

A contratação à distância por meios eletrônicos

Arthur Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Professor de História do Direito; Prática Jurídica II; Prática Jurídica IV, Uma Visão Constitucional do Direito Civil, da Universidade Iguazu – Campus V; Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos.

Alceu Rangel da Silva Junior*

Professor de Direito Internacional e Direito Econômico; Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Economia da do Curso de Direito da Unig, Campus V; Professor de Direito do Trabalho no Curso de Administração da UNIG, Campus; Especialista em Dir. do Trabalho, Dir. Previdenciário e Medicina e Segurança do Trabalho. Analista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Marcelo Lannes Santucci*

Advogado; Professor de Hermenêutica Jurídica; Prática Jurídica I – Direito e Processo do Trabalho; Prática Jurídica II – Direito de Família; Direito do Trabalho III – Ênfase em Processo; Prática Jurídica Real III, da Universidade Iguazu – Campus V; Professor de Direito do Trabalho II; e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Metropolitana São Carlos em Bom Jesus do Itabapoana – RJ; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Iguazu em Itaperuna – RJ.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar as principais características da contratação à distância por meios eletrônicos. Por não estar devidamente regulamentada no direito brasileiro, a questão da contratação eletrônica proporciona divergências entre os doutrinadores, principalmente no que se refere à validade dos contratos oriundos desta modalidade negocial e a possibilidade de utilização dos mesmos como prova judicial. Outra divergência que surge é a necessidade de elaboração de uma legislação própria regulamentando a contratação eletrônica, a exemplo do que fora feito no direito comparado. Questões como estas serão abordadas no decorrer do trabalho a fim de tentar elucidar as dúvidas existentes, auxiliando uma maior compreensão do tema.

Palavras-chave: Contratação à distância; Contrato eletrônico.

Abstract

This article analyzes the main characteristics of the contracting at a distance by electronic means. For not being properly regulated under Brazilian law, the issue of electronic contracting provides disagreements among doctrinaires, especially as regards the validity of contracts arising from this trading mode and the ability to use the same as evidence in court. Another difference that arises is the necessity to draw up a specific legislation regulating electronic contracting, as has been done in comparative law. Such questions will be discussed during the work to try to clarify the doubts, assisting greater understanding of the subject.

Keywords: Hiring at a distance; electronic contract.

1 Introdução

Nos dias de hoje o ser humano vive em um mundo altamente dependente das tecnologias. O mundo digital se expandiu de maneira tal que em todos os ramos da sociedade existem artefatos auxiliando e até mesmo realizando as tarefas comuns do cotidiano.

O advento e a repentina popularização da *internet* (*World Wide Web*) como uma rede mundial interligando computadores de todo o mundo auxiliou no processo de

globalização, reduzindo drasticamente as diferenças sociais, culturais e, principalmente, econômicas entre os continentes.

Essa revolução tecnológica nas telecomunicações, impulsionada pela *internet*, exerceu uma intensa influência na vida da população a ponto de provocar mudanças consideráveis nos seus costumes¹, principalmente no que se refere à esfera contratual, cujas transformações fizeram surgir novas relações jurídicas com características e peculiaridades próprias.

O comércio, atendendo as necessidades de uma sociedade globalizada, evoluiu a fim de se adaptar a estes novos costumes. Os atos mercantis, como compra e venda de produtos e serviços, começaram a tomar contornos virtuais, onde contratos que antes eram celebrados apenas com a presença física das partes no mesmo local, assinando de próprio punho um termo contendo as cláusulas estabelecidas, agora podem ser concluídos e até mesmo executados por pessoas localizadas em lados opostos do planeta e com a mesma eficiência dos contratos clássicos. Para concretizar um contrato nestes moldes, basta que ambos os contratantes estejam frente a um computador conectado à *World Wide Web*.

Muitos ordenamentos jurídicos não tiveram o mesmo dinamismo que tem o avanço tecnológico e, por isso, não estavam preparados para lidar com esse fenômeno, o que fez com que essa nova forma de negociar criasse lacunas na legislação, as quais devem ser estudadas e, se necessário, preenchidas.

A polêmica do tema nasce da necessidade ou não de criação de legislação atualizada, com o objetivo de abranger as recentes situações jurídicas geradas pela contratação eletrônica, já que muitos questionam a validade destes contratos, o seu mecanismo de conclusão, a sua segurança e, principalmente, a possibilidade de serem utilizados como meios de prova judicial.

O objetivo do presente trabalho é justamente auxiliar no processo de eliminação da referida polêmica existente, ou seja, demonstrar se o ordenamento jurídico brasileiro está apto ou não a regular de forma eficaz todas as relações advindas da contratação eletrônica.

2 Os contratos eletrônicos

A popularização em massa da *internet*, associada a uma evolução desenfreada das novas tecnologias digitais, forçou com que uma enorme gama de atividades do

¹ VENTURA, Luiz Henrique Pontes. “Comércio Eletrônico”. In *Revista Jurídica Consulex*. Vol. I, Ano III, nº 35. Brasília: Editora Consulex, 30 de dezembro de 1999, p. 62.

cotidiano passasse a ser também realizada de forma eletrônica, o que não ocorreu de forma diferente com o comércio.

Operações comerciais como o pagamento de contas, compra de produtos, compra de ingressos em teatros e cinemas, etc., cuja praxe era de que a sua conclusão se desse na presença das partes, passaram ser concluídas frente a um computador, dando origem ao denominado comércio eletrônico.

Também conhecido como *e-business* ou *e-commerce*, o comércio eletrônico pode ser entendido como sendo qualquer tipo de transação comercial concluída eletronicamente através do processamento e transmissão de dados, sem que as partes tenham tido o contato físico direto, com o fim de comprar e vender mercadorias ou prestar serviços².

Outras atividades comerciais eletrônicas que também são enquadradas como *e-commerce* são a publicidade e a oferta de produtos e serviços, o intercâmbio de informações entre o *site* e o cliente, os serviços de pré e pós-venda, etc.

Começaram, então, a surgir lojas e até *shoppings* virtuais em *web sites*, permitindo que consumidores localizados em qualquer lugar do mundo pudessem ter acesso aos bancos de dados de uma variedade infinita de produtos ofertados sem que, para isso, precisassem sair de suas próprias casas.

As principais e mais disseminadas transações do comércio eletrônico são as que ocorrem entre um fornecedor e um consumidor. Entretanto, ajustes eletrônicos entre fornecedores ou empresas também integram o rol de transações do *e-commerce*.

Estes contratos entre fornecedores também são conhecidos como *business to business* (B2B) e são aqueles realizados entre empresas e/ou pessoas jurídicas para estabelecer trocas de informações comerciais ou adquirir produtos e serviços como destinatários finais.

O comércio *business-to-consumer* (B2C), por sua vez, é aquele que trata da oferta eletrônica de produtos e serviços de um fornecedor para um destinatário final que é uma pessoa física, o consumidor. Esta modalidade de comércio eletrônico, entretanto, gera muita polêmica para os estudiosos do Direito, uma vez que são relações de consumo que geralmente trazem sérios prejuízos ao destinatário final do produto.

Portanto, como são relações que envolvem consumidores, torna-se manifesta a necessidade da aplicação das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor e dos seus Princípios reguladores.

² VENTURA, Luiz Henrique Pontes. “Comércio Eletrônico”. In *Revista Jurídica Consulex*. nº. 35. Dezembro 1999. p. 62.

Os contratos à distância são os contratos celebrados entre pessoas distantes entre si, as quais utilizam algum meio de comunicação para viabilizar a concretização do pacto. Os contratos à distância são, portanto, aqueles cuja proposta, negociação e conclusão são efetuados sem o contato físico entre os contratantes.

O item 01 da Diretiva 97/7/CE definiu contratos à distância como sendo:

Contrato à distância, qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração.³

Por técnicas de comunicação à distância, a própria Diretiva conceitua como “qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor, possa ser utilizado, tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes”⁴.

Tem-se, desta forma, que a definição mais simples para o contrato eletrônico é aquela que usada para os contratos clássicos, diferindo apenas no que se refere ao meio em que fora celebrado, o meio eletrônico.

Neste sentido Ricardo Luiz Lorenzetti afirma que “uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um contrato eletrônico”.⁵

3 A classificação dos contratos eletrônicos

No decorrer do presente trabalho, perceberemos que distinção dos contratos eletrônicos em *inter praesentes* (entre presentes) ou *inter absentes* (entre ausentes) é de vital importância para auxiliar na compreensão do mecanismo de conclusão destes contratos.

Anteriormente, os códigos utilizavam-se da presença física dos contratantes para fazer esta distinção, pois se presumia que se duas pessoas não estivessem fisicamente presentes, demandava-se um tempo para que o consentimento se aperfeiçoasse.⁶

Porém, esse conceito foi sendo posto de lado com o surgimento de tecnologias como o telefone e o *Internet Relay Chat*⁷, que permitem uma interação instantânea entre

³ DIRETIVA 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, disponível em <<http://www.icp.pt/template20.jsp?categoryId=96924&contentId=163215>>, acesso em 07.12.2013.

⁴ Idem.

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 287.

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz, Op. Cit. p. 314.

⁷ Internet Relay Chat (IRC) é um protocolo de comunicação bastante utilizado na *Internet*. Ele é utilizado basicamente como bate-papo (*chat*) e troca de arquivos, permitindo a conversa instantânea em grupo ou privada, sendo o predecessor dos mensageiros atuais.

contratantes fisicamente distantes, conferindo, assim, uma maior importância ao fator da simultaneidade em que os contratantes manifestam as suas vontades.

Atualmente, a distância física entre as partes e os meios que conduzem a declaração ao seu destino são fatores que de modo algum influem na presente classificação, uma vez que é a instantaneidade o elemento fundamental que o legislador adotou para fazer a distinção entre os contratos entre presentes ou entre ausentes.

Portanto, se duas pessoas fisicamente distantes, mas conectadas de forma interativa, emitem declarações instantâneas, deve-se considerar que o contrato se deu entre presentes, ou *inter praesentes*. A exemplo disso podemos citar a contratação por telefone, por *chats*, por vídeo-conferências, etc., onde as partes podem ter conhecimento da declaração da outra parte no exato momento em que a mesma é proferida.

Nesse mesmo sentido, se entre a emissão da vontade e a recepção da mesma pela outra parte decorrer um lapso temporal significativo, estaremos diante de uma contratação entre ausentes, ou *inter absentes*⁸. É o que ocorre nas contratações por carta ou por e-mail, onde a mensagem eletrônica só é recebida pelo destinatário somente após ser armazenada no provedor de acesso à internet.

Merece registro fato de alguns doutrinadores considerarem o uso do correio eletrônico como uma forma de contratação eletrônica simultânea, *inter praesentes*, se as partes estiverem concomitantemente conectadas à rede de computadores, levando-se em consideração a velocidade em que os *e-mails* levam para chegar ao computador da outra parte⁹.

Porém, a maioria da doutrina entende que a contratação por e-mail se dá entre ausentes, pois, por mais veloz que as mensagens cheguem ao computador da outra parte, nunca vai chegar de forma involuntária ao conhecimento da parte, já que seria necessário a execução de uma nova ação, uma nova interação com o computador, para se ter acesso ao conteúdo da mensagem eletrônica, o que retira a instantaneidade da comunicação.

Na contratação eletrônica também é possível classificar os contratos como intersistêmicos, interpessoais e interativos.

Na modalidade de contratação intersistêmica o computador é usado apenas para aproximar a vontade das partes previamente estabelecidas, ou seja, transpõem para o

⁸ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos Via Internet*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 70.

⁹ GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4992>>, acesso em 28.11.2013.

computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que o equipamento interligado em rede tenha interferência na formação dessas vontades.

Os contratos eletrônicos interpessoais se distinguem dos intersistêmicos pelo fato das mensagens eletrônicas serem trocadas por pessoas e não por sistemas eletrônicos previamente programados. A característica fundamental nesta modalidade é a necessária interação entre duas ou mais pessoas nos dois polos da contratação durante todo o *iter* contratual, ou seja, desde as negociações preliminares até a efetiva celebração¹⁰. São exemplos de contratos interpessoais aqueles concluídos por duas ou mais pessoas via *e-mail*, *chats*, vídeo-conferências ou qualquer outro meio eletrônico de comunicação.

Os contratos interativos são aqueles nos quais que uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações que é previamente colocado à disposição pela outra parte contratante. Este sistema nada mais é do que um programa de computador que possibilita o acesso a bancos de dados com funções variadas como, por exemplo, escolher qual item deseja comprar, a forma de pagamento, o local de entrega, a forma de envio, etc. O exemplo mais comum de contratos interativos são aqueles firmados via *Internet*, em *web sites*, como as compras de produtos e contratação de serviços pelas páginas eletrônicas.

4 O mecanismo de conclusão dos contratos eletrônicos

Uma outra questão sobre os contratos eletrônicos que também faz surgir divergências entre os estudiosos do direito é o mecanismo de conclusão dos contratos, principalmente no que se refere ao momento da conclusão desta modalidade de contrato.

A doutrina já reconhece que a declaração de vontade automatizada é plenamente válida, já que, por trás de uma declaração emanada de um computador, há sempre um comando humano prévio que a programou para ser expedida. Desta forma, a vontade do sujeito se exterioriza não no ato concreto da expedição automática, mas sim em um momento anterior, ou seja, quando efetivamente preparou o seu sistema computacional para emitir a automaticamente a manifestação. Portanto, tanto a oferta quanto a aceitação exteriorizadas de forma automática são válidas para no nosso ordenamento jurídico.

A conclusão do contrato ocorre quando há a união da proposta e da aceitação com um mesmo intuito negocial. Porém, fixar o exato momento da conclusão dos

¹⁰ GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4992>>, acesso em 28.11.2013.

contratos eletrônicos é de vital importância para definir o instante em que o contrato começa a produzir efeitos, para verificar a presença dos requisitos de validade no momento da sua formação e para se determinar qual a lei lhe será aplicável, caso uma lei nova entre em vigor durante o processo de contratação.

Caso tenha sido pactuado *inter praesentes*, a conclusão do contrato dar-se-á no momento em que o aceitante exterioriza a sua aceitação e esta é entendida pela outra parte. Esse é o entendimento dominante entre os doutrinadores, uma vez que o Código Civil não disciplinou essa questão.

Em contrapartida, solução diversa ocorre na contratação *inter absentes*, onde a existência de um relevante lapso temporal entre a oferta e a aceitação é uma característica peculiar, o que dificulta a fixação do exato momento em que o vínculo contratual se formou.

Diante disso, a doutrina brasileira, baseada no direito comparado, formulou quatro teorias que visam resolver o problema.

A primeira, denominada de teoria da declaração, considera que o contrato se conclui com o simples fato da aceitação da oferta. De acordo com essa teoria, o contrato estaria perfeito se o oblato apenas aceitasse os termos de uma proposta enviada por e-mail, não sendo necessário que sua manifestação de anuência seja enviada ou proponente.

Essa teoria recebe muitas críticas, pois a conclusão do contrato fica totalmente subordinada ao aceitante que, mesmo havendo externado sua declaração de vontade, restringe sua aceitação a seu próprio âmbito de conhecimento. Outra crítica a esta teoria é a de que o proponente pode ficar vinculado a um contrato sem que o saiba.

Outra teoria é a da expedição, que entende que o vínculo contratual se aperfeiçoa no momento em que o oblato expede a sua declaração. Assim, um contrato firmado pela internet, por exemplo, estaria perfeito no momento em que o oblato enviasse o *e-mail* com a resposta, ou quando ele clica no espaço constante na *homepage* do ofertante.

Existem doutrinadores que criticam este posicionamento sob a alegação de que a aceitação enviada pelo oblato pode não chegar a seu destino e, extraviando-se a declaração de vontade expedida pelo aceitante, perde-se o momento exato da formação do contrato.

A teoria da recepção entende que o contrato está concretizado no momento em que o ofertante recebe a anuência do aceitante. Basta que a aceitação entre na esfera de domínio do proponente, sem que seja necessário o seu efetivo conhecimento fático.

Por fim, a teoria do conhecimento adota como momento exato da conclusão do contrato o momento no qual o ofertante toma conhecimento do conteúdo da aceitação. Para os adeptos desta teoria é necessário que as partes envolvidas no negócio jurídico tenham consciência da vontade da outra parte. A crítica feita a esta teoria é que a dúvida sobre estar ou não vinculada ao contrato seria transferida para o oblato ao deixar a cargo exclusivamente do proponente em tomar efetivo conhecimento do conteúdo da resposta do aceitante. Ou, ainda, o proponente poderia recusar-se a tomar conhecimento da aceitação.

O legislador brasileiro, no artigo 434 do Código Civil, adotou a teoria da expedição para determinar o momento exato da vinculação contratual entre ausentes. Com isso, basta que a mensagem seja expedida para que o contrato esteja perfectibilizado. A adoção desta teoria, porém, não retira o caráter receptício da aceitação, sendo necessário que a aceitação chegue ao proponente para que haja a efetiva conclusão do contrato. O contrato de forma alguma se formaria se um *e-mail* contendo uma aceitação, por exemplo, fosse expedido e não chegasse ao ofertante. A teoria da expedição importa apenas a fixação retroativa do momento da conclusão contratual¹¹.

Todavia, o Código Civil, em seu artigo 434, estabelece exceções à aplicação da teoria da expedição. A primeira delas está descrita na norma do artigo 433, segundo o qual a aceitação será considerada inexistente se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante. Nesta hipótese, a aceitação não se torna eficaz e o contrato não se perfectibiliza.

A segunda exceção ocorre quando o proponente se compromete a aguardar uma resposta referente à oferta realizada. Nesta situação, não será aplicada a teoria da expedição, mas sim a teoria da recepção.

A última exceção à teoria da expedição incide quando a resposta expedida pelo oblato não chegar dentro do prazo convencionado. Significa dizer que, na hipótese de uma proposta feita com prazo a uma pessoa ausente, em que a oblação chega ao destinatário tardiamente, o contrato forma-se no instante em que a resposta chega ao proponente, e não no momento da expedição.

5 A proteção frente aos *Clicwrap Agreements*

O tipo de contrato eletrônico mais utilizado e freqüentemente encontrado na Internet é o que a doutrina americana chama de *Clickwrap Agreement*. São, na verdade,

¹¹ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. Op. Cit. p. 75.

contratos interativos de adesão presentes em *web pages* que expõem as ofertas virtuais, onde o consumidor, para expressar a sua vontade, deve fazê-la por meio de cliques em botões com dizeres do tipo *i agree*, *i accept*, aceito, sim, ou qualquer outro que indique a afirmativa de aceitação. A partir deste clique, caso estejam presentes os três requisitos de validade dos atos jurídicos elencados pelo artigo 104 do Código Civil, estará firmado entre as partes um contrato apto a produzir todos os efeitos que lhes são peculiares.

Ricardo Luiz Lorenzetti afirma que “não se trata de uma categoria especial nem de uma tipicidade nova ou de modo diferente de celebrar um contrato, mas sim de um costume negocial”¹².

Quanto aos *clickwrap agreements*, uma questão que certamente traz dúvidas é quanto à inclusão de cláusulas abusivas no seu conteúdo, já que se tratam de contratos de adesão onde não há nenhuma participação do consumidor na sua elaboração.

Os adeptos das teorias do livre mercado e da autonomia da vontade defendem ser desnecessário o controle do conteúdo das cláusulas alegando que o contratante, embora tolhido da capacidade de negociar o conteúdo das cláusulas, tem a plena liberdade de optar entre várias ofertas e, principalmente, se deseja ou não contratar. Afirmam também que a existência de uma manifestação de vontade consentindo com o teor das cláusulas é um requisito suficientemente apto a gerar um vínculo contratual válido entre duas partes plenamente capazes.

Entretanto, tais argumentos não são acolhidos por grande parte dos doutrinadores, os quais afirmam que todo contrato de consumo, seja eletrônico ou não, deve ser regido pelas normas do Código de Defesa do Consumidor.

É neste sentido que adotamos a tese de que se uma cláusula escrita é abusiva, também o será se estiver inserida em um contrato eletrônico, devendo, portanto, ser considerada nula de pleno direito pelo magistrado, na forma do que dispõe o artigo 51 do referido diploma legal.

Outro ponto que também gera uma enorme discussão é o da proteção da confiança do consumidor em relação ao contrato celebrado.

A Internet traz uma aparência de liberdade ao consumidor pela ausência de fronteiras e pela quantidade infinita de produtos e de ofertas. Ofertas estas que estão se tornando cada vez mais influenciáveis, uma vez que só mostram ao consumidor aquilo que o proponente quer mostrar, ou seja, os pontos positivos do produto. Essa aparente liberdade, adicionada à publicidade maciça gera uma confiança no consumidor, não só

¹² LORENZETTI, Ricardo Luiz. Op. Cit. p. 331.

pela expectativa da conclusão perfeita dos contratos, mas da qualidade do objeto que está adquirindo.

É justamente nos *clickwrap agreements* que esta confiança criada no consumidor está mais suscetível de ser afetada, pois não obstante estarem sujeitos à ocorrência de problemas técnicos¹³ inerentes à contratação eletrônica, os consumidores também podem ser vítimas de sua própria falta de instrução ao clicarem no local errado, ou ao não entenderem corretamente os termos utilizados nas *web pages* durante a contratação.

Diante disso, devem os responsáveis pelos *sites* primar por informações corretas e elucidativas sobre os preços, sobre a qualidade do produto, sobre as condições a que o negócio está subordinado, auxiliando o consumidor a exprimir uma vontade livre de qualquer vício.

Devem prezar, também, pela transparência em todo o trâmite contratual seguindo os ulteriores nortes: informar com precisão como a contratação se dará, pois, como parte mais vulnerável, o consumidor não pode suportar o risco de atitudes abusivas do fornecedor; através de condutas de boa-fé objetiva, evitar se aproveitar do erro (clique em lugar errado) do consumidor, informando, desde logo, a sua ocorrência; evitar a manipulação da vontade do consumidor; permitir ao consumidor perenizar as provas do contrato e do seu próprio erro (tela que informa a ocorrência e o reconhecimento de algum erro e que, devido a isto, o contrato não foi concluído); informar precisamente todas as informações sobre o fornecedor, como endereço, registros e as informações sobre o direito de arrependimento previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor; informar o preço exato que o consumidor deverá pagar pelo produto, pormenorizando todas as despesas extras como transportes e impostos; e outras várias atividades que possam garantir ao consumidor a inviolabilidade da confiança despertada.

6 A Lei Modelo da UNCITRAL

Como já exaustivamente dito acima, não contém no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma lei específica que trate da contratação à distância por meios eletrônicos, o que, conseqüentemente, traz certa insegurança para as relações contratuais oriundas deste meio de comércio.

¹³ Como exemplo de problemas técnicos pode-se citar a deficiência de um computador em concluir com perfeição os comandos a serem executados sem que usuário possa facilmente identificá-la, um erro na conexão durante a contratação e todos os demais erros advindos de uma falha mecânica.

No direito comparado, porém, a situação é completamente oposta à experimentada pelo Brasil, havendo uma enorme mobilização para a elaboração de leis que regulamentem de forma eficaz estas relações.

Um exemplo de legislação alienígena específica é a Resolução 51/162 elaborada em 1996 pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, também conhecida como Lei Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) sobre Comércio Eletrônico¹⁴, que tem como objetivo nortear a elaboração e/ou a adaptação da legislação interna de vários países, promovendo a segurança jurídica e a uniformidade do direito aplicável ao comércio eletrônico.

Esta Lei modelo trata de aspectos jurídicos do comércio eletrônico, tais como a validade de dados armazenados em suporte informático como meio de prova em litígio, o momento de formação dos contratos eletrônicos, o lugar do envio e do recebimento de mensagens de dados, entre outros. Entretanto, neste capítulo só serão analisados alguns artigos desta Lei modelo que corroboram o que foi discutido nos capítulos anteriores.

Em seu artigo 1º fica definido que o seu âmbito de aplicação abrange qualquer tipo de informação na forma de mensagens de dados usada no contexto de atividades comerciais.

No artigo 5º combinado com o parágrafo 1 do artigo 11º é conferido aos contratos celebrados através de mensagens de dados o reconhecimento de seus efeitos jurídicos, admitindo que a oferta e a aceitação sejam manifestadas por mensagens eletrônicas e não negando a validade e a força obrigatória destes ajustes meramente por estarem na forma eletrônica, salvo disposição contrária das partes.

Segundo o artigo 6º da referida Lei, o requisito da forma escrita, exigido por lei para a conclusão de alguns negócios jurídicos, será preenchido por uma mensagem eletrônica quando o seu teor puder ser consultado posteriormente.

Se a condição exigida por lei for a assinatura das partes, a Lei modelo previu em seu artigo 7 que uma mensagem eletrônica preenche este requisito caso seja utilizado algum método para identificar a pessoa e indicar sua aprovação para a informação contida na mensagem eletrônica, desde que tal método seja confiável e apropriado para atingir a finalidade da mensagem. Neste artigo fica ainda consubstanciado o princípio da neutralidade tecnológica ao prever que pode ser utilizada qualquer tecnologia que se disponibilize futuramente, desde que atinja com segurança o fim a que é destinada.

¹⁴ RESOLUÇÃO 51/162. Uncitral – united nations commission on international trade law. Nova Iorque, EUA, (ONU), 16.12.1996. Disponível em <http://www.dct.mre.gov.br/e-commerce/seminario_e-commerce_lei.htm>, acesso em 30.11.2013.

O artigo 9 dispõe sobre a admissibilidade e a força probante dos contratos celebrados através de mensagens eletrônicas, afirmando que não será admitida – em sede judicial, administrativa ou arbitral – nenhuma norma jurídica que obste sua admissibilidade como meio de prova pelo simples fato de serem mensagens virtuais.

Questão controvertida que também foi abordada pela Lei modelo é o tempo e o lugar do envio e do recebimento das mensagens eletrônicas.

O parágrafo 1 do artigo 15 determina que, salvo convenção de maneira diversa pelas partes, a mensagem será considerada enviada quando ela entrar em um sistema de informação fora do controle do emissor. O parágrafo 2 do mesmo dispositivo legal determina o exato momento do recebimento da mensagem, nos seguintes termos: se o destinatário tiver designado um sistema de informação para receber mensagens eletrônicas, o momento da recepção será quando a mensagem entrar no sistema designado; porém, se a mensagem eletrônica tiver sido enviada para um sistema de informação que não seja o sistema de informação designado, o momento da recepção dar-se-á quando da recuperação da mensagem pelo destinatário. Caso o destinatário não designou um sistema de informação, a recepção acontecerá no momento de entrada da mensagem no sistema de informação do destinatário.

O local da expedição e do recebimento da mensagem ficou definido no parágrafo 4 do artigo 15, que diz que uma mensagem eletrônica é considerada enviada no local onde o remetente tenha seu estabelecimento e recebida no local onde o destinatário tenha o seu estabelecimento. Entretanto, deixa claro que se o remetente ou o destinatário não possuem estabelecimento, se levará em conta a sua residência habitual, ou, se tiverem mais de um estabelecimento, fica estabelecido como local o estabelecimento que guarde a relação mais estreita com a transação subjacente ou, caso não exista uma transação subjacente, o seu estabelecimento principal.

7 Conclusão

Como se pôde perceber ao final deste trabalho monográfico, ao contrário do que alguns imaginavam, os contratos eletrônicos não são institutos jurídicos novos distintos dos contratos tradicionais, pois a única diferença entre a modalidade virtual e a clássica é a forma pela qual elas são concluídas, onde, de um lado tem-se um termo escrito, consubstanciado em um suporte físico e devidamente assinado pelas partes e, de outro, um contrato virtual selado por meio de mensagens eletrônicas ou por transferência de dados, imagens ou sons.

Portanto, devido a isso e por não haver nenhuma norma que repudie expressamente os contratos eletrônicos do ordenamento jurídico brasileiro, é que se deve fazer o uso da analogia para aplicar a esta nova modalidade de conclusão de contratos todas as regras cogentes e princípios norteadores que fundamentam a contratação clássica, principalmente quanto à sua validade, mecanismo de conclusão e sua utilização como meio de prova judicial.

Porém, acreditar que a utilização única e exclusivamente da analogia é suficiente para regular todos os negócios jurídicos oriundos da contratação eletrônica seria iludir-se com uma situação que não mais condiz com a realidade, escondendo toda a complexidade do tema. Seria acreditar que o Direito Civil está apto a regular eficazmente o Direito dos Consumidores, o que não mais se admite atualmente.

Assim como houve a transformação do Direito Civil adaptando-se aos anseios de uma parcela da sociedade que não mais estava amparada pelas leis como deveriam, o Direito Contratual deverá ser aperfeiçoado a fim de se equiparar ao desenvolvimento tecnológico e de eliminar a insegurança jurídica ainda existente nos contratos eletrônicos.

Torna-se, portanto, iminente a necessidade de uma legislação atualizada regulamentando o comércio eletrônico, especialmente no que diz respeito à segurança jurídica dos contratos virtuais com base no instituto da assinatura digital acima abordado.

Mas, para que isso seja feito de forma eficiente pelos legisladores, deverão ser levados em consideração dois aspectos relevantes sobre o tema: o dinamismo tecnológico e o seu inegável caráter internacional.

Ao elaborar as leis que regerão a matéria, o legislador deve se preocupar com a velocidade com que os meios eletrônicos se evoluem, tomando cuidado para evitar um positivismo extremado ao tentar prever todos os casos e aspectos da contratação eletrônica, tendo como consequência um engessamento¹⁵ da norma. Isto porque a tecnologia utilizada atualmente para garantir a autenticidade e a inalterabilidade do que fora pactuado pode não ser tão eficaz no dia seguinte, tornando-se necessário o emprego de um outro mecanismo que garanta os mesmos efeitos e com mais credibilidade. O caminho mais adequado a ser seguido durante o processo de elaboração da legislação pátria, a fim de eliminar o impasse do dinamismo tecnológico, seria a adoção de cláusulas gerais, tendo como exemplo o princípio da neutralidade tecnológica previsto na Lei modelo da UNCITRAL.

¹⁵ Expressão utilizada no sentido da norma se tornar inoperante.

Quanto à internacionalidade do tema, deve-se ter em mente que os contratos eletrônicos não são apenas uma realidade nacional, mas sim global. Tal caráter mundial dos contratos eletrônicos faz emergir a necessidade da criação de um Direito sem fronteiras, onde o ordenamento jurídico interno de um país possa interagir com o ordenamento jurídico de outros sem a previsão de haver incompatibilidade entre as normas. Essa medida torna-se imperativa pelo fato de que situações permitidas pela legislação de Estado podem não o ser em outro, aumentando a insegurança entre as contratações à distância por meios eletrônicos.

Como solução para este empecilho, propomos que o legislador brasileiro siga as regras norteadoras da Lei Modelo da UNCITRAL a fim de manter uma sintonia entre a legislação pátria e a alienígena. Tomamos como paradigma a referida Lei Modelo por levar em consideração que a experiência já vivida pelos países Europeus antes de elaborá-la é extraordinariamente mais rica que a vivida pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. “A Internet e o Direito”. In *Revista Jurídica Consulex*. Vol. I, Ano II, nº 24. Brasília: Editora Consulex, 31 de dezembro de 1998.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos Eletrônicos*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos Via Internet*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIRETIVA 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 1997, disponível em <<http://www.icp.pt/template20.jsp?categoryId=96924&contentId=163215>>, acesso em 07.12.2012.

DOS SANTOS, Manoel J. Pereira, ROSSI, Mariza Delapieve. *Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – Contratos de Adesão*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 36, p. 105-129, out./dez. 2000.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. *Da validade jurídica dos contratos eletrônicos*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4992>>, acesso em 28.11.2006

GOMES, Orlando. *Contratos*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O Documento Eletrônico como Meio de Prova*. Disponível em <www.faroljuridico.com.br/artdocumentoeletronicoesp.htm>, acesso em 01.02.2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Flávio Alves. *Defesa do Consumidor na Rede*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Rio de Janeiro, nº 4-5. 2004/2004.

PEIXOTO, Roney de Castro. *O Comércio Eletrônico e os Contratos*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III, 10ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p. 02.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 520.

VENTURA, Luiz Henrique Pontes. “Comércio Eletrônico”. In *Revista Jurídica Consulex*. nº. 35. Dezembro 1999.