

TEORIA GERAL DO CONTRATO ELETRÔNICO, INFORMÁTICO, VIRTUAL, ARTIFICIAL OU CIBERNÉTICO - PARTE I

GENERAL THEORY OF ELECTRONIC, COMPUTER, VIRTUAL, ARTIFICIAL OR CYBER CONTRACT - PART I

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes¹

Cícero Bortoni Ramos²

RESUMO: Com o avanço tecnológico crescente nas últimas décadas, a sociedade contemporânea experimenta uma revolução comportamental sem precedentes. A tecnologia se incorporou ao cotidiano das pessoas, alterando a vida em sociedade e contribuindo para a construção de novos paradigmas. Uma característica que se adquire com esse novo meio de comunicação conhecido como meio digital, é a forma que a sociedade contemporânea se apresenta, organizando-se em torno da rápida troca de informação por meio de redes, tendo grande acúmulo de informação, reduzindo tempo, custo e deslocamento. Este trabalho tem como objetivo investigar quais alterações comportamentais foram aplicadas ao direito, devido a grande evolução tecnológica que influenciou o meio social e o convívio em sociedade, destacando principalmente a constituição, forma e validade dos contratos em análise. A abordagem metodológica aplicada é a revisão bibliográfica e a obtenção de dados secundários. A construção do texto dar-se-á pelo estado da arte.

Palavras-chaves: Contratos eletrônicos, constituição, forma, validade.

ABSTRACT: *With increasing technological advances in recent decades, contemporary society experiences a behavioral revolution without precedent. The technology is incorporated into the daily lives of people, changing their lives in society and contributing to the construction of new paradigms. One feature that is gained with this new medium known as digital media is the way that contemporary society presents itself, organizing itself around the rapid exchange of information through networks, and large accumulation of information, reducing time, and offset value. This study aims to investigate what behavioral changes were applied to the right, due to major technological developments that influenced the social environment and life in society, especially highlighting the constitution, form and validity of the contracts in question. The methodological approach is applied to literature review and obtaining secondary data. The construction of the text, will give the state of the art.*

Keyword: *Electronics contracts, constitution, form, validity.*

¹ Graduada, Mestre e Doutora em Direito. Professora e Pesquisadora do NUPED da Associação Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direito, cidadania e desenvolvimento. Advogada. E-mail: crpn1968@gmail.com.

² Discente do 8º período do Curso de Direito do Campus Barra Mansa da Associação Barramansense de Ensino Superior/Centro Universitário de Barra Mansa. E-mail: ciceroortoni@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A *internet* é acessório indispensável para os seres humanos, pois através deste meio de comunicação é possível trocar informações, realizar negociações, pesquisa, por isso atualmente é o meio de comunicação mais importante na vida em sociedade, que acabou por se consolidar com o surgimento do fenômeno da globalização.

Este meio de comunicação se originou nos Estados Unidos da América aproximadamente em 1960, e os principais responsáveis por esta criação foram os militares norte-americanos, que necessitavam criar um meio de comunicação seguro que não pudesse ser interceptado ou invadido por nenhum de seus inimigos, buscando assegurar o sigilo das informações que eles transmitiam aos seus soldados em suas diversas bases militares³.

Logo em seguida no ano de 1969 os americanos criaram uma Rede no Departamento de Defesa, a ARPANET⁴, que era um órgão integrado a vários laboratórios de tecnologias e pesquisas. No Brasil a internet veio a ser utilizada no ano de 1992, pelo Governo, no Ministério da Ciência e da Tecnologia através da Rede Nacional de Pesquisa, em que se criou um sistema de linhas de conexão de baixa velocidade que se conectava com linhas de conexão de alta velocidade, que se interligam a várias redes e sub-redes (backbone), interligando-se por meio de ramificações em todas as capitais do país⁵.

Em 1995 com o surgimento dos conhecidos provedores de acesso privado, houve um aumento na utilização da rede para os fins comerciais. Desde então, a internet não para de ser utilizada por toda população brasileira, e a cada ano que passa cresce a demanda dos usuários que estabelecem relações jurídicas de cunho comercial, despertando o interesse dos operadores do direito em geral.

Com o passar dos anos a principal finalidade da internet e seu uso, foi alterada, como pode ser observar, sua evolução foi meteórica, a ponto de ser aberto para a utilização no dia-a-dia de todas as pessoas, e se concretizou como o principal meio de comunicação e negociação do mundo atual.

³ CARLI, Vilma Maria Inocência. Teoria e Direito das Obrigações Contratuais. São Paulo: Bookseller, 2005, p. 355.

⁴ Advanced Research Projects Agency – Rede do Departamento de Defesa dos EUA., *apud*, LEAL, Sheilado Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via Internet. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.

⁵ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via Internet. São Paulo: Atlas 2007, p. 13.

Portanto, a *internet* é essencial para a existência dos contratos eletrônicos, pois eles decorrem desta forma de comunicação, logo, se a internet deixar de existir os contratos eletrônicos também deixam, pois, só se concretizam se for realizado na via eletrônica.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, no dia 11 de janeiro de 2003, o povo brasileiro, pode ver que o legislador deixou a desejar quando não incluiu no grande pacote de alterações e inovações das normas, algumas que viessem garantir a segurança contratual, nas contratações feitas pela via eletrônica.

Como se sabe os fatos sociais ocorrem de forma ágil e rápida no país, mas infelizmente o processo legislativo não acompanha essa grande evolução social, assim o Direito muitas vezes deixa a desejar na sua aplicação, o que pode tornar o sistema jurídico interno caótico.

Mas a lei modelo conhecida como *United Nations Commission for International Trade Law* (UNCITRAL) de 1996, que trata das recomendações que as Nações devem utilizar como base para a criação e adoção das normas internas sobre o comércio eletrônico, incluindo a assinatura digital⁶.

Segundo ensina Augusto Tavares Rosa Macacini⁷, desde o ano de 1995 os Estados Unidos da América, precisamente nos Estados de Utah e da Califórnia, regulamentaram a utilização da assinatura digital, e desde 1997 várias nações adotam também a UNCITRAL, na elaboração de normas para regular a comercialização eletrônica em seus países, como a Alemanha e Itália (1997), Espanha (1999) e França (2000).

No Brasil, foi a Instrução Normativa nº 17, de 11 de dezembro de 1996, editada pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado a primeira norma a dispor sobre documentos eletrônicos e do uso de assinatura digital no âmbito das atividades governamentais.

Mas apenas em 5 de setembro de 2001, com o Decreto nº 3.587, é que foi instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal, portanto norma restrita ao âmbito da Administração Pública Federal, significando que a Administração Pública criou um sistema de codificação conhecido como redes fechadas

⁶ Conferência sobre os Contratos Eletrônicos e o Novo Código Civil, coordenada pelo Professor Eurípedes Brito Cunha Júnior, no “Congresso Internacional de Direito e Tecnologia da Informação”,

⁷ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 59-61.

de uso próprio, no manuseio interno de informação conhecido como criptografia simétrica ou de chave privada.

Atualmente no Brasil, existe tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar nº 1589/99 do Deputado Luciano Pizzato, elaborado por uma comissão da OAB/SP, e o PLC nº 1.483/99, apensados ao PLC nº 4.906 (PLS nº 672/99), com a redação dada pelo substitutivo do Deputado Julio Semeghini, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 26 de setembro de 2001.

Deve-se lembrar que todos estes projetos estão bastante avançados na tramitação, onde são essenciais, pois dispõem de maneira genérica sobre regras do comércio eletrônico, validade de documentos e transações eletrônicas e assinatura digital, todos em conformidade com os termos gerais na Lei Modelo da UNCITRAL.

Mas por enquanto o Brasil não possui leis que versem sobre documento eletrônico, assinatura digital, certificação digital nem muito menos sobre comércio eletrônico, 42 E por ser uma espécie muito recente de contratação e autenticação, e os projetos ainda não estão em vigor, não existe atualmente no Brasil norma que regulamenta esta problemática.

Para se solucionar os problemas que poderão surgir com a utilização desse meio eletrônico, se aplica atualmente as definições de contrato tratada pela teoria Clássica de Contrato e suas regras, além de jurisprudência e de analogias com os demais ramos do Direito Brasileiro, socorre-se também em alguns casos do Direito Comparado, e ainda com outros países que possuem regulamentação da matéria sobre direito eletrônico, mais precisamente com base na Lei Modelo UNCITRAL.

2 DO CONCEITO DO CONTRATO ELETRÔNICO, INFORMÁTICO, VIRTUAL, ARTIFICIAL OU CIBERNÉTICO

A denominação certa para os contratos realizados no meio digital ainda não se encontra afinada entre os doutrinadores, existe denominação de “contrato eletrônico”, mas também se usa contrato informático, ou contrato virtual e até mesmo contratos artificiais cibernéticos.

Mas, deixa claro que essas denominações e conceitos já foram discutidas e debatidas além de outras relacionadas sobre os “Os Contratos Eletrônicos e o Novo Código Civil” na Conferência coordenada pelo professor Eurípedes Brito Cunha Júnior, no Congresso Internacional de Direito e Tecnologia da Informação, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 3 e 4 de outubro de 2002, no auditório do

Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF, que contou com a presença dos maiores especialistas em Direito Eletrônico do País.

Nesse referido Congresso ficou definido que a nomenclatura correta a ser utilizada seria a de “contratos eletrônicos” e não contratos informáticos, virtuais ou artificiais-cibernéticos, porque os contratos celebrados e executados eletronicamente tratam sobre quaisquer assuntos, e possui objeto diversificado, não se limitando apenas a bens da informática como qualquer outro bem que esteja fora do mundo virtual.

Salvo em caso de alguma exceção existente no que tange o meio eletrônico, mas os contratos eletrônicos devem ser principalmente verdadeiros, reais, bem como partir da oferta de gente séria e comprometida com o respeito que merece a atividade mercantil, utilizando deste meio para selar as negociações verdadeiras e reais.

O conceito de contrato eletrônico é muito amplo e controvertido, até mesmo a doutrina dominante ainda não conseguiu uma forma didática e concreta para definir com segurança e precisão o que é o contrato eletrônico, mas não se pode esquecer que o direito civil também não define o que é contrato, deixa simplesmente para que os doutrinadores “subjetivamente” solucionem esta problemática, portanto como o contrato eletrônico deriva de contratos, deve-se usar o mesmo conceito para solucionar esta problemática de forma e conteúdo.

Ensina Andrade que o “contrato eletrônico é o negócio jurídico celebrado por meio de transferência de informações entre computadores, cujo instrumento pode ser declarado em mídia eletrônica”.⁸

Portanto, para que os contratos eletrônicos possam ser celebrados ou executados é indispensável que ocorra por meio eletrônico, pois se for realizado por outra forma, não se pode afirmar que ocorreu um contrato eletrônico.

Eletrônica é a forma que foi firmada este contrato ou executado, e não o objeto que consta no contrato, pois o objeto pode ser de natureza eletrônica ou não.

No Congresso Internacional de Direito e Tecnologias da Informação, foi definido o contrato eletrônico como sendo o acordo de vontade, celebrado ou executado por via eletrônica, que visa constituir, modificar, conservar ou extinguir direitos, obrigando os respectivos acordantes.

Ficou também ajustado que os contratos eletrônicos são divididos em duas categorias distintas, podem ser em *stricto sensu* aqueles contratos celebrados

⁸ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 31.

eletronicamente e em *lato sensu*, os contratos que não são firmados eletronicamente, mas que utilizam o meio eletrônico para realizar o que ficou firmado entre ambas as partes formadoras desse negócio jurídico.

Deverão ser considerados contratos eletrônicos, os contratos cujo meio utilizado para a manifestação e instrumentalização da vontade das partes é o computador, a internet e principalmente o meio eletrônico⁹. Desse modo, os contratos de fornecimento de conteúdo a Websites, os contratos de desenvolvimento de Websites, contrato de criação e veiculação de anúncios publicitários, contratos de hot-sites e contratos de compra e venda de domínios de internet possuem finalidade divergente dos contratos eletrônicos, pois o objeto contratual nesses casos é voltado ao ambiente virtual, voltado à informática e não aos meios eletrônicos.

3 DA CONSTITUIÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO, INFORMÁTICO, VIRTUAL, ARTIFICIAL OU CIBERNÉTICO

A definição do local e momento que os contratos se constituem possui grande relevância para o Direito, porque é essencial a existência de segurança jurídica no negócio jurídico firmado pelos contratantes em ambiente virtual. Portanto os contratos eletrônicos, assim como os demais tipos de contrato existentes devem obedecer algumas regras gerais pertinentes a validade da relação jurídica firmada entre as partes, deve, por exemplo, verificar a existência da relação jurídica, quais obrigações foram constituídas, quais prazos decadenciais e prescricionais que poderão ser aplicados.

A *internet* é assunto novo no âmbito jurídico, traz consigo vários questionamentos e polêmicas que somente poderão ser sanadas com o decorrer do tempo. É um tema que provoca fervorosos debates, pois não visa apenas os princípios protetivos da intimidade do ser humano, mas também é necessário que haja uma nova concepção sobre o conceito de privacidade, além do meio aplicado, já que se lida com um novo meio, no caso o meio eletrônico.

Flávio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, criticam o fato de que o Novo Código Civil/2002 ter permanecido inerte, ou seja, não trouxe regras quanto o momento da formação dos contratos eletrônicos, considerando ser totalmente inaceitável, já que se vive em pleno século XXI.

Mas para que seja resolvida esta problemática, acreditam que o legislador deve editar legislações especiais regulamentando a matéria eletrônica de contratação.

⁹ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op.cit* , p. 79.

Atualmente não se impede a utilização e aplicação analógica das regras do CC/2002 e também do CDC (Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90) aos contratos eletrônicos, podendo utilizar-se do instrumento jurídico conhecido pela doutrina moderna como diálogo das fontes.¹⁰

A doutrina civilista já pacificou entendimento que existem duas formas básicas para formar os contratos em geral, sendo entre presentes ou entre ausentes.

Eurípedes Brito Cunha Júnior, diz que os contratos entre presentes são aqueles contratos formados no local que se encontram os contratantes, onde quem formula a proposta são chamados de solicitante ou proponentes e a pessoa que aceita a proposta denominada oblato ou solicitado. Um exemplo é aquele contrato firmado por chat, bate-papo, videoconferência e telefone, embora haja uma distancia física entre os contratantes, existe a possibilidade de troca imediata de “declarações de vontade”.

Mas o momento inicial da formação dos contratos entre presentes se dá no instante em que há aceitação, ou seja, quando o oblato ou solicitado aceita a proposta a ele dirigida, lembrando que nesse caso não existe lapso temporal para o oblato aceitar, é firmado imediatamente.

Já os contratos entre ausentes são os contratos que se formam no local onde foi proposto (Art. 435 CC/2002)¹¹, onde a aceitação da proposta deve acontecer depois de certo lapso temporal, não é aceito pelo oblato de imediato como no contrato entre presentes (Direito Interno). Um exemplo que se cita são os contratos firmados via e-mail.

Quando se tratar de Direito Internacional, em caso de contratação eletrônica se deve aplicar o Art. 435 CC/2002 cominado com o Art. 9º, *caput* e §2º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), e os decretos, Obrigações e Leis do país em que for firmado o contrato, lembrando que as obrigações resultantes do contrato reputam-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Ressalte-se que a formação dos contratos eletrônicos, por ser firmado e estabelecido pela via eletrônica e por tratar de tema muito recente, gera grande discussão na doutrina, existindo duas posições que cercam o tema.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**.. 2007 (v. 3 Série Concursos Públicos), p. 151.

¹¹ **Art. 435**, Código Civil -2002: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.

Contando com o entendimento do professor Flávio Tartuce, em regra os contratos eletrônicos se formam entre presentes, já a doutrinadora Fernanda Tartuce, defendeu que o contrato eletrônico se forma em regra entre ausentes.¹²

Passa-se a fazer uma citação apesar de longa na íntegra por se tratar de dois posicionamentos atuais de dois grandes doutrinadores civilistas em matéria de contratação eletrônica.

Fernanda Tartuce se posiciona que os contratos eletrônicos em regra devem ser formados por ausentes da seguinte forma:

Entende que a realização de contratos via e-mail constitui contrato entre ausentes, tendo em vista que, tal como ocorre nas cartas, há uma diferença de tempo entre os contatos das partes. Pode inclusive revelar-se necessário algum tempo para esclarecer eventuais diferenças, já que a forma de comunicação exige o envio de informações que pode demorar, assim como pode demorar a resposta do destinatário, tal como se verifica nas cartas. Com isso, pode transcorrer um tempo maior para se refletir e até mais cuidado ao se realizar a proposta, que estará documentada no texto do e-mail. Estas circunstâncias absolutamente não são sentidas nas negociações entre presentes, em que as partes realizam suas tratativas 'ao vivo', seja por estarem frente a frente no mesmo local, seja por estarem no telefone; nesses casos, as respostas a perguntas podem ser respondidas de pronto e as reflexões e ponderações são feitas imediatamente entre as partes. Entende, assim, que o contrato via e-mail constitui um contrato entre ausentes, tal como ocorre nas cartas.¹³

Em contraposto Flávio Tartuce defende que o contrato formado via internet seria, em regra, entre presentes, mas esclarece que pode ser formado também entre ausentes, dependendo do caso concreto. Portanto a defesa desta tese se faz da seguinte forma:

De acordo com o que foi argumentado acima, entendemos que o contrato cuja proposta se deu pela via eletrônica não pode ser considerado inter absentes, mas inter praesentes, não sendo aplicadas as duas teorias acima citadas. Isso, pelo que consta do Art. 428, I, segunda parte, cujo destaque nos é pertinente: 'Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante'. Ora, a internet convencional é meio semelhante ao telefone, já que a informação é enviada via linha. Aliás, muitas vezes, a internet convencional é até mais rápida do que o próprio telefone. O que

¹² TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.*, p. 152.

¹³ TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.* p. 152.

dizer então da internet ‘banda larga’, via cabos? Trata-se de meio de comunicação mais rápido ainda. Não há como associar o e-mail, portanto, ao contrato epistolar. Logicamente, há uma maior proximidade quanto ao telefone do que à carta, reconhecido seu caráter misto de proposta. Dessa forma, com todo o respeito em relação ao posicionamento em contrário, estamos inclinados a afirmar que, quando a proposta é feita pela via digital não restam dúvida que o contrato é formado entre presentes.¹⁴

Reforçando este posicionamento, também estão adeptos Luiz Guilherme Loureiro, Roberto Senise Lisboa, Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves.

Entende-se por isso que incomum seria a situação em que as partes não estejam se comunicando via eletrônica, pela internet em tempo real, pois a tecnologia que se encontra a disposição da população atualmente é mais célere do que o telefone por exemplo.

Atualmente, pela facilidade e praticidade de se utilizar a internet como meio de comunicação, se pode afirmar que é raro o caso em que alguém fique *off line*, ou seja desconectado da rede, também é hoje se utiliza esta perspectiva no tocante aos e-mails.

Ainda quanto aos contratos firmados via e-mail, segundo entendimento constante no Enunciado nº 173¹⁵ do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, se o contrato for firmado via e-mail, caso que a comunicação não ocorre de forma imediata “entre ausentes”, deve ser aplicado à teoria da agnição, na subteoria da recepção.¹⁶

No entanto, deve-se ressaltar que a formação dos contratos por ausentes, como regra geral no direito civil brasileiro adota a teoria da agnição ou informação, na subteoria da expedição, ou seja, o contrato deve ser dado como concluído a partir do momento em que a aceitação for expedida (Art. 434, *caput*, CC/2002).

Mas como em toda regra existe exceção, para Flávio Tartuce, a exceção é que neste caso também pode ocorrer à aplicação da teoria da agnição, na subteoria da recepção, que considera o contrato formado no momento em que a proposta é aceita e recebida pelo proponente (Art. 434, incisos I, II e III c/c Art.433, do NCC/02).¹⁷

Segundo entendimento essa teoria deve obedecer três casos concretos, sendo:

¹⁴ *Id. Ibidem*, p. 152-3.

¹⁵ **Enunciado nº 173:** “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente”.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.* p. 154.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Op.cit.* p. 139.

(I) se antes da aceitação ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante; (II) se o proponente se comprometer a esperar resposta, hipótese em que as partes convencionam a aplicação da subteoria da recepção; (III) ou se a resposta não chegar no prazo convencionado (outra hipótese em que houve a convenção entre as partes de aplicação da subteoria da recepção).

Por fim, a redação do enunciado n.º 173 do CJF é essencial para selar o entendimento a respeito desta problemática, concretizando que os contratos eletrônicos podem ser formados por ausentes, mas cuidado, este posicionamento é considerado exceção pela maioria da doutrina, pois a doutrina majoritária considera como regra geral que o contrato eletrônico deve ser formado por presentes.

4 DA VALIDADE DO CONTRATO ELETRÔNICO, INFORMÁTICO, VIRTUAL, ARTIFICIAL OU CIBERNÉTICO

Quando se forma um contrato, independente do tipo de relação que está sendo exercida, sempre será necessário verificar se o mesmo é válido e se a relação jurídica estabelecida é considerada eficaz e legal.

De fato, é também indispensável que haja à concreta manifestação da vontade nesse tipo de negócio jurídico, pois sem ela, não se pode dizer que o contrato firmado entre partes é válido. Portanto as partes sempre devem estar condicionadas a vontade que deverá emanar de maneira livre e principalmente com boa-fé.

Já na contratação eletrônica, por se tratar de espécie muito recente de contratação e por não possuir legislação de âmbito nacional que regularize esta matéria, deverá se aplicar as definições de contrato tratada pela Teoria Clássica dos Contratos em geral e suas regras, além de jurisprudência e de analogias com os demais ramos do Direito Brasileiro.

Portanto, os elementos que compõem os contratos são requisitos indispensáveis para o momento da celebração do negócio jurídico, deste modo contribuirão diretamente na construção do vínculo contratual.

Assim sendo, para que o contrato seja considerado válido além de obedecer a regras específicas, também deve obedecer alguns requisitos básicos, sendo eles: a declaração hábil de vontade das partes (consentimento válido), legitimidade das partes,

o objeto deve ser lícito, possível ou determinável e a forma deve ser prevista ou não vedada em lei (Art. 104 do CC/2002).¹⁸

Para uma melhor visualização e elaboração, toma-se por base a classificação proposta por Maria Helena Diniz¹⁹, e para conseguir um melhor aproveitamento da matéria ora estudada, se divide os elementos dos contratos eletrônicos assim como no Código Civil em: subjetivos, objetivos e formais.

É essencial que a lei regule as relações jurídicas para que ocorra a validade dos negócios jurídicos. Assim sendo, como todas as espécies de contrato obedecem às normas jurídicas descritas na lei, nos contratos firmados pela via eletrônica não é diferente.

São considerados requisitos subjetivos dos contratos, as pessoas legítimas para efetuar o que foi pactuado, devendo obedecer sempre a manifestação de vontade das partes para se chegar a um consentimento válido e, portanto a uma negociação válida.

Os requisitos subjetivos do contrato, em regra são os requisitos onde as partes contratantes devem ser pessoas capazes, ou seja, que podem exercer pessoalmente seus direitos e responder por suas obrigações.

Excepcionalmente, quando alguma pessoa for considerada incapaz pela lei, a própria lei deve solucionar esta problemática, devendo determinar a proibição desta pessoa e deve dar continuidade à relação jurídica, indicando alguém para tomar seu lugar como seu representante, onde o Juiz de Direito e o Ministério Público como fiscal da lei, irão fiscalizar esta atuação, resguardando assim os direitos individuais e coletivos desse cidadão.

Na celebração de qualquer contrato, deve ser levado em conta até a capacidade contratual, ou negocial de como foi firmado o contrato, se foi respeitados os requisitos de validade inerente aos contratos em geral, devendo conter os requisitos descritos no Art. 104 do CC/2002, sendo eles: objeto lícito, possível e determinado que não trouxesse desagrado às partes contratantes, e também a sociedade.

Diante do exposto, a incapacidade na relação jurídica se divide em absoluta ou relativa, quando celebrada por contratos pode acontecer de duas formas: a primeira se configura quando a parte for absolutamente incapaz, neste caso não deve ser excluído do negócio, mas sim representado por quem for seu responsável. Já no segundo caso, ocorre quando o negócio jurídico conter uma das partes sendo pessoa relativamente

¹⁸ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op.cit* p. 129.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos**, vol. 5, 5ª ed., 2005, p. 750-5

incapaz podendo ser firmado o contrato, desde que seja assistido por quem de direito é pessoa responsável por este incapaz.

O contrato é considerado válido quanto à pessoa absolutamente incapaz e relativamente incapaz, se obedecer a essa regra de validade.

Deve-se relembrar que a manifestação da vontade de ambos contratantes é essencial para a efetivação do negócio jurídico, pois ninguém é obrigado a contratar se não em virtude de lei.

Quanto aos requisitos objetivos, primeiramente deve-se indicar que estas relações jurídicas firmadas pela via eletrônica, possuem um caráter patrimonial estabelecida entre as partes, assim como ocorre nas negociações comuns, realizada no dia-a-dia.

Portanto, não é diferente a via eletrônica das demais negociações ocasionadas fisicamente por pessoas, pois elas também se formam em volta de algum objeto, entendidos como bens que devem ser juridicamente lícitos apresentando utilidade econômica para as pessoas e principalmente obedecendo à ordem jurídica.

Assim sendo, Leal,²⁰ considera como objetos do contrato eletrônico todos os bens lícitos e possíveis, que tanto podem ser coisas corpóreas como bens imateriais, como também serviços, alvo de interesse dos sujeitos, em torno dos quais convergem as suas ações. Esses bens poderão constar ou não em ofertas permanentes na Internet.

Deste modo, também é essencial que os objetos existentes nas relações jurídicas firmadas nos meios eletrônicos, sejam idôneos, lícitos, possíveis, físicos. O objeto deve ser o acordado entre ambas as partes contratantes, deve-se também ser determinado no momento da celebração do contrato ou no momento de sua execução, ou seja, deve ser determinado, e ainda deve ter valor econômico, devendo ter possibilidade de avaliação em dinheiro.²¹

Por se tratar de uma nova forma de relação jurídica, a via eletrônica trouxe para o sistema jurídico uma inovação, no tocante aos produtos que podem ser negociados. Em regra os produtos que se apresentam como objeto nas relações comerciais no dia-a-dia, são os bens corpóreos ou bens palpáveis, mas com essas inovações os bens imateriais, dentre os quais se inclui a informação passam a fazer parte como objeto dos contratos na forma eletrônica.²²

²⁰ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op.cit.*, p. 140.

²¹ JORGE, Cláudia Chaves Martins, Artigo jurídico, **Consulex**, a. VII, n. 70, 31 de jan. 2008, p. 36-7.

²² LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op.cit.*, p. 140.

Por fim, para Diniz²³, os requisitos objetivos na via eletrônica deverão ser: lícitos, suscetível de determinação, possibilidade física ou jurídica do objeto e conteúdo econômico.

O Requisito formal é a forma livre, que se aperfeiçoa pela mera troca de consentimentos, a concepção formalística da igualdade dos contratantes, enfim a forma que o contrato deve ser entendido e estipulado, que ainda deve ser prescrita ou não defesa em lei, e o seu descumprimento pode até gerar um defeito grave, e tornar o contrato nulo ou até mesmo inexistente.²⁴

No caso dos contratos firmados pela via eletrônica, é necessário que se tenha um computador, celular, ou qualquer outro meio que possa acessar a rede, devendo ficar registrado no aparelho o que foi acessado e, portanto pode-se futuramente ser verificado por técnico ou perito digital sobre a veracidade do conteúdo estabelecido na relação jurídica no meio digital.

Desse modo, a negociação fundada no mundo virtual, se formaliza no documento digital, composto por seqüência de bits representados em um fato e registrados no computador de quem o acessar.

Para Diniz²⁵, o requisito formal da relação jurídica firmada no mundo virtual seria o uso de computador na formação e na forma que encontra o documento, pois se trata nesse caso de documento digital, possuindo conteúdo virtual, servindo de base para comprovar o que foi negociado.

Os requisitos de validade adotada pelo Direito Civil e Teoria Clássica dos Contratos, são essenciais para que o negócio jurídico firmado entre as partes seja considerado legítimo, tanto como no meio eletrônico como na relação firmadas no dia-a-dia das pessoas.

Essas regras são essenciais para que o contrato tenha veracidade e para que forcem as partes a cumprir o que foi convencionado, não deixando que a forma de negociação, conhecida como negociação digital, venha ser vítima da comentada crise dos contratos, justificada por boa parte da doutrina civilista, que os contratos podem deixar de existir, sumindo do direito privado.

Defensores dessa idéia explicam que o contrato vem sofrendo nos últimos tempos, grande crise justificada pelo fenômeno da padronização das transações

²³ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, p. 753 (v. 3)

²⁴ JORGE, Cláudia Chaves Martins, *Op.cit.*, p. 36-7.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, p. 761.

decorrente de uma economia de massa no mundo capitalista, onde as empresas estariam dominando o sistema, transformando “indiretamente” o contrato, em uma norma unilateral imposta pelas empresas que se situam em situação econômica mais privilegiada.²⁶

5 DA FORMA DO CONTRATO ELETRÔNICO, INFORMÁTICO, VIRTUAL, ARTIFICIAL OU CIBERNÉTICO

Entende-se que para a existência de um contrato que seja considerado válido, deve revestir-se de uma forma, ou seja, é preciso conter expressa a declaração de vontade das partes que o compõe, assim como nos negócios jurídicos como um todo.

O grande aumento na demanda dos conhecidos contratos de massa, ou seja, contratos eletrônicos, vieram para implantar um novo ritmo aos negócios jurídicos em geral, que passou a requerer uma maior agilidade e rapidez de todos os meios de comunicações existentes, que gerou automaticamente um novo paradigma, revestido pelo “manto virtual”, que inovou e acelerou os meios de efetivação dos negócios jurídicos em geral, e com essa agilização o mundo negocial e contratual também teve um grande lucro.

A causa fundamental que alterou o sistema comum para o sistema digital nas negociações é a expansão da Internet, que influenciou principalmente nas formas de firmar os negócios jurídicos, impulsionando o crescimento do comércio eletrônico, possibilitando aos usuários da rede a negociar, tanto oferta de bens, como de serviços, e de consumo.

Então se pode analisar que atualmente existe uma correlação entre os contratos eletrônicos e o comércio eletrônico ou *e-commerce* como é conhecido no meio digital.

Os contratos eletrônicos, portanto se distinguem dos contratos em geral que são regidos pelo Direito Civil, principalmente porque o meio de formação é totalmente outro, pois se forma no mundo virtual e não no dia-a-dia das pessoas, concretizando a troca de informações e até mesmo firmando acordos na via eletrônica pelos computadores ou máquinas similares.

É o que também ocorre na manifestação de vontade das partes, requisito indispensável na efetivação e validade dessa modalidade contratual, ela é essencial, pois se forma no ambiente digital, pela via eletrônica, e por se tratar de matéria nova infelizmente ainda carece de regulamentação no Direito Brasileiro.

²⁶ TARTUCE, Flávio. *Op.cit.*, p. 27-28.

Essa alteração na forma do contrato, por ser exercido no meio digital não é vedado no ordenamento jurídico brasileiro, pois segundo o Art.107 do CC/2002 é adotado como regra o princípio da liberdade da forma para os negócios e atos jurídicos em geral.

Em regra os contratos podem ser celebrados verbalmente, escrito, por instrumento público ou particular e atualmente é possível afirmar que os contratos eletrônicos também se enquadram nesse rol por se firmar no meio eletrônico, via Internet, exceção são os casos vedados por lei.²⁷

No mesmo sentido a Lei Modelo UNCITRAL, no Art.11 estabelece que a oferta e a aceitação poderá ser comunicada por mensagens eletrônicas. Deve-se advertir que o princípio da liberdade da forma encontra grande divergência em sua aplicação, pode ser considerado *ad substantiam*, ou seja, nesse caso a norma é taxativa, a lei determina a forma correta para a realização do ato, mas se esta norma não for obedecida como se encontra descrita na lei deverá ser considerada nula.²⁸

E existe também a forma *ad probationem*, ou seja, nesse caso deve-se observar a prova do ato. A não observação do ato em si, não invalida o próprio ato, mas poderá dificultar sua prova, privando os efeitos jurídicos práticos. “Como a comprovação do ato está na dependência da forma, fica sem consequências, por falta de exigibilidade” .

Deve-se concluir que as contratações efetuadas na via eletrônica, quanto a sua forma, em regra, devem ser consideradas válidas, pois ela encontra-se em consonância com o princípio da liberdade da forma para os negócios jurídicos ou atos jurídicos.²⁹

Ensina Andrade³⁰ que quando não existe imposição legal na forma dos contratos eletrônicos, deve-se considerar válida a contratação firmada na via eletrônica, toda via, é essencial a investigação na base física dessa forma de contratar, para que seja dado seu devido perfil legal.

Por isso os contratos em geral são firmados em regra na forma escrita, também pode ser firmado na forma verbal, como no período Romano, mas com as inovações tecnológicas surgidas no final do século XX e começo do século XXI, deve também ser considerado válido os contratos firmados na via eletrônica.

Os contratos eletrônicos surgiram em decorrência da evolução da sociedade, pois a sociedade global utiliza cada vez mais a Rede mundial de computadores, a fim de

²⁷ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op.cit.*,, p. 146.

²⁸ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op.cit.*, p. 147.

²⁹ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op.cit.*, p. 146

³⁰ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op.cit.*, p. 146

aumentar suas relações jurídicas, difundindo assim o lucro das empresas, sociais, políticas e culturais.

Esse tipo de comercialização através de acordos comerciais firmados na via eletrônica traz a população mundial uma facilidade na busca do que o usuário procura e também ajuda a sustentar a livre concorrência existente no mundo virtual, oferecendo aos usuários uma concorrência mais justa, na hora de adquirir algum produto ou serviço.

Por fim, o contrato eletrônico é instrumento indispensável para os usuários da rede, e como ficou demonstrado ele deve ser considerado válido na sua forma, pois o que muda na utilização do meio virtual é apenas a via eletrônica, pode ser matéria que forma o contrato eletrônico relativo ao Direito Civil ou qualquer outro ramo do Direito, ou matéria própria de âmbito virtual.

As negociações jurídicas firmadas na via eletrônica são eficazes, mas as partes deverão se precaver no momento da formação do contrato eletrônico, para que não crie abertura às fraudes cometidas por pessoas detentoras da má-fé.

6 DA CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO ELETRÔNICO, INFORMÁTICO, VIRTUAL, ARTIFICIAL OU CIBERNÉTICO

A classificação do contrato eletrônico é relevante para os operadores do direito, pois é a partir dela que se consegue identificar quais as características que possui determinada forma de contratação, e evita problemas que poderão surgir com a utilização desse meio de contratação, através de cláusulas protetivas na elaboração do contrato, que tornam mais fácil de resolver os conflitos gerados pelos de contratos formados pela via eletrônica.

Ensina Eurípedes Brito Cunha Júnior, que no tocante a Classificação dos Contratos Eletrônicos, eles devem ser visualizados sob dois aspectos em especial.

No primeiro aspecto, deve-se deixar claro o local que ocorre a formação contratual, para que se possa ter definida qual legislação deve ser aplicada no contrato ora objeto de exame e dependendo da situação específica, qual foro é competente para julgar eventual controvérsia que possa surgir no decorrer da relação jurídica firmada pelos contratantes decorrentes da inexecução contratual e etc.

No segundo aspecto, é importante que se observe qual momento ou instante que se forma o contrato eletrônico, seus direitos e suas obrigações, como forma de iniciar a contagem dos prazos prescricionais e decadenciais.

De acordo com Leal, a classificação dos contratos eletrônicos deve-se levar em conta a interação entre o homem e a máquina, sendo eles intersistêmicos, interativos e interpessoais.³¹

Deste modo, contratos intersistêmicos são os contratos realizados entre máquinas, e o sujeito ativo dessa relação jurídica é a máquina que programada pelo seu dono realiza o negócio jurídico já pactuado, e sendo o sujeito passivo uma outra máquina também programada pelo dono para que realize o que foi pactuado e firmado pelas partes.

Assim sendo, contratos entre sistemas é aquele tipo de contrato utilizado entre empresas para relações comerciais de atacado, visa à comunicação entre os contratantes por meio de redes fechadas de comunicação, como é o caso da EDI – *Electronic Data Interchange*, que aceita a comunicação por meio de documentos padrões. Esse tipo de comunicação se realiza quando a empresa programa seu sistema de forma a estabelecer interação entre os sistemas de seus fornecedores, clientes, bancos, entre outros com as quais a empresa mantenha relações.³²

Pinheiro³³ corrobora com esse pensamento afirmando que, “os contratos intersistêmicos são aqueles em que a contratação se estabelece entre sistemas pré-programados, sem a utilização humana, [...]” que acontece em relações comerciais de atacado.

Pode-se esclarecer essa afirmação com a citação do exemplo dos contratos de fornecimento de produtos para supermercados, que as redes de supermercados firmam com outros tipos de empresas.

Nesse caso, ocorre uma operação de EDI quando o sistema de compras do supermercado se comunica com o sistema de vendas da empresa fornecedora de determinado produto, havendo uma comunicação via documentos eletrônicos entre os respectivos sistemas.

Lembra-se que só será concretizada essa negociação, se cada empresa que compõe esse negócio jurídico eletrônico tiver um conjunto específico de hardware e software que lhe permita programar todos seus sistemas a fim de estabelecer uma

³¹ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos Op. cit.*, p. 82.

³² LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op. cit.*, p. 83.

³³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 315.

comunicação eletrônica entre sistemas, podendo, por exemplo: fazer controle de estoques, fazer controle de compras, fazer controle de compras a pagar etc.³⁴

Entende-se que, os contratos intersistêmicos quanto ao momento da sua formação, se caracteriza como contrato entre presentes, pois essa relação jurídica só se concretiza porque os donos das empresas que formam o negócio jurídico programam seus computadores para realizar o que ficou pactuado entre ambas as partes, portanto existe o respeito ao princípio contratual da autonomia privada, obedecendo à declaração de vontade das partes sendo ela concretizada de imediato, não possuindo lapso temporal para se concretizar. Os contratos denominados interativos são aqueles contratos eletrônicos caracterizados pela interação da máquina com a pessoa humana.

Um exemplo é o caso que ocorre nas páginas eletrônicas mais modernas, onde o internauta seleciona os produtos que irá adquirir, e após esse processo, confirma a negociação com um clique, significando estar de acordo com o estabelecido nesse contrato eletrônico.

Deste modo, essa espécie de contrato eletrônico se forma no momento em que a pessoa clica no item específico, declarando sua vontade e concretizando a negociação. Deve-se lembrar ainda, que esta forma de contrato eletrônica deve ter interação imediata de vontade das partes que a compõe, pois se não possuir essa relação jurídica não deverá ser entendida como válida e eficaz.

Por isso, essa espécie de contrato eletrônico é diferente dos contratos conhecidos como intersistêmicos, pois nesse caso a comunicação é entre uma pessoa e um sistema já programado, um exemplo quando se compra em loja virtual. E no caso dos contratos intersistêmicos, estes, se caracterizam na relação (máquina x máquina).

Deve-se assegurar que os contratos interativos não são aqueles contratos firmados entre (homem x máquina), mas sim aqueles contratos em que a máquina é programada em conformidade com a vontade do seu dono.

Normalmente, esse tipo de contrato se equipara ao contrato de adesão, visto que suas cláusulas são pré-estabelecidas, não podendo o consumidor discuti-las ou adaptá-las às suas necessidades, apenas podendo recusar tal contrato.³⁵

Entende-se que, sobre a espécie de contrato eletrônico também se configura como contrato entre presentes, pois é possível a troca imediata de declaração de

³⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Op. cit.*, p. 315.

³⁵ LEAL, *op. cit.*, p. 86; PINHEIRO, *op. cit.*, p. 315.

vontade. Assim sendo, quando o internauta concorda com o estabelecido no site e clica (firmando este contrato eletrônico) ele se concretiza.

Já os contratos eletrônicos conhecidos como interpessoais são aqueles contratos que as mensagens eletrônicas são trocadas entre pessoas (pessoa x pessoa) e não entre (máquinas x máquinas).

Portanto, essa espécie de contrato eletrônico conhecida por interpessoais possui a comunicação entre as partes e ocorre por meio de computador, utilizando-se do correio eletrônico *e-mail*, videoconferência ou salas de conversação – *chats* podem ser simultâneos quando celebrados em tempo real e não-simultâneos, quando ocorre um tempo maior para aceitação entre as partes, como é o caso dos contratos por correio eletrônico.³⁶

Deve-se lembrar que esta espécie de contrato eletrônico pode também ser utilizada na compra e venda via *homepage*, no caso em que a página eletrônica não ofereça recursos para que possa existir uma aceitação automática da oferta, necessitando que seja informado o e-mail para que haja o contato entre os pactuantes e assim seja firmado o contrato eletrônico.

Assegura Carli, que a diferença entre os contratos eletrônicos interpessoais e os interativos é que, no primeiro “existe um diálogo entre duas pessoas [...], enquanto que na contratação interativa, inexistente diálogo: o consentimento é manifestado por meio de um simples pressionar de um botão”.³⁷

O entendimento que se tem e admite é o mesmo estabelecido na Conferência sobre Contratos Eletrônicos e o Novo Código Civil, coordenada pelo professor Eurípedes Brito Cunha Júnior, que considera esta modalidade de contrato eletrônico formada no momento que a aceitante manifesta sua vontade via e-mail ou por outra forma, que não haja a troca imediata de declaração de vontade, portanto se está diante de um contrato formado entre ausentes, pois sua formação é firmada no momento que o aceitante expede para a outra pessoa sua declaração de vontade, obedecendo a um determinado lapso temporal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *internet* atualmente é realmente instrumento de grande uso pela população mundial, mas também existe um grande problema que envolve esses meios digitais, que

³⁶ LEAL, *Op. cit.*, p. 86; PINHEIRO, *Op. cit.*, p. 315.

³⁷ CARLI, Vilma Maria Inocêncio *Op.cit*, p. 373.

é o desconhecimento dos usuários no funcionamento da Rede mundial de computadores por ser um meio novo e desconhecido, gera uma certa apreensão e medo em fazer contratações tendo a frente apenas o monitor de um computador e o mouse, e a incerteza que aquele determinado produto que está adquirindo, chegará a seu destino, e se o seu cartão de crédito que foi usado para parcelar a compra vai ser realmente usado para aquela contratação ou virão mais faturas a serem pagas, claro que quando se adquire um bem estando vendedor e comprador frente a frente ainda assim, pode e há alguns conflitos imaginem a contratação por Internet, qual pode ser a segurança jurídica de cada cidadão de que não haverá nenhum tipo de conflito naquela contratação onde a sua segurança jurídica é mínima ou nenhuma, essa é verdadeiramente uma contratação virtual.

A maioria dos internautas não possui conhecimentos específicos sobre os elementos que forma m esse meio digital e, portanto não se faz idéia que essa rede digital é complexa, pois é formada pelas linguagens ou “códigos”, tecnologias e protocolos. Desse modo, os usuários utilizam o tempo e a prática adquirida com o uso para se habituarem ao meio digital.

No contrato eletrônico não é diferente, pois em alguns casos não se conhece qual tipo de serviço está sendo utilizado ou até mesmo contratado no meio virtual, o que gera uma grande insegurança jurídica, pela dúvida na veracidade da relação jurídica firmada.

A insegurança jurídica apresentada no meio digital reflete-se em primeiro lugar na validade dos negócios realizados via Internet, cabe a parte adotar medidas que asseguram veracidades nas relações firmadas pelos contratantes na rede, devendo, portanto adotar medidas de segurança que assegurem a autenticidade e a integridade dos documentos eletrônicos.

8 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor, 2004.

CARLI, Vilma Maria Inocência. **Teoria e Direito das Obrigações Contratuais**. São Paulo: Bookseller, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos**, vol. 5, 5ª ed., 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Sergio Ricardo Marques. O comércio eletrônico e suas implicações jurídicas. In: BLUM, Renato M. S. Opice [coord.]. **Direito eletrônico: a internet e os tribunais**. São Paulo: Edipro, 2001.

JORGE, Cláudia Chaves Martins, Artigo jurídico, **Consulex**, a. VII, n. 70, 31 de jan. 2008.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet**. São Paulo: Atlas, 2007.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécies**. Niterói: Ímpetus. 2007 (v. 3 Série Concursos Públicos).