. Título.

21. ed. CDD 347

MIGUEL LUIZ DE OLIVEIRA AZEVEDO

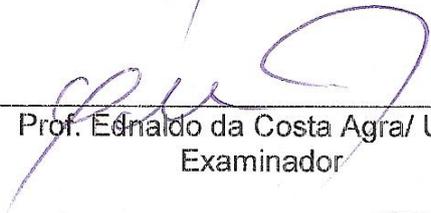
A VALIDADE JURÍDICA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Trabalho de conclusão de curso (TCC)
apresentado à Universidade Estadual da
Paraíba como exigência parcial para
obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em 17/06/2011.



Prof. Esp. Fábio de Oliveira Araújo/ UEPB
Orientador



Prof. Ednaldo da Costa Agra/ UEPB
Examinador



Prof. Esp. Cláudio Simão de Lucena Neto/ UEPB
Examinador

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Goretti e Alfredo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois toda honra e toda glória devem ser dadas a Ele.

Aos meus pais, Maria Goretti Pereira de Oliveira e Alfredo Silva de Azevedo, pela compreensão, amor e pelo maior presente que já me deram, a minha educação. Por me darem força em todos os momentos e me ensinarem o sentido da honestidade, dignidade e honra.

À minha querida irmã, Damaris de Lourdes, pela paciência, carinho e amizade.

À minha noiva, Mayra Borba de Souza, por estar sempre ao meu lado e por me proporcionar tantas alegrias.

Ao meu orientador, Fábio de Oliveira Araújo, pelo apoio, dedicação e por ser um exemplo de ética e profissionalismo.

A todos os meus professores da UEPB.

A todos meus colegas e amigos de curso, em especial à Clarissa Freire Trigueiro.

RESUMO

A popularização da internet abriu caminho para o desenvolvimento do comércio eletrônico, é crescente o número de negociações feitas através da rede, já se tornou comum ver pessoas fazendo compras em lojas virtuais. Para tanto, a realização dessas negociações se dão através de contratos celebrados total ou parcialmente através do uso do computador, recebendo o nome de “contratos eletrônicos”. Neste quadro, surgem os questionamentos: esses contratos tem a mesma validade jurídica de um contrato tradicional? Seria uma negociação segura? Há como provar a realização deles? O presente estudo tem como objetivo geral chegar ao conceito de contrato eletrônico e conhecer suas classificações. Para isso, faz-se uma rápida análise dos contratos em geral, entendendo os pressupostos e requisitos existentes no Direito Civil Brasileiro. O objetivo específico do trabalho é analisar a atual situação da validade jurídica dos contratos eletrônicos no nosso país, a partir do estudo dos seus princípios, pressupostos e elementos de validade. Além de analisar e verificar a validade do consentimento em meio eletrônico. O estudo será feito através a partir da revisão bibliográfica como procedimento para a coleta de dados; sendo feita por meio de levantamento realizado em materiais pertinentes à temática; principalmente em livros, artigos e legislação referentes à matéria. Por fim, conclui-se que os contratos eletrônicos já possuem a validade jurídica dos contratos não formais, mas que necessitam de uma legislação específica para serem classificados como contratos formais e típicos para que finalmente possam ganhar confiabilidade e garantir a segurança legal necessária para o desenvolvimento do comércio eletrônico no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Eletrônico. Direito Civil. Validade Jurídica.

A B S T R A C T

The popularization of the Internet opened a road for the development of the e-commerce, the number of trades made through the network is crescent, now is common to see people buying in the virtual stores. These negotiations are performed using contracts that are totally or partly celebrated through the use of the computer, they are named as "electronic contracts". In this context, there are some questions: Do they have the same legal validity as the traditional contracts? Is the negotiation really safe? Is there a proof to their consummation? This study has as general objective is to reach a concept for the electronic contracts and to know the form as they are classified. To do this, this study will do a quick review about the general contracts, learning about the conditions ad requisites in the existing Brazilian Civil Law. The specific objective is to analyze the current situation of the legal validity of the electronic contracts in our country, from the study of its principles, requisites and elements of validity. Also, it will study the validity of the assent made in the electronic media. The study will be done through a descriptive study using the bibliographic review as procedure to collect data, being conducted through relevant material to the topic, especially books, articles and legislation about the theme. Lastly, the study concluded that the electronic contracts already have the legal validity as no formal contracts, but it's need to create a specific legislation to classify them as typical and formal contracts, then, finally, they will receive the credibility and will ensure the necessary legal security for the development of the electronic commerce in Brazil.

KEYWORDS: Electronic Contract. Civil Law. Legal Validity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS	11
2.1 Do conceito de contrato	11
2.2 Elementos essenciais de validade dos contratos em geral	12
2.2.1 Elementos Subjetivos de Validade	12
2.2.2 Elementos Objetivos de Validade	16
2.2.3 Elementos Formais de Validade	16
2.3 Princípios fundamentais do direito contratual.....	17
2.3.1 Autonomia da vontade	17
2.3.2 Função social do contrato	18
2.3.3 Consensualismo.....	19
2.3.4 Obrigatoriedade das convenções	19
2.3.5 Relatividade dos efeitos do contrato.....	20
2.3.6 Boa-fé contratual.....	20
3 DO CONTRATO ELETRÔNICO	22
3.1 Classificação dos contratos eletrônicos	22
3.1.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos.....	23
3.1.2 Contratos eletrônicos interpessoais.....	24
3.1.3 Contratos eletrônicos interativos	26
3.2 Princípios da contratação eletrônica.....	27
3.2.1 Princípio da equivalência funcional dos contratos realizados em meio eletrônico com os contratos realizados por meios tradicionais	27
3.2.2 Princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital	28
3.2.3 Princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos	29
3.2.4 Aplicação do Princípio da boa-fé objetiva aos contratos eletrônicos.....	30
3.3 Legislação aplicável aos contratos eletrônicos	32
3.4 Do foro competente	33
4 VALIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	35
4.1 Elementos de validade dos contratos eletrônicos	35
4.1.1 Elementos subjetivos da contratação em meio eletrônico.....	36
4.1.2 Elementos objetivos e a validade do objeto da contratação em meio eletrônico	42
4.1.3 Elementos formais dos contratos eletrônicos	43

4.2 Tecnologias e ferramentas empregadas para garantir a segurança e a validade dos documentos eletrônicos	47
4.3 Valor probante do documento eletrônico	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

O estudo intitulado “A validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos” trata sobre a validade dos contratos realizados total ou parcialmente com o uso de computador ou qualquer aparelho eletrônico similar ligado a internet.

O contrato eletrônico pode ser considerado como qualquer contrato celebrado por meio de programas de computador ou de aparelhos com tais propriedades, dispensando a assinatura e a presença real das duas partes em um mesmo lugar, exigindo apenas assinatura codificada ou uma senha.

O tema foi escolhido devido ao fato de tal espécie de contrato ser pouco explorada juridicamente, visto que não existe um conceito jurídico formado ou predominante para este tipo de contrato, muito menos leis próprias para ele. É aí que surge a necessidade de estudos sobre o tema, visto que essa modalidade de realização de contratos tem se tornado tão popular quanto a própria internet, uma vez que as transações e acordos feitos através desse instrumento ocorrem a todo segundo.

O grande problema é que a inexistência de leis para reger tais contratos no nosso país, incorre na não definição da validade jurídica da espécie, visto que no Brasil, eles são tratados como contratos atípicos. Por esses motivos, faz-se necessário o estudo de tais contratos, buscando seu conceito, classificação e efeitos, pois o direito deve acompanhar as transformações do tempo e da sociedade, para que possa assegurar a justiça e o equilíbrio.

Na realização do estudo foi utilizada a metodologia de revisão bibliográfica; através de levantamento feito em material pertinente à temática. Principalmente através do estudo de livros, artigos e legislação referente à matéria.

Para desenvolver o tema em questão, o trabalho foi organizado em três capítulos. O primeiro capítulo traz uma pequena análise dos contratos em geral; abordando de forma breve o seu conceito, princípios e elementos de validade; à luz da doutrina e da legislação.

No segundo capítulo, estuda-se o Contrato Eletrônico, sua classificação e princípios. E no último capítulo, estuda-se a validade jurídica dos contratos eletrônicos, seus elementos e pressupostos. É aí que se discute sobre os principais pontos do tema, desde a validade dos contratos e documentos eletrônicos até a segurança que tais contratos podem oferecer e que ferramentas podem evitar

possíveis fraudes e problemas decorrentes de um meio tão cercado de insegurança como é o ambiente virtual.

2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

2.1 Do conceito de contrato

Para podermos entender o que é um contrato, deve-se antes conceituar o negócio jurídico, que nada mais é que uma declaração privada de vontade que visa produzir efeitos jurídicos, pré-ordenados pela lei, sem função e natureza de auto-regulamento. Já o contrato pode ser definido como um negócio jurídico, que em sua formação necessita de pelo menos duas partes, ou seja, o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, devendo estar de acordo com o ordenamento jurídico, para criar, modificar ou extinguir direitos. Dessa forma, pode-se dizer que o contrato é uma espécie e o negócio jurídico é o gênero.

O conceito de contrato também foi perfeitamente expresso por Gagliano e Filho ao dizerem que contrato “é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.” (GAGLIANO; FILHO, 2009, p. 11)

Clóvis Beviláqua, segundo Carlos Roberto Gonçalves, afirma que “o contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (BEVILÁQUA, apud GONÇALVES, 2009, p. 02).

Em qualquer definição fica visível que é impossível falar em contrato, sem que haja manifestação da vontade, pois a ausência deste “querer” anula a existência do negócio jurídico e conseqüentemente o contrato. Este “querer” é constituído por dois elementos, a oferta e a aceitação, que são fundamentais para a confecção de qualquer acordo.

Uma vez firmado, o acordo acaba por criar uma norma individual entre as partes, a quebra ou desrespeito desta norma não gera sanção, pois o contrato não constitui uma norma autônoma, porém é pressuposto para a aplicação de uma sanção através da norma jurídica geral. Maria Helena Diniz conceitua o contrato como “o acordo entre a manifestação 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.” (DINIZ, 2002, p.09)

Assim, através do contrato, pode-se testemunhar a realização de um negócio entre diferentes partes, que inicialmente possuem interesses distintos, mas que encontram um denominador comum para atingir uma finalidade econômica que terá reflexos patrimoniais.

2.2 Elementos essenciais de validade dos contratos em geral

Existem divergências sobre os elementos essenciais de validade dos contratos em geral, alguns autores distinguem elementos constitutivos de requisitos e de pressupostos de validade do contrato. Já outros dizem que os elementos do contrato podem ser de natureza extrínseca, que neste caso, seriam os pressupostos, e intrínseca, os requisitos. Existe, ainda, uma terceira corrente que separa entre elementos constitutivos e pressupostos de validade.

O presente trabalho segue a lição de Ferrara (FERRARA apud LEAL, 2009, p. 45), que entende por elementos essenciais do negócio jurídico “os elementos que constituem a essência do negócio, no sentido de que o negócio não poderá, por lei, formar-se sem eles”.

Desta forma, os elementos essenciais do contrato podem ser:

- a) Subjetivos: referentes à capacidade das partes, ao consentimento válido e à legitimação para prática do ato;
- b) Objetivos: referentes à possibilidade, licitude e determinabilidade do objeto;
- c) Formais: referentes à forma e à prova dos atos negociais.

2.2.1 Elementos Subjetivos de Validade

A existência de mais de um elemento subjetivo mostra que ainda que a manifestação da vontade seja suficiente, é necessário que exista livre vontade e boa-fé, como também a capacidade do agente para fazê-lo, tal capacidade deve ser genérica e específica, ou seja, é preciso ter legitimidade para poder realizar um contrato. A ausência de qualquer um desses elementos incorre na nulidade do negócio jurídico realizado, pela violação do que está disposto na lei.

- a) A capacidade das partes

O contrato para ser considerado válido, deve contar com a existência de agente capaz, ou seja, a pessoa que tem aptidão para realizar um negócio jurídico sozinha. Tal capacidade é subdividida em genérica e específica.

A capacidade genérica é aquela atribuída de forma geral a todos para realizar os atos da vida civil. De tal forma, a realização de um contrato por um relativamente ou absolutamente incapaz, torna o negócio jurídico nulo ou anulável, como previsto pela lei. A incapacidade estabelecida por lei é fundamentada na necessidade de proteger as pessoas naturais, que por alguma razão, seja ela relacionada à sanidade física ou mental, à impossibilidade de administrar seus bens e praticar atos da vida civil ou a qualquer situação prevista em lei, são consideradas inexperientes e sem condições de entendimento para ter plena consciência das consequências práticas dos seus atos, conforme explicado por Mello (2010).

As pessoas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil estão elencadas no artigo 3º do Código Civil Brasileiro: "I - os menores de 16 anos; II- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade".

No caso de incapacidade absoluta, tem-se como solução a representação. Os representantes legais agem em nome do absolutamente incapaz. Assim, se este é um menor, os seus representantes devem ser seu pai, sua mãe ou seu tutor (caso os dois primeiros tenham falecido ou perdido o poder familiar). Já os doentes mentais e os portadores de incapacidade transitória são representados por um curador. Faltando a representação, o ato praticado por um absolutamente incapaz é nulo, não surte efeitos jurídicos e nem pode ser convalidado.

Os relativamente incapazes são impedidos de praticar ou exercer certos atos, eles estão elencados no artigo 4º do Código Civil de 2002: "I- Os maiores de 16 e menores de 18 anos; II- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos".

No caso da incapacidade relativa não existe representação, mas assistência dos pais, do curador ou do tutor, conforme a situação. A assistência diferencia-se da representação pelo fato de existir uma declaração de vontade, o que não ocorre com

os absolutamente incapazes, ou seja, o relativamente incapaz pode praticar o negócio jurídico, mas sua declaração de vontade só terá validade se ele tiver a assistência de alguém que a lei permita. A falta desta, leva à anulabilidade do contrato.

b) Consentimento Válido

O consentimento válido é a própria manifestação da vontade, para isso, deve estar livre de vícios, como coação, erro e dolo. Existe também quem o defina como não apenas a manifestação da vontade, mas o acordo de vontades de cada uma das partes do contrato.

Tais vontades, no contrato, serão sempre interesses opostos e para que haja o consentimento é necessário que exista uma comunicação entre as partes, que pode se dar de diversas formas, tais como verbal, escrita, direta e por meio de silêncio.

As declarações escritas devem ser feitas por meio de um documento, manuscrito, datilografado ou expresso, que necessita para a sua validação da assinatura daquele que a declara, permitindo-se a sua substituição por impressão digital.

Atualmente, o silêncio também é tido como forma de consentimento de forma circunstanciada, ou seja, dependendo do caso em que será interpretado. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “o silêncio pode ser interpretado como manifestação tácita de vontade quando a lei conferir a ele tal efeito.” (GONÇALVES, 2008, p. 312). Além dessa hipótese, o silêncio pode ser aceito como manifestação de vontade quando este efeito ficar acordado em um pré-contrato ou em casos em que a aceitação expressa não seja o costume, como previsto no artigo 432 do Código Civil. Em todo caso, fica a cargo do juiz examinar a situação para confirmar se o silêncio verdadeiramente traduz a vontade.

Existe também uma diferença entre consentimento expresso e tácito, que está na forma em que se dá a exteriorização de vontade. Assim, o consentimento poderá ser tácito, exceto se por determinação legal seja exigida a forma expressa.

c) Legitimação

Uma pessoa pode ter a capacidade genérica para praticar os atos da vida civil, porém pode faltar a capacidade específica, que é uma aptidão diferenciada para realizar um ato jurídico. A capacidade específica é necessária, pois, por vezes, a legislação impõe limitações à liberdade de contratar, por exemplo, quando proíbe que os ascendentes e descendentes realizem entre si contrato de compra e venda, conforme o artigo 496 do Código Civil. Esta capacidade específica é chamada de legitimação para o negócio.

Assim, uma pessoa pode ter a prática de certos atos retirada da sua esfera de direitos em decorrência da relação que possui com o objeto do contrato, mesmo que possua a capacidade genérica para efetuar o mesmo ato.

É necessário entender que apenas a capacidade genérica não é suficiente para a realização do negócio. Marcos Bernardes de Mello distingue capacidade de legitimidade da seguinte maneira:

A capacidade de agir não se confunde com a legitimação, apesar de se tratar, em ambas as espécies, de aptidão subjetiva para a prática de atos jurídicos. É que, enquanto a capacidade constitui um estado pessoal relacionado ao poder de, pessoalmente, exercer os direitos e praticar os atos da vida civil, a legitimação consiste em uma posição do sujeito relativamente ao objeto do direito, que se traduz, em geral, na titularidade do direito, posição esta que tem como conteúdo o poder de disposição, bem assim o poder de aquisição. (MELLO, 2010, p. 64).

A legitimação é classificada em direta e indireta, sendo aquela uma competência pessoal para dispor sobre os seus direitos e para contrair obrigações. Esse tipo de legitimidade só será limitado se a pessoa estiver impedida de adquirir algum tipo de direito.

A legitimação indireta é aquela concedida a um terceiro para agir em nome de outrem. Este terceiro dispõe de poderes necessários e específicos, para, por meio de representação ou autorização, agir em virtude de disposição legal ou delegação de um interessado.

Na falta de legitimação ou capacidade específica para realização do ato jurídico, o contrato será nulo, anulável ou ineficaz, conforme o caso.

2.2.2 Elementos Objetivos de Validade

Os elementos objetivos recaem sobre o objeto do contrato. Este objeto não se confunde com a prestação, pois esta seria o objeto da obrigação que consiste em dar, fazer ou não fazer alguma coisa, enquanto o objeto do contrato pode ser definido como “a ação ou omissão a que o devedor fica adstrito e que o credor tem o direito de exigir.” (GONÇALVES, 2011, p. 41).

Assim, o objeto do contrato deve ser visto como um todo, ou seja, um conjunto de atos e não como costumeiramente é classificado, o que na verdade seria o objeto da prestação, tal qual a entrega de algo ou a prestação de um serviço.

Para que o contrato seja válido, é necessário que este possua um objeto lícito e idôneo, que segundo Maria Helena Diniz, é aquele “que não pode ser contrário à lei, à moral, aos princípios da ordem pública e aos bons costumes” (DINIZ, 2005, p. 28).

O objeto também deve ser possível, ou seja, aquele que pode existir materialmente e juridicamente, não se confundindo a impossibilidade com a indisponibilidade atual do objeto; pois, esta se trata de contrato sobre coisa futura, onde o contrato só será válido se objeto vier a existir. Como exemplo, a contratação da colheita de grãos que ainda serão plantados e cultivados.

A impossibilidade do objeto pode ser absoluta ou relativa e apenas a primeira faz com que a obrigação seja inexigível; uma vez que a relativa diz respeito às circunstâncias pessoais do devedor. A impossibilidade pode ser também física ou material, quando o objeto contraria as leis físico-naturais ou excede à capacidade humana, como também pode existir a impossibilidade jurídica, em que a norma serve de obstáculo ao contrato, como um contrato sobre a herança de pessoa viva. Quanto à determinação, o objeto deve ter ao menos a possibilidade de ser determinado, já que a indeterminação é causa para tornar inválido o contrato, pois não há como caracterizar algo que não pode ser determinado ou determinável.

2.2.3 Elementos Formais de Validade

O último elemento consiste na forma do contrato, que deve ser adequada, prescrita ou não defesa em lei. Este elemento não deve ser confundido com prova do ato ou negócio jurídico, ele é apenas um meio para exprimir a vontade e não um meio para demonstrar a existência do contrato.

No tocante ao requisito formal, a regra é a liberdade da forma contratual. Em determinadas situações excepcionais, a lei pode exigir uma forma específica, como previsto no artigo 107 do Código Civil.

Se o contrato não obedecer à forma estabelecida por lei, ele será nulo, por exemplo, não há como realizar inteiramente a venda de um imóvel e transferir sua titularidade pela internet, pois a lei já estabeleceu um meio para que isso fosse feito, a escritura pública.

Mesmo que não seja obrigatória, a forma escrita, sempre que possível, será preferida às demais, pois traz consigo uma maior facilidade de provar o contrato. Sua autenticidade goza de presunção relativa, também chamada de *juris tantum*.

2.3 Princípios fundamentais do direito contratual

O Direito Contratual é regido e norteado por seis princípios fundamentais: princípio da autonomia da vontade; função social do contrato; consensualismo; relatividade subjetiva dos efeitos do contrato; obrigatoriedade das convenções e a boa-fé contratual.

Os princípios dão um significado legitimador juridicamente validado, como explicado por Gagliano e Filho (2009). Há ainda o princípio da dignidade humana que traz uma dimensão constitucional e não pode ser esquecido, mas não deve ser listado junto aos demais, pois ele serve como ponto orientador de cada um deles.

2.3.1 Autonomia da vontade

Este princípio pressupõe a liberdade de contratar, a vontade dos contratantes de fechar um acordo. Tal liberdade é demonstrada através da escolha que as partes tem para decidir a forma e conteúdo do contrato, além de também escolher com quem querem fazer o negócio.

Logo, qualquer pessoa pode ser sujeito de direitos e contrair obrigações, exercendo os poderes de auto-regência de interesses.

Esta liberdade de contratar é representada em três aspectos: a liberdade de contratar propriamente dita, a liberdade de escolher a outra parte para efetuar o contrato e a liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

O primeiro aspecto consiste na livre escolha de contratar ou não, ou seja, poder decidir, de acordo com os seus interesses, a possibilidade e o momento da contratação.

O segundo aspecto é a liberdade de escolher o outro contraente, em outras palavras, pode-se escolher qualquer pessoa para contratar; porém, existem situações em que não existe tal escolha, como por exemplo, a hipótese de serviço público monopolizado, em que só é permitida a contratação de empresas que prestam aquele serviço em particular.

O último aspecto é a liberdade de fixar o conteúdo do contrato dentro do modelo de qualquer um dos possíveis tipos de contratos regulados por lei, adicionando alterações ou cláusulas que melhor traduzam seus interesses, podendo ainda adotar novos tipos contratuais, além dos previstos pela lei, gerando os contratos inominados ou atípicos (os contratos que ainda não são previstos pela lei).

Mas é necessário lembrar que mesmo esses contratos sofrem as limitações da supremacia da ordem pública, devendo atender aos bons costumes, já que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo. Silvio Rodrigues define a ordem pública como um “conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar” (RODRIGUES, 2004, p. 16).

Este fenômeno recebe o nome de dirigismo contratual, que consiste na elaboração de leis para dar superioridade jurídica a certas categorias economicamente mais fracas, como os trabalhadores, inquilinos, consumidores e os devedores. Retratando o intervencionismo estatal nas relações particulares para garantir a supremacia do interesse público.

2.3.2 Função social do contrato

Todo e qualquer contrato deve ter por finalidade a função social, seja qual for a utilidade que os contraentes devem dar ao contrato, preservando os interesses da coletividade. Deste modo, a vontade e a liberdade contratual devem estar sujeitos

aos bons costumes e às normas de interesse público. Maria Helena Diniz cita o Enunciado do STJ n. 23,

[...]a função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o seu alcance, quando estiverem presentes interesses metaindividuais ou interesse individual coletivo relativo à dignidade da pessoa humana.” (DINIZ, 2005, p. 35).

Isto significa que o princípio da autonomia da vontade não é anulado pela satisfação de interesses sociais, representada pela função social. Mas, implica em dizer que a autonomia da vontade não é absoluta, ela tem limites necessários para comprovar a utilidade do contrato.

2.3.3 Consensualismo

De acordo com este princípio, para gerar um contrato válido é necessário apenas a manifestação da vontade dos contratantes, visto que grande parte dos negócios jurídicos bilaterais é consensual, embora a lei exija forma específica e solene para alguns contratos para existir a validade. Contudo, a regra é que as partes estão livres para pactuarem da forma que desejarem.

2.3.4 Obrigatoriedade das convenções

Segundo este princípio, o contrato é intangível, por isso, uma vez formado e pactuado, suas estipulações devem ser fielmente cumpridas, sob pena da parte lesada pedir proteção ao Estado e a parte inadimplente sofrer execução patrimonial, já que o contrato estabelece leis entre as partes, exceto em caso fortuito ou de força maior ou se ambas as partes rescindirem o acordo voluntariamente. De forma que não é possível alterar o conteúdo do acordo, nem mesmo judicialmente.

Entretanto, em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias que impossibilitem a previsão da excessiva onerosidade no cumprimento da prestação ou no enriquecimento ilícito superveniente de uma das partes, é possível que a força do contrato seja contida pelo magistrado, de acordo com o princípio do equilíbrio contratual. Logo, pode-se dizer que o contrato é excepcionalmente

mutável, tendo esta possibilidade apenas no caso de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes.

2.3.5 Relatividade dos efeitos do contrato

Por este princípio, o contrato só deve vincular quem dele faz parte, não aproveitando nem atingindo terceiros, entendidos como qualquer pessoa estranha à relação jurídica, salvo raras exceções. O princípio trata da eficácia dos contratos, em outras palavras, tem-se a extensão dos seus efeitos.

É necessário ressaltar a diferença entre efeitos internos do contrato e a existência deste, pois um contrato estabelecido entre duas ou mais pessoas existe perante toda a sociedade, independente de quem faz parte dele. Porém, seus efeitos atingem apenas as partes contraentes.

De acordo com Silvio Rodrigues, “tal princípio representa um elemento de segurança, a garantir que ninguém ficará preso a uma convenção, a menos que a lei determine, ou a própria pessoa o delibere” (RODRIGUES, 2004, p. 17). Assim, o terceiro, estranho ao contrato, não poderá ficar vinculado de forma obrigacional a uma relação jurídica que não desejou e não contratou.

Ou seja, o contrato possui uma eficácia relativa, que é inter partes. Admitindo exceções, como por exemplo, o contrato coletivo de trabalho e o fideicomisso inter vivos.

2.3.6 Boa-fé contratual

A interpretação do contrato não deve ser feita com foco na forma literal da linguagem, é necessário ater-se à intenção das partes, ainda que esta esteja expressa ou transmitida de forma errônea no contrato. Isto deve ser feito em prol do interesse social de segurança nas relações jurídicas.

É preciso que exista uma colaboração mútua entre as partes contraentes, como explica Maria Helena Diniz,

As partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, denodo e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas

prestações, evitando o enriquecimento indevido, não divulgado informações sigilosas, etc. (DINIZ, 2005, p. 41 e 42).

O princípio da boa fé objetiva é previsto pelo artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”. Assim, entende-se que a boa-fé objetiva é considerada como um modelo para o comportamento das partes durante todo o processo do negócio jurídico.

3 DO CONTRATO ELETRÔNICO

Antes de conceituar o contrato eletrônico, é preciso fazer um comentário importante sobre sua nomenclatura, para evitar qualquer tipo de confusão. O termo “eletrônico” indica que a comunicação de dados é feita por impulsos elétricos, através do computador, logo, a comunicação é eletrônica. O que é bastante diferente do contrato digital, que é feito a partir de uma linguagem usada pelo computador, sendo esta, a forma pela qual é feito todo processo contratual.

Pela novidade do assunto e por ser pouco explorado, não há consenso entre os doutrinadores quanto à definição para os contratos realizados em ambientes virtuais; porém alguns doutrinadores preocuparam-se em formular um conceito jurídico. Para Glanz (apud GONÇALVES, 2009) o contrato eletrônico é qualquer contrato celebrado por meio de programas de computador ou de aparelhos com tais propriedades, dispensando a assinatura e a presença real das duas partes em um mesmo lugar, exigindo apenas assinatura codificada ou apenas uma senha. Já de acordo com Wielewick (apud LEAL, 2009), o contrato eletrônico pode ser definido como instrumento obrigacional de veiculação digital, são todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela Internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos.

3.1 Classificação dos contratos eletrônicos

Um importante fator no estudo dos contratos eletrônicos é a classificação, pois assim há como compreender e identificar as questões jurídicas pertinentes no assunto.

Atualmente, a ausência de uma legislação específica que regule os contratos eletrônicos faz com que os contratos sejam incluídos na categoria de contratos atípicos e de forma livre. Porém, é necessário entender que não há um novo tipo de contrato, pois ele sempre será de compra e venda, locação, prestação de serviços e assim por diante, ou seja, de uma das espécies de contratos elencadas no Código Civil. O único diferencial é a forma de realização em meio virtual.

Outro aspecto importante é que para os contratos eletrônicos é utilizada a mesma classificação geral dos contratos: unilaterais e bilaterais, onerosos e gratuitos, comutativos e aleatórios, nacionais e internacionais.

A única classificação em que ainda não podem ser inseridos em ambos os aspectos é quanto à forma que se aperfeiçoam: se solenes, quando exigem forma prescrita em lei, ou não-solenes, de forma livre. O motivo é a inexistência de qualquer dispositivo legal que disponha sobre uma forma específica para a realização de um contrato eletrônico.

Entretanto, visto que os contratos eletrônicos podem apresentar diversas maneiras de realização dentro do meio virtual, levando em conta o grau de interação entre o homem e a máquina, o presente trabalho adota uma classificação sistemática inicialmente proposta por Pereira dos SANTOS e Mariza Delapieve ROSSI (apud LEAL, 2009), que classificam os contratos eletrônicos em contratos intersistêmicos, interativos e interpessoais.

3.1.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos

São os contratos que se realizam entre máquinas previamente programadas pelo homem, agindo de forma automática, que ao analisarem as informações "decidem" quando enviar ou aceitar uma proposta de negócio. Geralmente, tais programas são utilizados por grandes empresas para, por exemplo, diminuir o trabalho de reposição de estoque, analisando se determinado produto está faltando, para que possa comprar novamente, e recusando os excedentes. Segundo Sheila Leal:

Usualmente, as empresas envolvidas na contratação, via EDI, precedentemente ao início das operações comerciais eletrônicas, já disciplinaram e detalharam os direitos e obrigações e as atribuições de cada parte. Contudo, após a programação dos programas aplicativos, não há mais manifestação de vontade humana. As máquinas operam, automaticamente, sem qualquer intervenção do homem (LEAL, 2009, p. 83).

EDI (Eletronic Data Interchange) é o meio de comunicação em que diversos aparelhos eletrônicos trocam informações por meio de protocolos (padrões de documentos).

As empresas que usam este recurso estabelecem, disciplinam e detalham os direitos, obrigações e as atribuições de cada parte antes de darem início às operações comerciais eletrônicas. Porém, após a programação dos aplicativos,

inexiste a manifestação da vontade humana, as máquinas fazem tudo automaticamente, sem a intervenção do homem, tendo em vista que certas decisões, como a qualidade, quantidade e preço do produto a ser adquirido, são tomadas pelos computadores e não pelos homens. Nesse sentido, Moreno Navarrete (apud LEAL 2009) defende a existência de uma “vontade informática”, visto que as decisões passam a ser tomadas pelas máquinas e não pelos contratantes.

Contudo, esta não seria a posição mais correta, tendo em vista que na criação e programação dos programas operados nas máquinas, houve a vontade humana que já predeterminou todo o processo de contratação. Assim, mesmo que de forma indireta, haverá participação da vontade humana nos contratos eletrônicos intersistêmicos. Além disso, na utilização do EDI, existe o respeito à autonomia das partes envolvidas, pois não há a imposição de qualquer restrição ao processamento interno das informações e aos mecanismos de troca de dados.

Quanto à possibilidade de falhas dos sistemas, Paula Costa e Silva (apud LEAL 2009) afirma que a responsabilidade deverá recair sobre aquele em benefício do qual a máquina estava atuando, tendo em vista que a opção por este método de contratação foi exclusiva daquela pessoa, mesmo sabendo que nenhuma máquina é imune a falhas. Existe uma aceitação tácita aos riscos do sistema no momento de sua escolha, visto que as vantagens decorrentes da utilização correta desta tecnologia cobrem os riscos.

No caso concreto, o juiz ou árbitro deve analisar se a falha foi devido a defeito em um ou ambos os sistemas ou, se de fato, decorreu de descumprimento de obrigação contratual, caso em que, autoriza a rescisão imediata do contrato.

3.1.2 Contratos eletrônicos interpessoais

São os contratos que se realizam entre pessoas através de dispositivos informatizados, em todas as fases da efetivação do contrato. Geralmente é feito em salas de chat (bate-papo), através de e-mail (correio eletrônico), ou até mesmo em uma videoconferência ou um ambiente eletrônico, como os jogos online ou redes sociais.

A semelhança dos contratos eletrônicos interpessoais via e-mail com os efetuados por correio convencional é tão grande que tais contratos são equiparados àqueles efetivados por carta, sendo considerados contratos à distância, visto que assim como uma carta, o email percorre um caminho através de servidores, até atingir o seu destinatário final, como uma carta percorre pontos postais e diversos meios de transporte até chegar ao seu destino.

No caso dos contratos feitos em salas de chat, videoconferência e ambientes virtuais, a comunicação entre o contratante e o contratado se faz em tempo real, sendo comparáveis aos contratos realizados por via telefônica.

De acordo com Sheila Leal, quanto à classificação feita por Erica Brandini Barbagalo:

Os contratos eletrônicos interpessoais podem ser simultâneos, quando “celebrados em tempo real, online”, propiciando interação imediata das vontades das partes, a exemplo dos contratos em salas de conversação ou videoconferência, e, como tal, considerados entre presentes; não simultâneos, quando entre a manifestação de vontade de uma das partes e a aceitação pela outra decorrer espaço mais ou menos longo de tempo. A esta última categoria pertencem os contratos por correio eletrônico, equiparados aos contratos entre ausentes, já que mesmo estando as partes se utilizando de seus computadores, concomitantemente, faz-se necessária nova operação para se ter acesso à mensagem recebida. (LEAL, 2009, p. 86)

Esta diferenciação tem uma grande importância, visto que, dependendo da classificação dos contratos (entre presentes ou entre ausentes), os efeitos jurídicos serão diversos, causando conseqüências igualmente diferentes. Como, por exemplo, quanto à conclusão do contrato, a regra é que, entre presentes, o contrato considera-se concluído no momento em que o cliente manifestar sua aceitação à oferta. Essa é a chamada teoria da agnição, adotada pelo Código Civil Brasileiro, com a subteoria da expedição, que exige que o documento que manifesta a aceitação seja efetivamente expedido.

Nesse sentido regem os artigos 433 e 434 do Código Civil de 2002:

Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

- I- no caso do artigo antecedente;
- II- se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;
- III- se ela não chegar no prazo convencionado.

Porém, segundo esta teoria, somente deve-se considerar concluído o contrato no momento em que o aceitante recebe do proponente a mensagem acusando a sua aceitação.

3.1.3 Contratos eletrônicos interativos

São os contratos em que a interação, feita por meio eletrônico, se dá entre o homem e a máquina, igualmente programada para propor e "fechar" contratos, comumente vista nas lojas virtuais (como saraiva e submarino), ou nos scripts Java para a aceitação de mensagens SMS via celular sobre notícias e serviços similares.

Sheila Leal, no tocante à divulgação dos produtos no ciberespaço, assevera:

No momento em que tais informações são disponibilizadas na Internet considera-se feita a oferta ao público e, conseqüentemente, manifestada a vontade do fornecedor. Já a vontade do consumidor é manifestada no momento em que ele acessa o sistema aplicativo e com ele interage, preenchendo os campos eletrônicos à sua disposição. Ao confirmar os dados, o consumidor conclui a aceitação. (LEAL, 2009, p. 87).

Esta é a forma mais comum de contratação eletrônica no mercado de consumo. Nela, os produtos são anunciados, contendo todas as especificações, detalhes, imagens, campos para preenchimento de dados bancários, opções de pagamento e assim que tudo isto estiver online na internet, considera-se feita a oferta ao público e manifestada a vontade do fornecedor. O consumidor só precisa acessar o sistema, preencher seus dados nos campos eletrônicos, confirmá-los e aceitar os termos e condições da compra, após seguir esses passos, sua manifestação de vontade já foi efetuada.

Os contratos eletrônicos interativos são também conhecidos por “contratos por clique”, pois através de um simples clique do mouse o indivíduo pode aceitar os termos da contratação, demonstrando que já tomou ciência de todas as condições do contrato.

Vale ressaltar que tais contratos são equiparados aos contratos a distância, já que são feitos através de um computador, sem a presença das partes no momento da conclusão, sendo aplicáveis as normas referentes aos contratos de consumo efetivados por esta modalidade e as normas relativas à contratação à distância previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Estes contratos também são considerados como contratos de adesão, tendo em vista a impossibilidade de discussão das cláusulas por parte do aceitante. Ele simplesmente aceita ou não as cláusulas unilateralmente estipuladas pelo fornecedor, sem ter a chance de discuti-lo, adaptando-o às suas necessidades.

3.2 Princípios da contratação eletrônica

Os princípios gerais do Direito Contratual são os mesmos aplicados à contratação eletrônica. Porém, existem princípios específicos que norteiam os contratos eletrônicos e, por não haver leis disciplinando o tema, estes princípios ganham uma importância ainda maior, já que são eles que darão suporte para a criação de uma legislação específica e eficaz no Brasil. Os próximos pontos farão uma análise destes princípios tomando por base o estudo de Jorge José Lawand (LEAL, 2009).

3.2.1 Princípio da equivalência funcional dos contratos realizados em meio eletrônico com os contratos realizados por meios tradicionais

Este princípio tem o objetivo de garantir que um contrato realizado em meio eletrônico possua os mesmos efeitos jurídicos que um contrato realizado por escrito ou verbalmente.

Mundialmente, os Estados Unidos deram o primeiro passo para a regulamentação deste tema no âmbito jurídico, com a edição da Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on Internet Trade Law), influenciando a edição de normas em diversos países, inclusive o Brasil, visando criar um ambiente internacional para o desenvolvimento dos negócios virtuais. Esta norma estabelece em seu artigo 5º: "Reconhecimento jurídico das mensagens de dados. Não se

negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica”.

Dessa forma, um contrato não pode ter sua validade negada apenas por ter sido realizado de forma virtual. Concedendo aos documentos eletrônicos a mesma validade de uma mensagem escrita, verbal ou tácita.

No Brasil, o princípio da equivalência funcional pode ser identificado nos Projetos de Leis brasileiros em trâmite no Congresso Nacional, que assim como a Lei Modelo americana, buscam a regulamentação do comércio eletrônico. É o que dispõe o artigo 3º do Projeto de Lei 1.589/99 da OAB de São Paulo: "O simples fato de ser realizada por meio eletrônico não sujeitará a oferta de bens, serviços e informações a qualquer tipo de autorização prévia".

Neste mesmo sentido, estão os artigos 28 e 32 do Projeto de Lei 4.906/2001. O artigo 28 assegura a equiparação da expedição de documentos eletrônicos com a remessa por via postal, já o artigo 32 prevê a possibilidade de utilizar os meios eletrônicos para notificações e intimações extrajudiciais no que refere a produtos e serviços adquiridos no meio virtual.

Portanto, o ponto principal deste princípio é a garantia de que os contratos firmados eletronicamente tenham validade e eficácia jurídica igual a um contrato celebrado de forma comum.

3.2.2 Princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital

Dada a constante inovação no ambiente digital, através do desenvolvimento da tecnologia e o surgimento de novos softwares e sistemas mais avançados no processamento de informações e de segurança eletrônica, tornando outros sistemas e máquinas obsoletas, o princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital representa um papel de suma importância.

Com todo esse avanço, não só as máquinas tornam-se ultrapassadas, eventualmente, as leis podem ter o mesmo fim. Este princípio busca evitar exatamente isso, revestindo as leis com duas características fundamentais: neutralidade e perenidade. Assim, para Sheila do Rocio: “As normas devem ser neutras para que não constituam em entraves ao desenvolvimento de novas

tecnologias e perenes no sentido de se manterem atualizadas, sem necessidade de serem modificadas a todo instante.” (LEAL, 2009, p. 91).

A futura legislação que tratar sobre comércio, documentos e contratos eletrônicos deve incluir no âmbito de sua aplicação as inovações, atualizações e possíveis novas descobertas da área, evitando uma nova edição ou até uma nova lei toda vez que existir um avanço tecnológico. Neste mesmo sentido, dispõe o artigo 13 da Lei Modelo da Uncitral: "recomenda-se que todo o Estado que decida regulamentar em maior detalhe o emprego destas técnicas, procure não perder de vista a necessidade de manter a desejável flexibilidade do regime da Lei Modelo".

3.2.3 Princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos

Os contratos eletrônicos são contratos que apenas ganharam um novo meio de realização (a utilização de computadores), ou seja, eles não caracterizam um contrato novo e nem possuem uma natureza jurídica substancialmente diversa das relações contratuais comuns. Em outras palavras, os contratos eletrônicos guardam todas as características básicas do contrato comum e a eles devem ser aplicadas as mesmas normas.

Não importa se o contrato foi totalmente ou parcialmente realizado no ambiente virtual, um contrato de prestação de serviços, por exemplo, não será diferente apenas por ter sido concluído eletronicamente. Neste ponto, Jorge Lawand que afirma que:

Os elementos essenciais do negócio jurídico – consentimento e objeto, assim como suas manifestações e defeitos, além da própria tipologia contratual preexistente, não sofrem alteração significativa quando o vínculo jurídico é estabelecido na esfera do comércio eletrônico (LAWAND, apud LEAL, 2009, p. 92)

Desde que estejam presentes os elementos essenciais do contrato, não há motivo para dar um tratamento diferente ao contrato eletrônico, visto que ainda não há uma legislação específica sobre o assunto. Estudando as formas contratuais existentes no ordenamento nacional, percebe-se que eles são capazes de suprir boa parte das possíveis espécies contratuais em meio eletrônico. Mais uma vez, analisando o posicionamento de Lawand:

A internet não cria espaço livre, alheio ao Direito. Ao contrário, as normas legais vigentes aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que a quaisquer outros negócios jurídicos. A celebração de contratos via Internet se sujeita, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro (Código Civil). Tratando-se de contratos de consumo, são também aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor (Código de Defesa do Consumidor). (LAWAND, apud LEAL, 2009, p. 92).

Os operadores do Direito devem fazer uso das formas interpretativas da legislação, como as técnicas de analogia e a integração, para solucionar as possíveis questões que podem surgir e que possuam uma norma correspondente na legislação contratual em vigor.

Entretanto, é necessário admitir a existência de aspectos da contratação eletrônica que não possuem normas correspondentes na atual legislação, por exemplo, a formação, forma e prova do contrato, bem como no que tange aos meios de pagamento. Nestes casos, há uma necessidade urgente de criação de leis específicas.

Vale ressaltar que mesmo após a criação de leis específicas para a contratação em meio eletrônico, em observância ao princípio de conservação, as normas e os princípios gerais reguladores do direito contratual continuam sendo aplicados. Desta forma, as novas leis devem complementar as existentes e não substituí-las de forma plena.

3.2.4 Aplicação do Princípio da boa-fé objetiva aos contratos eletrônicos

O princípio da boa-fé já foi explicado anteriormente, porém, dada a vulnerabilidade do ambiente virtual, expondo os contratantes a riscos e possibilitando os mais diversos tipos de fraude e insegurança no meio eletrônico, faz-se necessário analisar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva em relação aos contratos eletrônicos.

O primeiro diploma legal brasileiro a contemplar de forma expressa o princípio da boa-fé objetiva foi o Código de Defesa do Consumidor, buscando solucionar os problemas decorrentes da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. É o que se pode ver no artigo 4º, que dispõe:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

O princípio visa à proteção da parte mais fraca da relação jurídica, visto que quanto maior a diferença social e econômica entre os contratantes, maior deve ser a atuação deste princípio. Esperando que a parte que possui mais vantagens em relação à outra, aja de forma justa e leal, honrando com a confiança nela depositada. É necessário alcançar o equilíbrio contratual.

A boa-fé objetiva também é prevista no Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 422, constituindo base para a harmonização dos interesses dos contratantes. Destaca-se o entendimento de Nalin neste sentido:

"Sempre caberá ao aplicador – juiz – o dever de, em consulta aos seus próprios valores éticos comportamentais, manifestar-se caso a caso, se as partes agiram segundo um standart da boa-fé objetiva, estabelecido a partir do seu próprio imaginário" (NALIN, apud LEAL, 2009, p. 96).

No meio eletrônico, as pessoas estão sujeitas aos mais diversos tipos de ameaças, pois na mesma medida em que existe o avanço tecnológico, há um avanço dobrado no desenvolvimento de novas formas de fraudes virtuais, outro fato que contribui bastante neste fator é que as pessoas desconhecem as ferramentas que podem trazer proteção e evitar tais práticas abusivas.

De acordo com Antônio Carlos Efig: "O princípio da boa-fé permeia todas as ações humanas, sendo regra ínsita aos próprios valores éticos e morais da sociedade" (EFING apud LEAL, 2009, p. 97)

Desta forma, a aplicação do princípio da boa-fé ganha uma importância fundamental entre todos os outros princípios que devem ser aplicados aos contratos eletrônicos, visto que, como ainda é inexistente a legislação específica para regular as contratações em meio eletrônico, a boa-fé, deve ser recoberta de todas as suas funções para garantir que tais injustiças não venham a acontecer.

3.3 Legislação aplicável aos contratos eletrônicos

Como dito anteriormente, os contratos eletrônicos não possuem leis específicas, mas isto não prejudica a pessoa que realizar negócios jurídicos através da rede de computadores.

Atualmente, o empresário ou comerciante brasileiro, que faz uso da internet para vender seus produtos ou serviços para os consumidores, tem as suas obrigações estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, como qualquer outro fornecedor. Isto significa que as transações feitas de forma eletrônica, entre brasileiros, devem obedecer aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos demais contratos celebrados no país.

Porém, se este brasileiro faz uma oferta na internet e um estrangeiro decide comprar, o fornecedor brasileiro terá que obedecer as normas do Código de Defesa do Consumidor, principalmente sobre os requisitos da oferta. Do mesmo modo, se o contrato eletrônico é realizado entre um brasileiro e um ofertante que mora em outro país, ele deve obedecer ao previsto no art. 9º, §2, da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece a aplicação, conforme a situação, da lei do domicílio do proponente. Assim, o brasileiro do exemplo terá que atender as leis do país do contratante que fez a oferta.

Entretanto, tal determinação não é plena, visto que no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, é estabelecido que os contratos efetuados com estrangeiros não terão eficácia no Brasil, caso ofendam à soberania nacional, à ordem pública e os bons costumes. O mesmo está determinado no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, que diz que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, que é constituído como um direito fundamental. Já no artigo 170, V, da Constituição Federal, verifica-se que a defesa

do consumidor está inserida na categoria de princípio constitucional da ordem econômica e social.

Além disso, o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que as leis de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública, cogente e indisponíveis. Logo, tais leis são também aplicáveis aos contratos eletrônicos internacionais celebrados com as lojas de comércio virtual para que sejam protegidos os direitos dos consumidores brasileiros.

Com isto, surge um grande problema quando o negócio jurídico é realizado entre países diferentes, para solucioná-lo a doutrina propõe alternativas como arbitragem e a auto-regulamentação. A arbitragem seria usada em casos de fácil solução, como uma alternativa mais eficiente e célere. Mas não poderia ser usada em todos os casos, como as questões penais, o que dependeria da criação de um modelo de jurisdição digital, já existente em outros países, mas que agora não parece viável, pela falta de leis específicas existentes no país. Já a auto-regulamentação dependeria de órgãos criados especificamente para a resolução desses problemas, formados a partir de grupos interessados em proteger o direito dos consumidores, sendo necessária a filiação de todos os sites de comércio eletrônico a algum desses grupos.

Enquanto isso não ocorre, se o consumidor brasileiro que comprou de uma empresa estrangeira teve problemas, ele terá que mover uma ação no país sede da empresa ou ajuizá-la no Brasil, sendo amparado pela Constituição Federal, pela Lei de Introdução ao Código Civil, pelo Processo Civil (disposto no artigo 88, II) e pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.4 Do foro competente

O foro competente não pode ser confundido com a legislação aplicável. De acordo com o artigo 11 do Código de Processo Civil, o foro competente para resolver litígios decorrentes do descumprimento das obrigações e dos contratos será o que for eleito pelas partes. Caso não exista um foro de eleição, o Código de Processo Civil estabelece no artigo 94 que a ação fundada em direito pessoal será proposta no domicílio do réu, já no artigo 100, inciso IV, letra d, é estabelecido que o

foro competente será o lugar onde a obrigação deva ser realizada, para a ação em que for exigido o cumprimento.

4 VALIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

A internet mostrou-se uma ferramenta que facilitou a comunicação e interação entre as partes, por exemplo, é fácil negociar qualquer produto entre dois continentes diferentes em apenas alguns segundos. Porém, a internet também apresenta-se como um ambiente bastante vulnerável, o que facilita a ocorrência e a causa de danos das mais variadas espécies, possibilitando o grande número de crimes digitais existentes no cotidiano. Por esta razão é necessário que existam regras, cuidados e providências que assegurem e tornem confiáveis os procedimentos efetuados pela rede.

É neste ponto que existe a necessidade da validade jurídica, visto que validade tem seu significado diretamente relacionado à segurança, estabilidade, ética, justiça e certeza. E tudo isso é o que um contrato deve proporcionar para as partes. A validade jurídica assegura que o contrato pode ser usado como prova processual ou como título representativo de uma obrigação no caso de algum possível problema, evitando prejuízos e desconfiança.

4.1 Elementos de validade dos contratos eletrônicos

Para que algo seja válido é preciso que esteja de acordo com o ordenamento jurídico vigente e que atenda aos princípios gerais do direito, satisfazendo os requisitos determinados em lei. Assim, para que os contratos eletrônicos sejam válidos, é necessário que eles possuam os elementos fundamentais dos contratos em geral como consentimento válido, objeto lícito e possível, determinado ou determinável, capacidade dos contratantes e forma prevista ou não vedada em lei.

Para entender a aplicação desses elementos no ambiente virtual, o presente estudo adota a forma e a classificação proposta por Paloma Llana González (LEAL, 2009) dividindo os elementos em:

- a) Elementos subjetivos: Declaração de vontade, emissor e receptor das mensagens eletrônicas;
- b) Elementos objetivos: Objeto contratual e meios eletrônicos de pagamento;
- c) Elementos formais: Forma do contrato, documento eletrônico e a firma eletrônica.

4.1.1 Elementos subjetivos da contratação em meio eletrônico

Os elementos de validade dos negócios jurídicos são os elementos dispostos em lei e que devem ser observados, sob pena do negócio ser considerado nulo ou anulável. Da mesma forma que nos demais contratos, os elementos subjetivos são características pessoais dos contratantes, ou seja, a capacidade das partes e o consentimento válido expresso pela perfeita manifestação de vontade.

a) Os atos praticados por incapazes na Internet

Conforme dito anteriormente, para que o contrato seja válido é preciso que as partes tenham capacidade, ou seja, apenas é válido o contrato realizado por pessoas capazes, assim consideradas pelo Código Civil, como pessoas aptas para praticar, sozinhas, todos os atos da vida civil. A incapacidade geralmente cessa aos 18 anos, mas também nos casos de antecipação da maioridade civil (pelo casamento, emancipação, cargo público efetivo, e etc.).

Porém, os menores de 18 anos são absolutamente incapazes, se tiverem menos de dezesseis anos, ou relativamente incapazes, entre dezesseis e dezoito anos de idade. Também são considerados incapazes as pessoas que possuem as faculdades mentais comprometidas, como nos artigos 3º (enfermos ou deficientes mentais sem discernimento e aqueles que não puderem exprimir sua vontade, mesmo que temporariamente) e 4º (pródigos, ébrios, viciados em tóxicos e deficientes com discernimento reduzido, além dos excepcionais que não possuem desenvolvimento mental completo) do Código Civil Brasileiro. Os atos praticados por um absolutamente incapaz são passíveis de nulidade, já os praticados por um relativamente incapaz estão sujeitos à anulabilidade, como se vê nos artigos 166, inciso I e 177, inciso I, ambos do Código Civil.

Esta norma busca proteger os incapazes de pessoas que tentem se aproveitar do seu estado para adquirir vantagens.

É de conhecimento geral que a internet é uma ferramenta bem conhecida pelas crianças e adolescentes, e este fator tem uma importância especial para a contratação eletrônica, visto que é comum que eles realizem contratos eletrônicos para fazer o download de jogos, softwares, arquivos ou até mesmo para comprar um produto na internet. O que enseja o questionamento se tais contratos são mesmo

válidos, já que são feitos por menores.

Mesmo com a lei protegendo os incapazes, a doutrina e a jurisprudência tem tratado esse assunto de forma mais amena, tendo em vista os atos corriqueiros praticados por menores. Deve-se analisar no caso em concreto se o ato praticado pelo incapaz era um ato em que se poderia presumir a aceitação dos seus responsáveis legais.

Porém é preciso lembrar que a relativização da incapacidade para a realização de atos corriqueiros é um caso excepcional que considera a realidade fática da situação. Nos casos em que o menor não tem nenhum tipo de conhecimento de informática ou de internet, realizando um contrato eletrônico sem nenhuma intenção e sem a autorização de seus pais, faz-se necessária a aplicação da lei de tornar o ato nulo. Mesmo que os atos cotidianos praticados por crianças e adolescentes não tenham sua validade jurídica questionada, isto não significa que não podem ser anulados, tudo depende da situação, desde que os pais resolvam pleitear judicialmente a declaração de nulidade do ato praticado, em que o juiz deve analisar o caso concreto para aplicar a lei ou não. Logo, estes contratos estão juridicamente sujeitos à anulação ou anulabilidade, desde que solicitada pelo representante legal.

Pode acontecer o fato de um menor relativamente incapaz, ao contratar, ocultar sua idade ou se passar por agente capaz, o Código Civil traz a situação prevista no artigo 180:

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 obrigarse, declarou-se maior.

Logo, se um menor fizer alguma compra ou contratação através da internet e no momento, ele ocultou dolosamente sua idade para evitar o cumprimento da obrigação ou se apresentou como capaz, usando de má-fé, visto que realmente há uma malícia em realizar o contrato com dados falsos, deve ele mesmo, ou através de seus representantes legais, assumir as obrigações contraídas.

É este o motivo que faz com que todas as lojas virtuais possuam formulários que solicitam os dados pessoais do usuário, tais como data de nascimento e deixam

bem expresso que é não será realizada a contratação com pessoas menores de dezoito anos.

Outra questão que levanta certa discussão sobre a validade dos contratos eletrônicos é a dificuldade para identificar os contratantes, uma vez que geralmente as pessoas não se veem, não há o uso de documentos escritos e sempre existe a possibilidade de alguém se passar por outra pessoa. Mesmo rastreando o computador, endereço de email ou provedor de internet, não é possível determinar se foi mesmo aquela pessoa que realizou o ato, já que ela pode ter usado o computador, email ou provedor de outra pessoa, ou até mesmo fornecido qualquer dado pessoal de um terceiro, o que demonstra a falta de segurança no meio.

Sem a segurança necessária, é impossível falar em validade jurídica dos contratos eletrônicos. Logo, a lei deve assegurar que os documentos e contratos produzidos em meio eletrônico tenham a mesma validade do que os documentos e contratos realizados no papel. Isto só será possível através de sistemas eletrônicos que possam assegurar a identidade das partes e a integridade e validade das mensagens eletrônicas usadas para realizar um negócio. Já existem vários meios que tornam isso possível, tais como sistemas biométricos e programas que envolvem criptografia, assinatura digital e chave de certificação eletrônica, que devem ser usados para que a validade seja garantida.

b) A validade do consentimento em meio eletrônico

A manifestação de vontade realizada através da Internet ou de redes fechadas, se dá através das trocas de mensagens eletrônicas entre os contratantes. De acordo com o conceito proposto pelo artigo 2º da Lei Modelo da Uncitral, “Entende-se por mensagem eletrônica, a informação gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente, por meio óptico ou similares”.

Para os contratos intersistêmicos, o consentimento é formado no momento em que as partes celebram o acordo, visto que após este momento, haverá a troca de mensagens eletrônicas automáticas entre sistemas auto-aplicativos, programados para efetuar exatamente o que foi celebrado. Já nos contratos interpessoais, as mensagens podem ser enviadas através do e-mail ou por comunicação direta entre as partes, como chats ou qualquer software que possibilite a conversação em tempo real. O consentimento se dá com o envio da mensagem

eletrônica de confirmação.

Nos contratos interativos, a manifestação de vontade se dá pela interação entre uma pessoa e um sistema pré-programado. Neste caso, serviços, produtos e informações são ofertados em um site. É a forma mais comum de contratação, em que a demonstração do consentimento se dá ao clicar sobre as palavras exibidas na página, como por exemplo, “Eu aceito”, “Eu concordo”, “Confirmar”, “Finalizar” ou apenas “sim”.

O Projeto de Lei Brasileiro nº 4.906/2001, estabelece os requisitos para atribuir validade às mensagens enviadas eletronicamente, seria um grande passo para uma legislação específica no país, caso ele venha a ser aprovado, abrindo portas para outros projetos que caminhem no mesmo sentido, que diz no seu artigo 26, que sem prejuízo das disposições do Código Civil, a manifestação de vontade das partes contratantes, nos contratos celebrados em meio eletrônico, dar-se-á no momento em que o destinatário da oferta enviar documento eletrônico manifestando, de forma inequívoca, a sua aceitação das condições ofertadas. O parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que a proposta de contrato por meio eletrônico obriga o proponente quando enviada por ele próprio ou por sistema de informação por ele programado para operar automaticamente. De acordo com o parágrafo segundo, a manifestação de vontade, citada no caput do artigo, será processada mediante troca de documentos eletrônicos.

No artigo 27 do mesmo Projeto de Lei, o documento eletrônico considera-se enviado pelo remetente e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço eletrônico definido por acordo das partes e neste for recebido.

E por fim, no artigo 28, a expedição do documento eletrônico equivale à remessa por via postal registrada, se assinado de acordo com os requisitos desta lei, por meio que assegure sua efetiva recepção; e à remessa por via postal registrada com aviso de recebimento, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente e por este recebida.

Desta forma, não importa o programa ou sistema de computador usado para realizar a comunicação entre as partes, os contratos em meio eletrônico terão validade, pois os contratos são regidos pelo princípio da liberdade das formas, desde que não prescrita ou defesa em lei. Além disso, existe o princípio da liberdade de manifestação de vontade negocial, que pode ser expressa de forma escrita,

verbal ou até mesmo tácita. Logo, não se pode negar a validade da declaração de vontade apenas por ter sido feita em meio eletrônico.

Deve-se, como sempre, observar se o consentimento manifestado por qualquer uma das partes está livre de vícios, do dolo e da coação, da mesma forma que em qualquer outro tipo de contrato.

Tal necessidade de consentimento informado tem uma atenção especial em relação aos contratos eletrônicos de consumo classificados, em sua maioria, como contratos de massa e de adesão, visto que é o fornecedor que escolhe as cláusulas do acordo, sem que o consumidor tenha a chance de discutir ou alterar o conteúdo do contrato escrito.

Neste caso, é necessário que o fornecedor esclareça e informe ao consumidor todos os detalhes sobre o conteúdo do contrato, informando sobre os possíveis riscos, as obrigações contratuais e as cláusulas restritivas dos seus direitos, que devem estar destacadas na página do site e da oferta, como previsto pelo artigo 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de não obrigatoriedade em relação ao consumidor.

Outros artigos relevantes ao assunto e que estão presentes no Código de Defesa do Consumidor que vão desde os direitos básicos do consumidor até a declaração de vontade e o consentimento informado, estando previsto nos artigos 6º, inciso III, 30, 31, 46 e 48, todos do CDC.

A aplicação destes dispositivos pode servir para os contratos eletrônicos, em especial para os contratos interativos, que são os contratos que mais se adequam a essa norma e que representam a maior parte dos contratos eletrônicos efetuados no nosso cotidiano.

Apesar de várias pessoas usarem a internet para fazer suas compras, ainda há gente que desconfie das lojas virtuais, principalmente pelo fato de muitas vezes não possuírem os dados completos do estabelecimento ou pela dificuldade de conseguir um contato direto com o fornecedor. De acordo com Maurício Matte (LEAL, 2009) existem dois tipos de lojas virtuais: O primeiro tipo é representado pelas “bricks & clicks”, que são as lojas que tanto existem fisicamente quanto virtualmente, como por exemplo, a loja “Americanas”, já o segundo tipo é representado pelas lojas puramente virtuais, que mesmo tendo que registrar seus

dados físicos (endereço de sede, CNPJ e CPF), nem sempre operam com estoque e nem possuem um ponto de venda físico, já que sua loja é inteiramente virtual, disponível apenas aos usuários da internet.

Devido a estas circunstâncias é necessário que as lojas virtuais, mesmo que híbridas ou puras, disponibilizem seus dados e informações completas aos seus consumidores, para que seja garantida a aplicação da legislação vigente, além de conferir maior segurança aos contratos efetuados em ambiente virtual.

Neste sentido, já existe um Projeto de Lei Brasileiro nº 1.589/99, de autoria do Deputado Federal Luciano Pizzato, que em seu artigo 4º exige que nos sites de oferta de produtos e serviços da Internet, contenham 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 operação.

Além disso, o site deve fornecer informações que sejam fáceis de acessar e que estejam destacadas na tela, sem existir as famosas “letras miúdas”, devendo apresentar os possíveis riscos, forma de funcionamento do produto, os meios e condições de pagamento e as eventuais taxas que o produto possa acarretar. O consumidor tem direito que os termos e condições do negócio venham redigidos de forma clara e em português, com uso de caracteres ostensivos quando se tratar de limitações a seus direitos e interesses. Vale ressaltar que já existem empresas virtuais no Brasil que só aceitam fazer qualquer tipo de venda ou parceria com empresas que possuam todos os seus termos traduzidos para o português e que já possuam registro de pessoa jurídica no Brasil.

4.1.2 Elementos objetivos e a validade do objeto da contratação em meio eletrônico

Assim como qualquer outro tipo de contrato, o contrato eletrônico deve possuir um objeto lícito, possível, determinado ou determinável. No ambiente virtual, esses objetos tanto podem ser bens corpóreos como podem ser bens imateriais, além de serviços. Estes objetos são constantemente ofertados na internet.

Dentre os bens imateriais mais negociados na internet, tem-se a informação, que vão desde os dados pessoais do usuário, até as informações recolhidas por um serviço ou site na internet, como por exemplo, as preferências e interesses do usuário, a partir dos sites que ele visita. Tais informações tem um grande valor para o mercado de publicidade virtual. O problema é que, na maioria das vezes, os sites que recolhem essas informações de seus usuários não informam sobre isto. A partir daí, as informações de milhares de pessoas são negociadas sem que elas saibam, prejudicando a relação de confiança que existe entre o consumidor e os sites que lhe prestam serviços. O fornecedor deve assegurar que essas informações e dados serão mantidas em sigilo.

Porém, as informações não são o único objeto dos contratos realizados na internet, atualmente é possível contratar os mais diversos tipos de serviços através da rede (turismo, entretenimento, serviços profissionais, financeiros e muito mais) e efetuar o pagamento no mesmo momento. É aí que surge outro elemento real da contratação eletrônica: os instrumentos eletrônicos de pagamento.

Através desses instrumentos é possível ter acesso a sua conta bancária ou seu saldo em sites de sistema de pagamentos online (como paypal e pagseguro), em que você autoriza a transação e o dinheiro é automaticamente transferido para a conta do credor. Através destes serviços, você escolhe qual a forma que prefere para realizar o pagamento, os mais comuns são cartão de crédito e débito, carteiras virtuais e dinheiro eletrônico. Porém, outros sites ainda disponibilizam a opção para pagar via boleto bancário ou através de cartões exclusivos da loja virtual, serviço semelhante ao de cartão de crédito.

Para que seja garantida a segurança e confiança no comércio eletrônico, existem ferramentas e procedimentos tecnológicos como a criptografia, certificação digital e assinatura digital. Além disso, para o uso de cartões de crédito na rede,

existe o protocolo SET, abreviatura de Secure Eletronic Transaction, que também é baseado em técnicas criptográficas, garantindo a confidencialidade dos dados trocados entre as entidades envolvidas e a privacidade dos dados pessoais do usuário, evitando possíveis fraudes e uso indevido tal como uma compra feita por terceiro em nome do usuário.

4.1.3 Elementos formais dos contratos eletrônicos

Estão incluídas nos elementos formais de validade da contratação eletrônica: a forma, a segurança, a validade e a prova de documentos eletrônicos.

a) Da forma dos contratos eletrônicos

Com a expansão da internet, o modo de realização de negócios sofreu uma grande influência da chamada “era digital”, graças à facilidade de ofertar bens e serviços por meio da internet e a possibilidade de publicar isso ao mundo inteiro. Foi com a proliferação das lojas virtuais e dos sites de negociação entre usuários que surgiram as negociações através do ambiente digital. O artigo 107 do Código Civil Brasileiro de 2002, traz como princípio a liberdade da forma para os negócios e atos jurídicos em geral. Logo, exceto em casos previstos na lei, os contratos podem ser celebrados de forma verbal, escrita, por instrumento público ou particular, ou até por meio eletrônico, usando a internet.

Logo, um contrato não pode ser considerado nulo apenas por ter sido celebrado de forma eletrônica, desde que ele preencha os requisitos legais, ele deve possuir a mesma validade, efeitos e caráter vinculativo do que um contrato celebrado de modo tradicional, a liberdade da forma é assegurada, mas nem todos os contratos podem ser submetidos à esta regra. Na lei, existem exceções ao princípio, pois há situações em que a lei determina uma forma para a realização do ato jurídico e, caso este seja realizado de maneira diversa, o contrato será considerado nulo. Está é a forma *ad substantiam*, em que a lei estabelece a forma como a declaração de vontade deve ser emitida.

Existe também a forma *ad probationem*, em que a forma deve facilitar a prova do ato jurídico, garantindo publicidade e exigibilidade, a falta desse tipo de forma não invalida o contrato, mas torna difícil a aplicação de seus efeitos jurídicos

práticos. Assim, pode-se entender que desde que o contrato celebrado não seja um dos quais a lei estabelece uma forma, ele deve ser considerado válido. Mas o contrato deve comprovar em juízo a sua existência, integridade do conteúdo e a identidade das partes. É aí que surge um dos obstáculos para a validade da contratação eletrônica no Brasil.

Para que um contrato eletrônico consiga fornecer com segurança a identidade das partes e a integridade do conteúdo, é preciso que a lei brasileira seja reformulada, visto que os requisitos formais elencados em nosso ordenamento não são apropriados para regular a contratação eletrônica. Além disso, a lei deve estabelecer as ferramentas e tecnologias que possam proporcionar a integridade e confiabilidade das informações e dados contidos no contrato, para que estes sejam equiparados aos documentos produzidos em papel.

b) Da insegurança dos meios eletrônicos

A Internet tornou-se um meio muito popular de comunicação, mas infelizmente, nem todos possuem conhecimento específico sobre seus elementos, como linguagem, protocolos e serviços. Nem todas as pessoas buscam informações sobre a loja em que estão comprando, sobre o site que estão acessando e nem se preocupam se há alguma ferramenta que garanta a segurança das transações.

Tais fatores criam um ambiente de incertezas, desvantagens e insegurança. Não apenas para o consumidor, que pode comprar uma mercadoria e não receber o produto ou ter seus dados roubados por alguém, como também para o fornecedor, que pode estar realizando um negócio com um menor que usa dados de terceiro. Estas práticas prejudicam o desenvolvimento do comércio eletrônico em todo o mundo, recentemente a empresa Sony sofreu um ataque de hackers que resultou no roubo de dados pessoais de milhões de seus usuários, contendo informações como nome, endereço de e-mail e cartão de crédito. Mas, devido às suas medidas de segurança, nenhuma compra indevida dentro do sistema da Sony foi efetuada. Entretanto, existem sites que não possuem tais medidas, o que facilita a existência de fraudes.

Esta insegurança no ambiente digital acaba por influenciar na validade dos negócios jurídicos realizados em meio virtual, para isso, é necessário que o fornecedor e o consumidor adotem as medidas de segurança necessárias para

evitar problemas e assegurar a autenticidade e confiabilidade dos documentos eletrônicos.

c) Da validade dos documentos eletrônicos

Nos contratos eletrônicos, a manifestação de vontade é feita por mensagens eletrônicas entre as partes, mas qualquer transação deve gerar um documento que sirva como prova processual. Desta forma, a validade jurídica dos contratos eletrônicos está vinculada à validade jurídica dos documentos eletrônicos, devido à necessidade de demonstrar a validade e eficácia do negócio jurídico através de um documento que os comprove.

O documento eletrônico é definido pelo artigo 2º, I, do Projeto de Lei Brasileiro nº 4.906/01 como “a informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares”.

No campo processual, o artigo 1º da Lei nº 9.800 de 26 de maio de 1999, dá a possibilidade de transmitir documentos por correio eletrônico, via e-mail, permitindo que as partes usem o sistema de transmissão de dados e imagens, como fac-simile ou similar, para a prática de atos que dependam de petição escrita. O computador pode ser considerado como um instrumento similar, logo a lei dá a oportunidade de enviar documentos por meio da internet, desde que no prazo de 5 dias os originais em papel sejam juntados aos autos.

Para que os documentos eletrônicos tenham validade é preciso que eles atendam certos requisitos, tais como a datação, a confidencialidade dos dados, a autenticidade, a integridade e o não repúdio.

Todo documento eletrônico necessita estar datado, é preciso saber quando foi que o negócio jurídico foi realizado, o exato momento, ainda mais em um ambiente digital, onde, graças à grande velocidade das informações, um segundo faz toda a diferença.

A confidencialidade dos dados deve ser garantida pelos fornecedores, para garantir aos consumidores que seus dados não serão utilizados além da finalidade que foi estabelecida em contrato e nem serão entregues a terceiros sem autorização. Todos os sites que recolhem dados ou informações dos seus usuários devem os guardar sigilosamente, sendo responsáveis por qualquer problema decorrente da revelação desses dados, mesmo que acidental ou deliberada.

A autenticidade de um documento garante a origem e a autoria das mensagens, além da identidade das partes. Visto que sem a autenticidade não há validade, pois um site que não a garante, pode usar os dados do consumidor para praticar crimes virtuais ou efetuar compras no nome desta pessoa. Por isso, é necessário que exista um processo que comprove a identidade das partes e garanta que foi daquele ponto que a mensagem partiu, neste sentido Cesar Viterbo Santolim afirma:

Para que a manifestação de vontade seja levada a efeito por um meio eletrônico (isto é, não dotado de suporte cartáceo, que se constitui no meio tradicional de elaboração de documentos), é fundamental que estejam atendidos dois requisitos de validade, sem os quais tal procedimento será inadmissível:

- a) o meio utilizado não deve ser adulterável sem deixar vestígios; e
- b) deve ser possível a identificação do(s) emitente(s) da(s) vontade(s) registrada(s) (SANTOLIM, apud LEAL, 2009, p. 155).

Da mesma forma, os documentos eletrônicos devem garantir a integridade das informações, ou seja, o documento não deve sofrer alterações ou modificações. Esta preocupação surge pelo fato de que na internet, um documento viaja por diversos pontos antes de chegar ao receptor e está sujeito a qualquer tipo de ataque, fraude ou alteração no percurso. Por isso, é necessário adotar medidas que evitem ou que diminuam a chance de qualquer forma de adulteração do conteúdo.

O não repúdio ou a não rejeição surgiu no direito norte-americano para que determinada comunicação ou mensagem eletrônica adquirisse força vinculante e efeitos jurídicos, ante a possível negação de sua existência (SUÁREZ, apud LEAL, 2009, p. 156). Assim, tem o objetivo de garantir que o emissor não possa negar o envio de uma mensagem e nem que o receptor possa negar o recebimento da mesma. Só que para isso é necessário que haja certeza quanto a identidade do emissor e do receptor, além da integridade da mensagem através de um sistema de assinatura digital com criptografia assimétrica. Logo, serve para demonstrar para terceiros que houve a troca de mensagens entre duas pessoas. Mas para que isto seja aplicado à prática é necessário que as duas partes aceitem usar o serviço de não repúdio em suas comunicações e se submetem à uma autoridade certificadora para realizar a verificação das firmas eletrônicas na busca de provar a autenticidade e integridade das mensagens.

4.2 Tecnologias e ferramentas empregadas para garantir a segurança e a validade dos documentos eletrônicos

Para que os contratos eletrônicos sejam realizados com total segurança e confiança das partes é necessário garantir que estejam livres e protegidos dos possíveis ataques da rede. Para isso foram desenvolvidas tecnologias e ferramentas que propiciam um ambiente seguro para a celebração de negócios, mas que também ajudam na validade e eficácia probatória dos contratos eletrônicos. Dentre as mais conhecidas, é possível citar as tecnologias biométricas, a criptografia, a assinatura digital e a certificação digital.

a) Tecnologias biométricas

São cobertas de alta confiabilidade, mas por causa do seu alto custo, não são tão populares, o que vem mudando ao decorrer do tempo, mas de forma ainda bem sensível, visto que nem todo mundo tem uma máquina dessas em casa. Dentre as mais famosas estão o reconhecimento do padrão de voz, exame de retina, escaneamento das impressões digitais e da palma da mão.

As que usam a análise de características fisiológicas do indivíduo são mais estáveis e confiáveis, visto que é pouco provável que alguém consiga copiar, forjar ou roubar a impressão digital de uma pessoa.

b) Criptografia

A criptografia consiste em escrever em cifras ou códigos, usando um conjunto de técnicas que impossibilitam que estas mensagens sejam lidas por alguém que não seja o destinatário desejado. Este processo recebe o nome de cifragem. Para que o destinatário consiga ler a mensagem com clareza, será preciso que ele realize o processo reverso, a decifragem.

A criptografia moderna é formada por dois métodos: o simétrico e o assimétrico. O simétrico ocorre quando uma senha ou chave privada é usada tanto para crifar como para decifrar. Não é absolutamente segura porque faz uso de operações matemáticas com retorno e não prova a identidade da pessoa. Já a criptografia assimétrica, ou de chaves públicas, possui dois segredos, ou duas chaves, conhecidas como chave privada e chave pública que se relacionam matematicamente para fazer a cifragem das informações, apenas a outra chave

correspondente é capaz de fazer o processo inverso. O uso da criptografia assimétrica aumenta a segurança, visto que a chave privada não precisa ser revelada e nem combinada entre as partes.

A criptografia assimétrica é considerada como um dos melhores sistemas de segurança eletrônica, visto que a chave privada é de uso e conhecimento exclusivo do seu titular, garantindo a identidade do remetente, integridade do documento e do conteúdo e o não repúdio da mensagem. Mesmo que exista a chance de poder decifrar um sistema criptográfico assimétrico forte, seria inviável fazê-lo, visto que demandaria muito tempo e custo.

c) Assinatura digital

A assinatura digital criptográfica com certificação digital é considerada o meio mais seguro de comprovar a autenticidade e integridade de um documento e a identidade e a manifestação de vontade de uma pessoa. É definida por Manlio Cammarata (LEAL, 2009, p. 162) como “o elemento indutivo unívoco de um sujeito, realizado mediante um algoritmo de chave assimétrica, certificado por um sujeito habilitado”. A assinatura digital é produzida a partir da cifragem da mensagem com uma chave privada, que só poderá ser decifrada com uma chave pública. Logo, só quem tem a chave privada é que pode ter sido o autor da mensagem.

Nos Estados Unidos, em 1995, o Estado de Utah, igualou os efeitos de uma assinatura digital aos de uma assinatura manuscrita. No Brasil, a matéria é regulada pelo Decreto 3.504, de 13 de junho de 2000, que instituiu a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal; pelo Decreto 3.587, de 5 de setembro de 2000, que estabelece a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal – ICP-GOV para que exista o intercâmbio de informações por meio eletrônico entre os órgãos da Administração Pública Federal.

Já em 2001, foi editada a Medida Provisória 2.200-1/2001, que institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil, que considera válidos todos os documentos eletrônicos que adotarem na sua formação o de assinatura digital de chaves assimétricas. Segundo esta mesma medida, no seu artigo 10, a autoria e integridade dos documentos eletrônicos podem ser comprovadas através da utilização de outro meio, sendo aceitos até certificados não emitidos pela ICP-Brasil,

desde que reconhecido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto no documento.

Porém, com o desenvolvimento constante de novas medidas de segurança é necessário que a nova legislação brasileira referente ao tema, seja mais abrangente, possibilitando um entendimento extensivo para que não se torne obsoleta, a exemplo da Lei Modelo da UNCITRAL, que em seu artigo 7º que oferece uma fórmula que engloba mais possibilidades.

d) Certificação digital

A certificação digital tem como objetivo assegurar a titularidade de uma chave pública e é feita por uma Autoridade Certificadora, que é responsável pela emissão, renovação e revogação de certificados digitais. Esta Autoridade Certificadora é “uma entidade representada por pessoas, processos e ferramentas usada na emissão de certificados digitais que, de uma forma segura, associa o nome da entidade (usuário, máquina etc.) ao seu par de chaves. Ela funciona como um agente de segurança”. (SÊMOLA apud LEAL, 2009, p.166).

Basicamente, ela serve para criar, emitir e publicar certificados, além de publicar a lista de revogação e fazer a manutenção de arquivos que possuam os dados dos certificados. É possível aplicar esta tecnologia na contratação eletrônica para identificar as partes do contrato eletrônico, mas para isso é necessário que haja a solicitação do usuário, além de deixar perfeitamente expressas as condições, prazos e responsabilidades das partes.

Geralmente, esses certificados são assinados com a chave privada do usuário, que deve manter sua chave em segredo, sob pena de comprometer toda a segurança do processo. E contem a chave pública, seu nome, prazo de validade do certificado, nome da autoridade certificadora que emitiu o certificado e o número de série do certificado. A ICP-Brasil é formada por uma cadeia de Autoridades Certificadoras, que possuem uma Autoridade Certificadora raiz, sendo esta primeira autoridade da cadeia, que possui uma chave privada que é usada para credenciar, através da emissão de certificados digitais, todas as outras Autoridades Certificadoras ligadas a ela.

Graças ao sistema de certificação digital adotado pela ICP-Brasil, todos os documentos eletrônicos são equiparados de forma funcional aos documentos

tradicionais, desde que preencham os requisitos de segurança de assinatura digital criptográfica.

4.3 Valor probante do documento eletrônico

Como já dito, o documento eletrônico é a principal forma de comprovar a realização de um negócio jurídico no ambiente virtual. Logo, o valor probante do documento eletrônico está diretamente ligado à validade jurídica dos contratos eletrônicos.

O juiz para formar o seu convencimento sobre a realidade dos fatos, a partir dos meios de prova existentes, pode usar da análise de quaisquer documentos (sejam eles públicos e particulares), trazidos aos autos do processo. No Brasil, a única referência expressa que existe no Código Civil Brasileiro acerca dos documentos digitais é o artigo 225º do referido código, que determina que “[...] 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.”

Mas para que um documento seja usado em juízo é necessário que esteja assinado pelo autor, ou que tenha sido criado ou redigido por ele. Porém, os documentos eletrônicos não são escritos em papel, nem assinados de forma tradicional, mas podem apresentar a manifestação de vontade das partes em suportes de outra natureza, tais como suporte magnético ou óptico, ou ainda através das ferramentas de segurança já estudadas, com isto é possível que os documentos eletrônicos possuam o valor probante igual aos documentos escritos. Porém, um documento sem assinatura digital criptográfica não pode ter o mesmo valor, visto que não há como provar ou identificar realmente quem o enviou. Porém, esses documentos não são considerados totalmente inválidos, mas podem ser comparados a um contrato verbal ou por telefone.

O principal problema é que na internet os documentos podem ser alterados facilmente e o conteúdo pode ficar totalmente diferente sem deixar nenhum vestígio de como era antes, até os sistemas controlados por senhas estão sujeitos à falha. Logo, caso a parte queira provar a validade do documento eletrônico, deve fazê-lo

pelos meios de prova que dispuser e se existirem registros, estes serão considerados indícios ou começo de prova.

No caso de uma relação de consumo, o ônus da prova inverte-se a favor do consumidor, desde que haja a verossimilhança das suas alegações ou a sua hipossuficiência, de acordo com o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Vale ressaltar que no ambiente digital, a maioria dos consumidores é considerada hipossuficiente em relação ao fornecedor, por causa do desconhecimento das tecnologias de informática.

O Projeto de Lei Brasileiro 4.906/01 que visa a aceitação do documento eletrônico como meio de prova, determina a aplicação das disposições relativas à prova documental que com ele não conflitem e caso seja alegada a falsidade do documento, o artigo 8º permite que o juiz escolha o valor que o documento deve merecer quando ficar demonstrado que pode ser alterado sem invalidar a assinatura; gerar uma assinatura idêntica ao do titular da chave pública; detivar a chave privada a partir da chave pública; e pairar razoável dúvida sobre a segurança do sistema criptográfico utilizado para gerar a assinatura.

Se for alegada a falsidade do documento, geralmente o juiz terá que recorrer à perícia para conseguir as informações necessárias para formar seu convencimento.

De toda forma, o cabimento do documento eletrônico como prova resulta do disposto do artigo 332 do Código de Processo Civil, que deixa claro que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, mesmo que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a defesa.

No momento em que as normas relativas à formalização dos documentos e contratos eletrônicos forem aprovadas, finalmente os contratos eletrônicos poderão ser classificados, sendo removidos da lista de contratos de forma livre, e ganhando espaço entre os contratos formais, em que deverão obedecer aos requisitos estabelecidos em lei para ter validade e eficácia, caso contrário, serão nulos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet modificou profundamente a relação entre as pessoas dentro da sociedade, não apenas de forma social, mas também comercial, visto que a facilidade de acesso e de fornecimento de informações, a velocidade de troca das mesmas, além do encurtamento de obstáculos geográficos e jurisdicionais fez da rede, um espaço propício para que as pessoas pudessem realizar as mesmas negociações de forma mais rápida, mais fácil e com maior liberdade.

A partir deste novo modo de negociação surgiram os contratos eletrônicos, gerando o questionamento se seria um novo tipo de contratação, o que, na verdade, não acontece, pois o contrato eletrônico sempre estará entre uma das espécies de contratos elencadas no Código Civil. O único diferencial é a forma de realização, que ocorre em meio virtual.

Desta forma, os contratos eletrônicos estão sujeitos aos mesmos pressupostos e requisitos dos contratos tradicionais, além de estarem submetidos aos mesmos conceitos de validade e eficácia e como consequência, os efeitos jurídicos criados, modificados ou extinguidos pelos contratos eletrônicos devem ser reconhecidos da mesma forma do que qualquer outro contrato.

Além disso, os mesmos princípios que regem a contratação tradicional são os mesmos que norteiam e garantem a validade dos contratos eletrônicos, como a autonomia da vontade, a função social do contrato, o consensualismo, a relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, a obrigatoriedade das convenções e a boa-fé objetiva, que ganha uma amplitude ainda maior dentro do meio eletrônico, devido à tamanha insegurança e possibilidades de fraude proporcionados pela internet.

Por este motivo é que os contratos eletrônicos ganham algumas peculiaridades, como princípios adaptados ao tema, que visam contribuir com a criação de uma legislação própria para essa modalidade de contratação, complementando os princípios existentes, sem substituí-los. Como também, possuem uma forma de classificação que os divide de acordo com o grau de interação entre o homem e a máquina, classificando os contratos eletrônicos em intersistêmicos, interativos e interpessoais.

As regras existentes para comprovar a validade dos contratos tradicionais também são aplicáveis aos contratos jurídicos, logo, os contratos realizados por um incapaz através da internet, sem o ajuda de seus representantes, são nulos. Mas se

os contratos eram feitos por má-fé, com a apresentação de dados falsos ou com o intuito de fugir da obrigatoriedade, a responsabilidade recai sobre o menor e seus representantes.

Os contratos eletrônicos não podem ser considerados inválidos pelo fato de terem sido realizados pela internet, mas nos casos em que a lei estabelece uma forma especial para a celebração do negócio jurídico, a contratação eletrônica não tem efeitos.

Quanto à segurança dos contratos, eles devem apresentar integridade, autenticidade e confidencialidade dos dados. Foram elencadas tecnologias que podem garantir esses fatores e que contribuem na validade dos contratos eletrônicos, propiciando maior confiança nos documentos eletrônicos, documentos que comprovam a negociação jurídica no meio virtual, que munidos de técnicas de cifragem e autenticação digital, possuem o valor probatório de um documento escrito. Porém, o mesmo não acontece com os que não possuem assinatura ou certificação digital, tendo o mesmo valor probatório de uma conversa por telefone.

Por fim, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro necessita passar por algumas modificações e aprovar os diversos projetos de leis referentes ao tema, porém com o código vigente, os contratos eletrônicos possuem validade, mas limitada à categoria dos contratos não formais. Com a criação de uma legislação específica, eles poderão ser considerados como contratos formais e típicos, garantindo sua eficácia e validade a partir de uma norma própria que complementarará a lei dos contratos em geral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil: Lei nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Organização do texto: Anne Joyce Angher. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 12ª Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 12ª Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

_____. **Código de Defesa do consumidor: Lei nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Organização do texto: Anne Joyce Angher. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 12ª Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

_____. **Código de Processo Civil: Lei nº. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Organização do texto: Anne Joyce Angher. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 12ª Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

_____. **Lei nº. 9.800, de 26 de maio de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9800.htm>. Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. **Decreto nº 3.504, de 13 de junho de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3504.htm>. Acesso em: 01 mar. 2011.

_____. **Decreto nº 3.587, de 5 de setembro de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3587.htm>. Acesso em: 01 mar. 2011.

_____. **Medida Provisória nº. 2.200-1, de 27 de julho de 2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-1.htm>. Acesso em: 13 mar. 2011.

_____. **Projeto de lei nº 4.906, de 21 de junho de 2001.** Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/MostrarIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=4906&intAnoProp=2001&intParteProp=1>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

_____. **Projeto de lei nº 1.589, de 1999.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=24/09/1999&txpagina=44338&altura=650&largura=800>. Acesso em: 25 abr. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral.** 6ª Ed. São

Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2009.

LEI MODELO DA UNCITRAL SOBRE COMÉRCIO ELETRÔNICO, Organização das Nações Unidas, disponível em: <<http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano de Validade**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve, Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, p. 105-129, out./dez. 2000.