

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CHRISTOVAM CASTILHO JÚNIOR

**O CONTRATO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE
PROVA NO PROCESSO CIVIL**

MARÍLIA
2011

CHRISTOVAM CASTILHO JÚNIOR

**O CONTRATO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE
PROVA NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação *strictu sensu* em Direito da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

MARÍLIA
2011

CASTILHO JÚNIOR, Christovam

O contrato eletrônico como instrumento de prova no processo civil / Christovam Castilho Júnior; orientador: Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé. Marília, SP: [s.n.], 2011.

209 folhas

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. A teoria contratual clássica e a visão moderna dos contratos 2. Teoria geral da prova 3. Da prova eletrônica.

CDD: 341.4641

CHRISTOVAM CASTILHO JÚNIOR

O CONTRATO ELETRÔNICO COMO INSTRUMENTO DE PROVA
NO PROCESSO CIVIL

Banca examinadora do Exame de Defesa Pública do Programa de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: _____

ORIENTADOR: Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé _____

1º EXAMINADOR: Prof. Dr. _____

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. _____

Marília, 04 de março de 2011.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me concedeu forças e oportunidade para a sua realização.

Dedico também aos meus pais, Myrian e Christovam, que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos e, com seus ensinamentos mostraram-me a ser uma pessoa íntegra; verdadeiros exemplos de vida.

Dedico também a minha namorada Ana, pelo companheirismo, não medindo esforços para que eu conseguisse concluí-lo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a DEUS, por me conceder a vida, coragem, força e fé para nunca desistir.

Aos meus pais, irmãos, sobrinhos e amigos, por compreenderem a minha ausência durante todo esse processo de aprendizagem.

Em especial a minha mãe Myrian, por ter acreditado em mim, pelo apoio, compreensão, ajuda financeira, e por tudo que sacrificou para possibilitar que este sonho fosse realizado. E a minha namorada Ana, por ter me acompanhado sempre durante toda esta jornada, pelo amor, apoio, companheirismo e incentivo em todos os momentos.

Ao meu primo Daniel, que me confiou a guarda de seus livros pessoais e que foram imprescindíveis à conclusão deste trabalho.

À UNIVEM pela recepção amigável, aos professores pelos ensinamentos, e aos colaboradores, em especial às queridas Leninha e Taciana, pelo atendimento acolhedor que me proporcionaram no decorrer deste curso.

Em especial ao professor Dr. Luís Henrique Barbante Franzé, que aceitou ser o orientador, dando o apoio necessário ao longo de todo o trabalho, com críticas e sugestões oportunas, paciência e dedicação.

Aos amigos e colegas com quem mantive contato durante o tempo em que permaneci nesta instituição, em especial à estimada mestrandia Ana Amélia Steiner.

Enfim, a todos que colaboraram direta ou indiretamente para a concretização de mais um sonho.

Muito obrigado!

"Se o jurista se recusar a aceitar o computador, que formula um novo modo de pensar, o mundo, que certamente não dispensará a máquina, dispensará o jurista. Será o fim do Estado de Direito e a democracia se transformará facilmente em tecnocracia."

RENATO BORRUSO¹

¹ Autor do livro: **Computer e diritto**. Milano: [s.n.], 1989, p. 29. 2 v.

CASTILHO JUNIOR, Christovam. **O contrato eletrônico como instrumento de prova no processo civil**. 2011. 209 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2011.

RESUMO

O despontar e a divulgação da internet trouxeram para as relações jurídicas decorrentes dos contratos clássicos uma nova roupagem: a eletrônica. Os canais de comunicação se difundiram de tal maneira que praticamente não se cogita em pode falar em fronteiras ou longos percursos físicos como barreira à celebração de negócios jurídicos. Com a vinda de sistemas computacionais interligados à rede mundial de computadores, a contratação pactuada por meio eletrônico passou a fazer parte do cotidiano das pessoas, gerando relações jurídicas, e que necessariamente devem ser objeto de compreensão e interpretação pela doutrina, jurisprudência, e pelos operadores do direito. É nesse contexto que o presente trabalho exhibe um estudo sobre a validade jurídica dos contratos eletrônicos e sua admissibilidade como meio de prova no processo civil. A verificação das condições de existência e validade dos negócios jurídicos celebrados de forma clássica, sob a ótica dos meios eletrônicos de comunicação, divulga-nos a inexistência de impedimento legal que desautorize a aceitação desta nova forma de contratar. Outrossim, verifica-se, em nosso ordenamento jurídico, dispositivos normativos não-específicos que oferecem suporte legal à validade dos contratos pactuados por meio eletrônico, o que leva à conclusão que, mesmo sem a vigência de normas que tratam especificamente sobre a regulamentação das transações eletrônicas, há de ser sustentada a eficácia jurídica e a força probante dos contratos eletrônicos no processo civil.

Palavras-chave: Comércio eletrônico (*e-commerce*). Contrato eletrônico. Prova eletrônica.

CASTILHO JUNIOR, Christovam. **The electronic contract as an instrument of proof in civil proceedings**. 2011. 209 leaves. Dissertation in Law - University Center Euripides Marília, Education Foundation Euripides Soares da Rocha, Marília, 2011.

ABSTRACT

The emergence and dissemination of the Internet brought to the legal relations arising out of contracts a classic new-style: electronics. The communication channels are broadcast in such a way that hardly can speak in considering boundaries in long journeys or physical barrier to concluding legal transactions. With the advent of computer systems connected to the worldwide network of computers, agreed to contract by electronic means has become part of everyday life, creating relationships, which necessarily must be the object of understanding and interpretation by the doctrine, jurisprudence, and operators law. In this context, this paper shows a study on the legal validity of electronic contracts and their admissibility as evidence in civil proceedings. The verification of the conditions of existence and validity of legal transactions concluded in classic form, from the viewpoint of electronic media, announces us that there is no legal impediment deauthorize acceptance of this new form of contract. Moreover, there is, in our legal system, non-specific regulatory provisions that provide legal support to the validity of the contracts agreed by electronic means, which leads to the conclusion that even without the presence of rules that deal specifically on the regulation of transactions electronic, must be sustained and effective legal evidential weight of electronic contracts in civil procedure.

Keywords: Electronic commerce (e-commerce). Contract Electronic. Proof Electronic.

JUNIOR Castilho, Cristóbal. **El contrato electrónico como instrumento de la prueba en un procedimiento civil**. 2011. 209 hojas. Tesis en Derecho - Centro de la Universidad de Eurípides Marília, Fundación para la Educación de Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2011.

RESUMEN

El surgimiento y la difusión de Internet llevado a las relaciones jurídicas derivadas de los contratos de un nuevo clásico de estilo: la electrónica. Los canales de comunicación se difunden de manera que difícilmente se puede hablar en la consideración de los límites en viajes largos o barrera física a la celebración de negocios jurídicos. Con el advenimiento de los sistemas informáticos conectados a la red mundial de computadoras, acordó contrato por medios electrónicos se ha convertido en parte de la vida cotidiana, la creación de relaciones, que necesariamente debe ser objeto de comprensión e interpretación por la doctrina, la jurisprudencia, y los operadores ley. En este contexto, este trabajo muestra un estudio sobre la validez jurídica de los contratos electrónicos y su admisibilidad como prueba en procedimientos civiles. La verificación de las condiciones de existencia y validez de los actos jurídicos celebrados de forma clásica, desde el punto de vista de los medios electrónicos, nos anuncia que no hay impedimento legal retirar la autorización de la aceptación de esta nueva forma de contrato. Por otra parte, no es, en nuestro sistema jurídico, las disposiciones reglamentarias no específicos que sirven de apoyo jurídico a la validez de los contratos acordados por medios electrónicos, lo que lleva a la conclusión de que, incluso sin la presencia de las normas que tratan específicamente sobre la regulación de las transacciones electrónico, debe ser sostenida y eficaz peso legal probatoria de los contratos electrónicos en el procedimiento civil.

Palabras clave: El comercio electrónico (e-commerce). contrato electrónico. Prueba electrónica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CC - Código Civil

CD - *Compact Disc* ou disco compacto

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

DVD - *Digital Video Disc* ou Disco Digital de Vídeo

ICP - Infra-Estrutura de Chaves Públicas

IN SRF - Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal

Min. - Ministro

MP - Medida Provisória

Nº - Número

ONU - Organização das Nações Unidas

PL - Projeto de Lei

PLS - Projeto de Lei do Senado Federal

Proc. - Processo

Rel. - Relator

REsp - Recurso Especial

RT - Revista dos Tribunais

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ - Tribunal de Justiça

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 - A TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E A VISÃO MODERNA DOS CONTRATOS.....	16
1.1 Conceito de contrato.....	16
1.2 Princípios contratuais.....	19
1.2.1 Princípios, regras e garantias.....	20
1.2.2 Autonomia da vontade.....	23
1.2.3 Supremacia da ordem pública.....	24
1.2.4 Consensualismo.....	25
1.2.5 Obrigatoriedade dos contratos.....	26
1.2.6 Relatividade dos efeitos do contrato.....	28
1.2.7 Boa-fé e probidade.....	29
1.2.8 Função social do contrato.....	30
1.3 Interpretação dos contratos.....	33
1.4 Requisitos dos contratos.....	35
1.4.1 Subjetivos.....	36
1.4.2 Objetivos.....	37
1.4.3 Formais.....	38
1.5. Formação dos contratos.....	40
1.5.1 A manifestação da vontade.....	40
1.5.2 Negociações preliminares.....	41
1.5.3 A proposta e a aceitação.....	42
1.5.4 Momento da conclusão do contrato.....	48
1.5.4.1 Contratos entre presentes e ausentes.....	48
1.5.5 Lugar da celebração.....	51
1.6 Classificação dos contratos.....	51
1.6.1 Quanto aos efeitos.....	52
1.6.2 Quanto à formação.....	57
1.6.3 Quanto ao momento de sua execução.....	59
1.6.4 Quanto ao agente.....	60
1.6.5 Quanto ao modo por que existem.....	62
1.6.6 Quanto à forma.....	63
1.6.7 Quanto ao objeto.....	66

1.6.8 Quanto à designação.....	67
1.7 Extinção dos contratos.....	68
1.7.1 Causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato	69
1.7.1.1 Nulidade absoluta e relativa	69
1.7.1.2 Cláusula resolutiva	70
1.7.1.3 Direito de arrependimento	71
1.7.2 Causas supervenientes à formação do contrato	72
1.7.2.1 Resolução	72
1.7.2.2 Resolução por inexecução voluntária.....	73
1.7.2.3 Exceção de contrato não cumprido.....	73
1.7.2.4 Garantia de execução da obrigação a prazo	75
1.7.2.5 Resolução por inexecução involuntária.....	76
1.7.2.6 Resolução por onerosidade excessiva	77
1.7.2.6.1 A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e a teoria da imprevisão	77
1.7.2.6.2 A onerosidade excessiva no Código Civil.....	78
1.7.3 Resilição	80
1.7.3.1 Distrato e quitação	80
1.7.3.2 Resilição unilateral	81
1.7.3.3 Morte de um dos contratantes.....	83
1.7.3.4 Rescisão.....	83
CAPÍTULO 2 - TEORIA GERAL DA PROVA.....	85
2.1 Conceito de prova.....	85
2.2 Classificação da prova.....	87
2.3 Objeto da prova	89
2.4 Fontes e meios de prova	92
2.5 Direito à prova no processo civil.....	94
2.6 Poderes instrutórios do juiz	96
2.7 Ônus da prova.....	98
2.7.1 Inversão do ônus da prova.....	101
2.7.1.1 Inversão legal	101
2.7.1.2 Inversão convencional	102
2.7.1.3 Inversão judicial	103
2.7.2 Momento de inversão do ônus da prova.....	104
2.8 Valoração e hierarquia entre as provas.....	106
2.9 Prova emprestada	109
2.10 Provas ilícitas	111

CAPÍTULO 3 - DA PROVA ELETRÔNICA.....	119
3.1 Contrato eletrônico	119
3.2 Contrato eletrônico como relação de consumo	123
3.3 Requisitos de validade do contrato eletrônico.....	126
3.4 Formação dos contratos eletrônicos.....	129
3.4.1 Lugar.....	130
3.4.2 Momento.....	132
3.5 Classificação dos contratos eletrônicos	134
3.5.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos.....	134
3.5.2 Contratos eletrônicos interpessoais	135
3.5.3 Contratos eletrônicos interativos	137
3.6 Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos	138
3.7 Assinatura digital.....	140
3.8 Criptografia simétrica e assimétrica	142
3.9 Autoridade certificadora e o certificado digital.....	146
3.10 Legislação vigente e tentativas de proteção no Brasil.....	149
3.10.1 Projetos de lei em tramitação no Brasil.....	152
3.11 O sigilo eletrônico e a privacidade <i>on-line</i>	158
3.12 Mecanismos existentes para soluções de conflitos de interesses envolvendo contratos eletrônicos.....	160
CONCLUSÃO.....	162
REFERÊNCIAS	166
GLOSSÁRIO.....	173
ANEXOS.....	176
ANEXO 01 - Medida Provisória nº 2.200/2001.....	176
ANEXO 02 - Projeto de Lei nº 1.589/1999.....	180
ANEXO 03 - Projeto de Lei nº 4.906/2001.....	190
ANEXO 04 - Lei Modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico.....	202

INTRODUÇÃO

Vivemos num período de revolução tecnológica, onde a internet cresce dia-a-dia, transformando o cotidiano dos seres humanos e incorporando-se à vida de cada um. Este hodierno paradigma tem causado o aparecimento de uma nova sociedade, sem fronteiras, estabelecida de estratos culturais bem heterogêneos.

O mundo digital vem se difundindo em dimensões geométricas, fazendo-se acompanhar de novas relações jurídicas, com particularidades e peculiaridades próprias. Sem restar dúvidas, o meio eletrônico de comunicação é algo que predomina e veio para ficar e modificar os usos e costumes da sociedade.

Nesse contexto, o Direito, aqui estabelecido como um instrumento de controle social, precisa prestar atenção às novas perspectivas de relacionamento humano que, aos poucos, vão sendo produzidas pelos diversos avanços tecnológicos, entre os quais, os contratos eletrônicos, cada vez mais comuns e propagados entre nós. A urgência na elaboração de leis atualizadas ou a modificação de institutos e conceitos já consagrados, com o escopo de açambarcar as recentes situações jurídicas geradas por meio eletrônico, é assunto controvertido, que vem separando a opinião de magistrados, juristas, doutrinadores e demais estudiosos do Direito.

Uns acreditam que, juridicamente, não ocorreu nenhuma inovação por parte da internet, sendo esta vista como um mero canal de comunicação emergente. Nesse diapasão, Matte (2001, p. 88), referindo-se aos contratos eletrônicos, constata que “[...] em nada inovaram, a não ser o meio físico utilizado, continuando, por ser uma expressão de vontades, perfeitamente aceitáveis em sua forma, principalmente por não haver restrições legais [...]”. Outros, constataam que o repositório jurídico está defasado, em desuso, reclamando a atualização de seus conceitos e normas para que possa acompanhar os avanços e as conquistas sociais surgidos nos dias de hoje.

Nesse sentido, Barbagalo (2001, p. 90) entende que “[...] a legislação pátria dá abrigo aos contratos eletrônicos, prescindindo, destarte, da edição de novas regras para que esses surtam seus efeitos no mundo jurídico [...]”.

Dessa forma, os contratos eletrônicos se tornam conhecidos e, com eles, questões como: Poderá o contrato eletrônico tomar o lugar com segurança os contratos tradicionais? Quais garantias podem ser ofertadas aos contratantes que usam a internet como meio de negociação? Existe algum meio efetivamente seguro que admita

pactuar negócios jurídicos eletronicamente? É a internet um local ou meramente um meio? Como não ter dúvida quanto a autenticidade e a integridade de um documento transmitido em meio eletrônico? Como enfrentar as situações litigiosas onde dois ou mais internautas contratantes, de nacionalidades diferentes, que não tenham a capacidade de chegar a um acordo sobre um contrato confeccionado eletronicamente, estando cada qual em seu país de origem? Qual legislação empregar? Se faz necessário gerar novas normas jurídicas para reger as negociações por meio eletrônico ou somente tornar amplo o conceito dos institutos já tradicionalmente consagrados no direito contratual? Um contrato eletrônico pode ser empregado de forma válida como meio de prova?

Essas dúvidas produzidas pelo comércio eletrônico e pelos contratos via Internet tem enorme importância no mundo jurídico pela sua vasta complexidade e pelo fato de não estar disposta de maneira normativa, jurisprudencial e doutrinariamente. Nesse sentido, as relações jurídicas contratuais virtuais estabelecem uma realidade, que não se pode desprezar.

Há algumas barreiras à aceitação tranqüila e mansa dos documentos eletrônicos como meio de prova juridicamente válido, uma vez que a elevada volatilidade do meio magnético admite que os referidos documentos sejam alterados sem deixar qualquer indício de alteração. Isso traz muita insegurança às partes no que diz respeito à legitimidade e à integridade dos documentos eletrônicos, sendo preciso, porém, certo procedimento assecuratório que permita aos contratantes identificar a autoria do documento recebido e verificar a inalterabilidade de seu conteúdo. Nesse passo, tem papel essencial a questão da assinatura digital, criptografia simétrica e assimétrica, assim como a autoridade certificadora e o certificado digital.

Venosa (2006, p. 523, grifos do autor), ressalta a importância de regulamentação da assinatura digital ou eletrônica:

Dúvidas são levantadas quanto à forma de assinatura dos contratos realizados no comércio eletrônico (*e-business*, *e-commerce*). Na maioria das vezes, esses contratos são firmados por meio de um simples toque no *mouse*. Apesar de serem distantes das formas tradicionais, as assinaturas eletrônicas, cujo procedimento deve ser regulamentado, devem ser consideradas válidas e capazes de gerar uma relação contratual. Cuidados devem ser tomados para que se possa verificar a real intenção de contratar. Os meios para tal averiguação não são jurídicos, mas da seara da tecnologia da informática, cabendo a seus técnicos implementá-los.

Oportuno ressaltar que, conforme apontamentos de Cruz e Tucci (2001), a eficácia probante do contrato eletrônico pode ser certificada pelo precavido árbitro judicial, por intermédio recurso dos meios probatórios permitidos juridicamente e, em especial, do acompanhamento de um técnico em informática, ou seja, da prova pericial para verificar a autenticidade e integridade do documento informático, comprovando que o estabelecimento virtual está organizado de forma a conferir os maiores níveis de segurança quanto à identificação das partes e inalterabilidade do registro.

Outro ponto importante que se pretende discorrer diz respeito aos contratos estabelecidos entre pessoas que se encontram em países diversos e dessas relações jurídicas nasce a questão acerca da legislação de qual país deverá ser aplicada às transações comerciais eletrônicas.

O objetivo do presente trabalho é justamente esclarecer essas questões e, sobretudo, demonstrar os motivos pelas quais se acredita ser juridicamente válida a contratação transacionada de forma eletrônica pela rede mundial de computadores.

Ao iniciar o questionamento acerca dos contratos eletrônicos e seus pressupostos de validade, é preciso demonstrar um sucinto estudo sobre a tradicional concepção dos contratos, seus princípios fundamentais e requisitos indispensáveis. Para tanto, far-se-á uma breve abordagem da Teoria Contratual Clássica, mostrando seus institutos e procedimentos mais relevantes, na visão de alguns dos mais renomados doutrinadores brasileiros. Posteriormente, irá ser demonstrada a compatibilidade dos institutos tradicionais com a concepção eletrônica de contrato, documento, proposta e oblação, informando que, em determinados casos, será indispensável a ampliação de alguns conceitos clássicos para que possam se adequar às novas tecnologias.

Outrossim, faz-se necessário dispor de algumas considerações relevantes a respeito da Teoria Geral da Prova, dando ênfase à prova documental, a fim de que, com isso, esse novo e revolucionário meio de contratação, pela via eletrônica, possa ser compreendido de maneira mais clara.

Ao término, discorrer-se-á sobre a Prova Eletrônica, dando ênfase ao contrato eletrônico e seus reflexos nas relações consumeiristas, onde se apresentará ainda as legislações mais pertinentes ao tema, em especial a Lei Modelo da UNCITRAL, aprovada por uma comissão especial da ONU em 1996, com o escopo de auxiliar os países a uniformizar e produzir suas leis que versam sobre o comércio eletrônico.

Em seguida, serão apontados os principais projetos de lei que cuidam da matéria, e outros que porventura de alguma forma refletem nos contratos eletrônicos, e

para concluir, a defesa da tese da força probante dos contratos eletrônicos e sua validade no mundo jurídico.

CAPÍTULO 1 - A TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E A VISÃO MODERNA DOS CONTRATOS

“Antes de assinar um contrato, leia-o minuciosamente. Lembre-se de que as letras grandes dão e as miúdas tomam.”

(H. Jackson

Brown)²

1.1 Conceito de contrato

Vários são os conceitos sobre contrato, originados essencialmente da descrição legal, repositório de todos os seus elementos objetivos e subjetivos. Sem dúvida é um dos mais importantes institutos jurídicos, tendo em vista ser a base de quase todas as relações humanas em sociedade.

A vontade humana configura a sua estrutura ética, que por sua vez, se estabelece nos princípios de segurança e liberdade volitiva. Como não poderia deixar de ser, o contrato se fixa na lei ou na licitude de seu objeto, de modo que o mesmo, sendo considerado como suporte das relações jurídicas, não admite as condutas ilícitas, visto que estas infringem a ordem jurídica e social, levando certamente, à falência das instituições.

Segundo Venosa (2006, p. 360, grifo do autor), “a palavra *contractus* significa unir, contrair. Não era o único termo utilizado em Direito Romano para finalidades semelhantes. *Convenção*, de *conventio*, provém de *cum venire*, vir junto. E *pacto* provém de *pacis si*, estar de acordo”.

Convenção é a forma considerada mais abrangente e aplicável a toda espécie de ato ou negócio bilateral.

O termo pacto está relacionado com as cláusulas acessórias que se unem a uma convenção ou contrato, alterando seus efeitos naturais, como o pacto de melhor comprador na compra e venda e o pacto antenupcial no casamento. Já o pacto utilizado de maneira simples, não tem a mesma noção de contrato, pois é usado para denominar um acordo de vontades sem força cogente.

² H. Jackson Brown, Jr. é um escritor estadunidense conhecido por seu livro *Life's Little Instruction Book*.

O legislador pátrio sequer teve a preocupação de estabelecer um conceito para contrato, deixando essa função para os doutrinadores.

Diniz (2006, p. 24), apresenta o contrato como sendo "o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial."

Diante da presente citação, nota-se que em termos mais técnicos, um contrato pode ser considerado como uma espécie de negócio jurídico³, de natureza bilateral ou

³ Nesse sentido, oportuno ressaltar as definições de fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico: Todo fato, para ser considerado jurídico, deve passar por um juízo de valoração. O ordenamento jurídico, que regula a atividade humana, é composto de normas jurídicas, que prevêm hipóteses de fatos e conseqüentes modelos de comportamento considerados relevantes e que, por isso, foram normatizados. Estes, depois de concretizados, servem de suporte fático para a incidência da norma e o surgimento do fato jurídico.

Fato jurídico em sentido amplo é, portanto, todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito.

Para ser erigido à categoria de fato jurídico basta que esse fato do mundo, mero evento ou conduta, seja relevante à vida humana em sua interferência intersubjetiva, independentemente de sua natureza. Tanto o simples evento natural como o fato do animal e a conduta humana podem ser suporte fático de norma jurídica e receber um sentido jurídico. Os fatos jurídicos em sentido amplo podem ser classificados em: *fatos naturais* (fatos jurídicos em sentido estrito) e *fatos humanos* (atos jurídicos em sentido amplo). Os primeiros decorrem da natureza e os segundos da atividade humana. Os fatos naturais, por sua vez, dividem-se em *ordinários* (nascimento, morte, maioridade, decurso do tempo) e *extraordinários* (terremoto, raio, tempestade e outros fatos que se enquadram na categoria do fortuito ou força maior). Já os fatos humanos ou **atos jurídicos** em sentido amplo, são ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos e dividem-se em *lícitos* e *ilícitos*. Os lícitos são os atos humanos a que a lei defere os efeitos almejados pelo agente, pois são praticados conforme o ordenamento jurídico, e, portanto, produzem efeitos jurídicos voluntários, queridos pelo agente. Os ilícitos, por serem praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico, embora repercutam na esfera do direito, produzem efeitos jurídicos involuntários, mas impostos por esse ordenamento. Ainda quanto aos atos lícitos, são divididos em *ato jurídico em sentido estrito* (ou meramente lícito), *negócio jurídico* e *ato-fato jurídico*. Nos dois primeiros, exige-se uma manifestação de vontade. Já no ato-fato jurídico ressalta-se a consequência do ato, o fato resultante, sem se levar em consideração a vontade de praticá-lo. Muitas vezes o efeito do ato não é buscado nem imaginado, mas decorre de uma conduta e é sancionado pela lei, como no caso da pessoa que acha, casualmente, um tesouro. A conduta do agente não tinha por fim imediato adquirir-lhe a metade, mas tal acaba ocorrendo, por força do disposto no artigo 1.264 do Código Civil, ainda que se trate de um absolutamente incapaz. É que em certas ações humanas que a lei encara como fatos, sem levar em consideração a vontade, a intenção ou a consciência do agente, demandando apenas o ato material de achar. Assim, o louco, pelo simples achado do tesouro, torna-se proprietário de parte dele. Essas ações são denominadas pela doutrina atos-fatos jurídicos, expressão divulgada por Pontes de Miranda. No **negócio jurídico** há uma composição de interesses, um regramento geralmente bilateral de condutas, como ocorre na celebração dos contratos. A manifestação de vontade tem finalidade negocial, que em geral é criar, adquirir, transferir, modificar, extinguir direitos etc. Mas há alguns *negócios jurídicos unilaterais*, em que ocorre o seu aperfeiçoamento com uma única manifestação de vontade. Podem ser citados como exemplos o testamento, a instituição de fundação e a renúncia de herança. O novo Código Civil substituiu a expressão genérica "ato jurídico", que se encontrava no Código de 1916, pela designação específica "negócio jurídico", porque somente este é rico em conteúdo e justifica uma pormenorizada regulamentação, aplicando-se-lhe os preceitos constantes do Livro III. E, com relação aos atos jurídicos lícitos que não sejam negócios jurídicos, abriu-lhes um título, com artigo único (Título II, art. 185), em que se determina que se lhes apliquem, no que couber, as disposições disciplinadoras do negócio jurídico. (GONÇALVES, 2007, p.98-101)

Diante do exposto, qual ou quais as diferenças entre fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico? O fato jurídico não se subordina a qualquer condição ou requisito existencial, posto que sua ocorrência, em

plurilateral, dependente, para sua constituição, da união da vontade de pelo menos duas partes, que criam, entre si, uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados. Nesse contexto, o contrato tem por base o concurso da vontade humana, capaz de instituir direitos e obrigações, em regra, entre as partes contratantes, restrita pela ordem jurídica.

Para a sua formação, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende necessariamente da interação de pelo menos duas partes, constituindo-se em um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. No entanto, diferem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se concretizam por meio da manifestação de vontade de somente uma das partes (DINIZ, 2006).

Enfim, nota-se que o contrato é considerado uma espécie do gênero negócio jurídico.

Pereira (2005, p. 7, grifo do autor), menciona o fundamento ético do contrato e passa a conceituá-lo como sendo:

[...] a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. [...] Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que *o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.*

tese, independe de qualquer outra circunstância. Em si mesmo, não tem relevância jurídica, pois constitui tão somente um referencial, melhor dizendo, apenas a matéria prima em que repousam as pretensões jurídicas.

O fato jurídico pode ser derivado do ato jurídico, mas o contrário não é verdadeiro, justo porque as duas premissas são excludentes entre si. O ato jurídico é o regente; o fato jurídico é o regido. Há, entre os mesmos, uma relação de subordinação e de dependência.

Da mesma forma que o ato jurídico deve apresentar agente, objeto e forma, o negócio jurídico também. Mas, a divergência entre os conceitos está na voluntariedade, ou, num campo mais abrangente, a exigência indispensável de atuação da vontade consciente das partes.

Nesse sentido, no negócio jurídico (em um contrato de compra, por exemplo), a ação humana visa diretamente a alcançar um fim prático permitido na lei, dentre a multiplicidade de efeitos possíveis. Por essa razão é necessária uma vontade qualificada, sem vícios.

Já no ato jurídico em sentido estrito, o efeito da manifestação da vontade está predeterminado na lei, como ocorre com a notificação, que constitui em mora o devedor, o reconhecimento de filho, a tradição, a percepção dos frutos, a ocupação, o uso de uma coisa etc., não havendo, por isso, qualquer dose de escolha da categoria jurídica. A ação humana se baseia não numa vontade qualificada, mas em simples intenção, como quando alguém fiska um peixe, dele se tornando proprietário graças ao instituto da ocupação.

O ato material dessa captura não demanda a vontade qualificada que se exige para a formação de um contrato. Por essa razão, nem todos os princípios do negócio jurídico, como os vícios do consentimento e as regras sobre nulidade ou anulabilidade, aplicam-se aos atos jurídicos em sentido estrito não provenientes de uma declaração de vontade, mas de simples intenção.

Verifica-se, assim, que o ato jurídico é menos rico de conteúdo e pobre na criação de efeitos. Não constitui exercício da autonomia privada e a sua satisfação somente se concretiza pelos modos determinados na lei. (GONÇALVES, 2009, pags. 280 a 306)

Diante das presentes citações, nota-se, portanto, que há entre os doutrinadores brasileiros, uma única ideia de que o contrato é um negócio jurídico firmado entre duas ou mais pessoas, que acordam sobre determinado objeto, estabelecendo entre elas obrigações e direitos não proibidos pelo ordenamento jurídico, produzindo, assim, uma norma jurídica individual que vincula as partes.

Dessa forma, sempre que o negócio jurídico proceder de um mútuo consenso, da manifestação de duas vontades, estará diante de um contrato. Essa comprovação leva à ilação de que o contrato não se delimita ao direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento, por exemplo, é considerado um contrato especial, um contrato do direito de família) e também ao direito público (são em grande número os contratos celebrados pela Administração Pública, com características próprias), assim como a toda espécie de convenção. Todavia, o conceito de contrato restringe-se aos pactos que criem, modifiquem ou extingam relações patrimoniais.

O contrato, no direito civil, aparece no direito das obrigações, assim como também no direito das coisas. Cuida-se de uma figura jurídica que transpõe o âmbito do direito civil, sendo expressivo o número de contratos de direito público hoje celebrados.

No tocante aos contratos eletrônicos, o conceito permanece o mesmo, apenas com a ressalva de que, ao contrário de serem firmados pela via tradicional do documento escrito, a solenidade é concretizada de forma eletrônica, por meio de um instrumento eletrônico, pelo qual as partes manifestam o interesse e o consentimento em contratar.

Oportuno destacar ainda, que as negociações realizadas pela internet são viabilizadas em virtude de um instrumento jurídico tradicional chamado contrato e que, por assim ser, nada de novo haveria em relação aos contratos eletrônicos, salvo algumas particularidades inerentes ao próprio meio digital no qual foi formado, que serão oportunamente explicitadas no Capítulo 3.

1.2 Princípios contratuais

A teoria contratual clássica, tradicionalmente, fixou alguns princípios que têm direcionado o chamado direito contratual. Seguindo a visão moderna dos contratos, o Código Civil de 2002, buscou afastar-se das concepções individualistas que guiaram o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo.

Apesar dos contratos eletrônicos serem celebrados utilizando-se o tradicional instituto do contrato e seus princípios contratuais, as características particulares do meio eletrônico, em especial a volatilidade, encontra-se de forma não unânime na doutrina, princípios específicos. Nesse sentido, pode-se mencionar o autor Luis Henrique Ventura (2001) que apresenta um rol de princípios específicos, inerentes à negociação eletrônica, acrescentando aos tradicionalmente consagrados os princípios da *identificação*, da *autenticação*, do *impedimento de rejeição*, da *verificação* e da *privacidade*.

O princípio da *identificação*, conforme Ventura (2001), estabelece que a validade de um contrato eletrônico só será admitida se as partes contratantes estiverem devidamente identificadas, de forma que o aceitante deve ter plena certeza de que o proponente é mesmo o proponente, e vice-versa.

O princípio da *autenticação* exige que as assinaturas eletrônicas das partes sejam autenticadas por autoridades certificadoras capazes de identificar com precisão os contratantes.

O princípio do *impedimento de rejeição* desautoriza as partes alegarem a invalidade do contrato com base única e tão somente no fato de ter sido ele celebrado por meio eletrônico.

O princípio da *verificação* obriga o armazenamento dos contratos em meio eletrônico para possibilitar a verificação futura.

E ainda, o princípio da *privacidade* exige que o ambiente onde será celebrado o contrato garanta a privacidade nas comunicações, sob pena de o contrato eletrônico ser invalidado.

Deve-se acrescentar aos referidos princípios um que é *sui generis* ao contrato eletrônico, qual seja, o da *equivalência funcional*, que equipara a mensagem eletrônica a qualquer documento tradicional (Lei Modelo de Comércio Eletrônico da UNCITRAL, artigo 6º). Pois, com fundamento nesse princípio que certas questões, como a ausência de legislação específica sobre contratos eletrônicos, são resolvidas.

Por último, deve-se fazer referência ao princípio que dá fundamento à existência dos contratos eletrônicos, que é o da *liberdade das formas*. Assim, como os contratos podem ser convencionados de qualquer maneira, desde que a lei não admita forma específica, os contratos eletrônicos são perfeitamente válidos.

Nota-se que os princípios acrescidos visam assegurar a validade jurídica dos contratos eletrônicos, garantindo-lhes a autenticidade e a integridade que, sem as devidas cautelas, poderiam ser facilmente fraudadas no meio eletrônico.

1.2.1 Princípios, regras e garantias

Trata-se de tipos distintos de norma. Embora princípios, regras e garantias comportem significados abstratos, a abstração e a generalidade presentes em cada um devem ser vistas de formas diferentes.

Princípios, segundo Alexy (2008), são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado de forma mais produtiva, levando-se em consideração as circunstâncias reais e jurídicas existentes.

Os princípios podem entrar em contradição uns com os outros e o que restringe a realização de um princípio é a necessidade de efetivação de outro princípio mais relevante.

Nesse sentido, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. Deve-se ressaltar, que a ideia da realização completa de um determinado princípio, geralmente é obstada pela realização de outro princípio. Alexy (2008) resume essa relação de precedência condicionada em uma lei de colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ideal. Esse resultado vai depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 (P1 P P2), devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2, diante das condições C (P1 P P2) C.

Portanto, para se chegar a um resultado ideal é necessário, na maioria dos casos, restringir a realização de um ou de ambos os princípios. Os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes.

Contextualizando com o tema ora em comento, pode-se mencionar, por exemplo, a tensão que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de uma pessoa (CF, art. 1º, III e art. 5º, X) e o direito de proteção judicial de outra pessoa (CF, art. 5º, XXXV) não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre o outro. Nesse sentido, uma perícia judicial é vedada, sempre que da sua realização ocorrer afronta à dignidade pessoal de outrem.

Ainda segundo Alexy (2008), regras são mandamentos definitivos, ou seja, normas que ordenam a realização de alguma coisa numa medida previamente definida.

Assim, são normas de conduta do ordenamento jurídico que prescrevem imperativamente uma exigência determinada com a finalidade de que algo seja observado.

Havendo um conflito entre regras, nem sempre é possível resolver por meio de “cláusula de exceção” em uma das duas regras, pois pode ocorrer que as duas regras estabeleçam conseqüências jurídicas inconciliáveis para o mesmo fato. Portanto, uma delas deve ser considerada inválida, pois ou uma norma é válida ou não é.

A título exemplificativo, se pode mencionar o exemplo trazido por Alexy (2008), no sentido de que se há uma regra que proíbe que os alunos de uma escola deixem as salas de aula antes que o sinal soe e, no conjunto de regras da mesma escola, existe uma outra que torna obrigatório que os alunos deixem as salas de aula se tocar o alarme de incêndio, temos aqui um conflito parcial, pois o efeito jurídico da segunda, sair da sala mesmo que não toque o sinal, desde que toque o alarme, não é compatível com a proibição total de sair da sala antes do sinal, como exige a primeira regra. O preceito para a solução deste conflito é estabelecido pela máxima *lex specialis derogat legi generali* e, portanto, a segunda regra será encarada como uma exceção à primeira.

A distinção entre princípios e regras, ainda segundo o referido autor, está fundamentada na tese da separação qualitativa, no sentido de que as regras expressam direitos e deveres definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nada mais, nada menos. Já no caso dos princípios, o grau de realização pode variar, conforme o caso concreto e a necessidade de sopesamento.

Já as garantias, são na maioria das vezes confundidas com direitos ou princípios, apesar dos mesmos terem, em certos momentos, profunda semelhança semântica, tanto que não é incomum colocar princípios extraídos do texto com equivalência às garantias.

Levando-se em consideração um conceito amplo, pode-se mencionar que as garantias podem ser postas como os pressupostos e bases do exercício e tutela dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas instituições existentes no Estado. Já um conceito mais específico, no sentido de garantia constitucional individual (ou garantia individual), exprime os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais expressos principalmente no artigo 5º da Constituição Federal.

Contextualizando com o referido artigo, podem-se elencar algumas garantias constitucionais previstas no processo, tais como: devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), inafastabilidade do Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), isonomia processual (CF, art. 5º, I), contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV), juiz natural (e promotor) natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII), publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, LX, art. 93, IX), motivação das decisões (CF, art. 93, IX), inadmissão da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI) e o duplo grau de jurisdição (CF, art. 5º, LV, segunda parte, arts. 92, 102, 105 e 108), dentre outros.

Portanto, garantia é a instituição gerada para beneficiar o indivíduo, de modo que armado com ela, tenha a possibilidade de ver assegurado qualquer dos direitos individuais que compõem em conjunto a liberdade civil e política.

A diferença entre princípios e garantias, pode ser traduzida da seguinte maneira: os princípios são a base da constituição, em que todas as outras normas se apoiarão, e, implicitamente, a respeitarão. Já as garantias são os meios ou instrumentos pelos quais tais normas obedecem aos princípios, que constituem os direitos fundamentais do homem.

Diante do exposto, ressalta-se que os princípios, regras e garantias também aplicam-se aos contratos eletrônicos, e existirão situações que, não obstante a ausência de lei específica, os mesmos servirão como um norte para o julgador, no sentido de encontrar a decisão mais justa e adequada ao caso concreto.

1.2.2 Autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade relaciona-se com a capacidade volitiva das partes que, por meio de um acordo de vontades, podem convencionar livremente o que bem lhes aprouver. Esta liberdade de agir, no entanto, sempre estará limitada pela ordem pública e pelos bons costumes.

Os princípios da liberdade de contratar ou não contratar, da liberdade de criação do contrato, da liberdade de fixar o conteúdo do contrato, da liberdade de escolher com quem deseja contratar, encontram-se implícitos no princípio da autonomia da vontade.

Conforme ressalta Venosa (2006, p. 371), essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos, senão vejamos:

Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).

A escolha em contratar ou não, mostra-se relativa, nos dias atuais, levando em consideração que a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar, frequentemente, contratos de toda espécie, como o de compra de alimentos, o de fornecimento de bens e serviços públicos (água, telefone, energia elétrica etc.), o de transporte, e de aquisição de jornais. O licenciamento de um veículo, por exemplo, é condicionado à celebração do seguro obrigatório.

Sofre restrições hoje também, a liberdade de escolha do outro contraente (de contratar com quem quiser), como por exemplo, nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código do Consumidor.

Wald (2010, p. 210, grifo do autor), ressalta que:

A liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto que a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.

Não se pode esquecer que a liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, sendo que está limitada pela supremacia da ordem pública, que impede acordos que vão contra aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo.

Pelo Código Civil, no artigo 421, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Então, no contrato, deverá constar por finalidade e por limite a sua função social.

Diante do exposto, nota-se que repellido está o individualismo, tendo em vista que a autonomia da vontade está limitada pela intervenção estatal, ante a função econômico-social daquele ato negocial, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais.

1.2.3 Supremacia da ordem pública

O Código Civil Brasileiro, por sua vez, afirma, no parágrafo único do art. 2.035, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Segundo Rodrigues (2004, p. 16, grifo do autor), “a idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares. *Jus publicum privatorum pactis derogare non potest.*”

A ordem pública é considerada também uma cláusula geral, que está no nosso ordenamento por meio do artigo 17, da Lei de Introdução ao Código Civil, onde preceitua que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” Regra de direito internacional privado que elimina a eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública.

Ainda, segundo Pereira (2005, p. 25, grifo do autor), destaca que a doutrina considera como ordem pública:

Segundo doutrinas aceitas com visos de generalidade, condizem com a *ordem pública* as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do Direito do Trabalho; enfim, as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos.

Os direitos igualmente precisam ser exercidos no limite ordenado pelos bons costumes, conceito que nasce da observância das normas de convivência, de acordo com o padrão de conduta social estabelecido pelos sentimentos morais da época, servindo para definir o comportamento das pessoas.

Pode-se dizer que “bons costumes são aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país e mesma época” (PEREIRA, 2005, p. 26).

Nesse sentido, observa-se que os contratantes expõem as suas vontades à noção de ordem pública e ao respeito aos bons costumes, que constituem limites e restrições à

liberdade contratual, fazendo com que o contrato seja visto como o momento de equilíbrio destas duas forças.

1.2.4 Consensualismo

Segundo esse princípio, o simples acordo de vontades é suficiente para se estabelecer o contrato, indo contra ao formalismo e ao simbolismo que vigoravam no Direito Romano, onde considerava a necessidade de certa materialidade, sem a qual não concebia sua existência jurídica.

De fato, atualmente a direção volitiva é suficiente para firmar um contrato válido, uma vez que, em regra, não se exige forma especial para sua constituição. Apenas o simples consentimento basta para tornar válido e perfeito o vínculo contratual. Decorre ele da concepção moderna de que o contrato surge do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa.

Nesse sentido, Pereira (2005, p. 18, grifo do autor), reproduz uma observação interessante:

Quando, pois, no limiar da Idade Moderna, um jurista costumeiro, como Loysel, dizia que “os bois se prendem pelos chifres e os homens pela palavra”, fazia na verdade, e a um só tempo, uma constatação e uma profissão de fê: testemunhava em favor da força jurígena da palavra em si mesma, e deitava uma regra, segundo a qual os contratos formavam-se, em princípio, *solo consensu*.

Desde que as partes conciliem no objeto e no preço, a compra e venda, por exemplo, torna-se perfeita e obrigatória. O contrato se torna perfeito e acabado desde o exato momento em que o vendedor concordar com o preço ofertado pela coisa, independentemente da entrega da mesma (Código Civil, artigo 482).

A entrega e o pagamento do objeto constituem outra fase, a do cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes (Código Civil, artigo 481).

Em decorrência da necessidade de garantir às partes contratantes segurança jurídica, fez com que o legislador fizesse determinadas exigências materiais, subordinadas ao tema do formalismo, como, por exemplo, a elaboração de instrumento escrito para a venda de automóveis; a exigência do registro na alienação fiduciária em garantia; e a obrigatoriedade de inscrição no registro imobiliário, para que as promessas de compra e venda, sejam favorecidas de execução específica com eficácia real (Código Civil, artigos 1.361, § 1º e 1.417).

Exceto nos casos em que a lei, para dar maior seriedade e segurança ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular, as partes têm a faculdade de celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou ainda, verbalmente (Código Civil, artigo 107).

Assim, o consensualismo, é a regra, e o formalismo, portanto, a exceção.

1.2.5 Obrigatoriedade dos contratos

O princípio da obrigatoriedade das convenções, que também é conhecido e denominado de princípio da força vinculante dos contratos estabelece que o fixado entre as partes, precisa ser fielmente cumprido. Demonstra este princípio o provérbio latino *pacta sunt servanda* (os pactos necessitam ser cumpridos), sendo certo que, o contrato, desde que firmado de forma válida e contendo os requisitos legais, faz lei entre as partes e, conseqüentemente as obriga ao cumprimento das obrigações livremente acordadas.

Vale ressaltar que o princípio da obrigatoriedade não é absoluto, havendo a possibilidade do descumprimento de cláusulas contratuais, sem sofrer qualquer penalidade, sempre que as partes voluntariamente rescindirem o contrato ou quando na ocorrência de casos fortuitos ou força maior, conforme disposto no parágrafo único do artigo 393, do Código Civil, ou, ainda, no caso de incidência da chamada *teoria da imprevisão*, consagrada na cláusula *rebus sic stantibus*⁴. Conforme a presente teoria, há revisão das disposições do contrato quando houver desequilíbrio entre os contratantes, decorrente de excessiva onerosidade no cumprimento de determina prestação. Encontramos também, outra exceção, disposta no Código de Defesa do Consumidor, que elenca a possibilidade do consumidor desistir do contrato sempre que a contratação de fornecimento de produtos ou serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial (Lei nº 8.078/1990, artigo 49).

Nesse contexto, Diniz (2006, p. 41, grifo da autora), menciona que a Doutrina e a Jurisprudência já vinham adotando dia a dia a teoria da imprevisão, antes mesmo da inserção no Código Civil de 2002, que dispõe o que segue:

⁴ A cláusula *rebus sic stantibus*, elaborada pelos pós-glosadores, espousa a ideia de que todos os contratos dependentes de prestações futuras incluíam cláusula tácita de resolução, se as condições vigentes se alterassem profundamente. *Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur.*

Tal ideia se inspirava em princípio de equidade, pois se o futuro trouxesse um agravamento excessivo da prestação de uma das partes, estabelecendo profunda desproporção com a prestação da outra parte, seria injusto manter-se a convenção, pois haveria o indevido enriquecimento daquele, com o injustificado empobrecimento deste.

Art. 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação; Art. 479: A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato; e Art. 480: Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar onerosidade excessiva. Fato hoje incontestado ante a expressa permissão legal da revisão judicial por onerosidade excessiva, oriunda de fato superveniente extraordinário e imprevisível, nas relações particulares, atendendo ao *princípio da equivalência das prestações* (RT, 793:406), e também, nas relações de consumo, contidas nos arts. 6º, V, e 51 da Lei n. 8.078/90, não sendo, todavia, nesta última hipótese, necessária que tal fato seja extraordinário ou imprevisível.

No entanto, a amenização do princípio da obrigatoriedade, não significa o seu desaparecimento, sendo imprescindível ainda que haja nas relações jurídicas estabelecidas por meio do contrato, segurança, tanto que o Código Civil, ao constatar que o seu descumprimento acarretará ao inadimplente a responsabilidade não só por perdas e danos, mas também por honorários advocatícios, juros e atualização monetária (Código Civil, artigo 389).

O que não mais se aceita, é a obrigatoriedade quando as partes se encontrarem em escalas diversas e dessa desigualdade ocorra proveito injustificado.

1.2.6 Relatividade dos efeitos do contrato

O presente princípio assenta-se na ideia de que os efeitos produzidos no contrato alcançam somente as partes envolvidas, ou seja, tem efeitos sobre àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio.

Esse princípio mostra-se coerente com o modelo clássico de contrato, que tinha exclusivamente como objetivo, a satisfação das necessidades individuais e que, no entanto, era capaz de produzir efeitos somente entre aqueles que o haviam celebrado, conforme acordo de vontades. Em decorrência desse perfil, era impossível conceber que o acordo estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção.

Entretanto, essa visão, restou abalada pelo novo Código Civil, que não reconhece mais o contrato somente como instrumento de satisfação de interesses

personais dos contraentes, mas lhe estabelece uma função social. O presente fato tem como consequência, por exemplo, dar a possibilidade a terceiros, que não são propriamente partes do contrato, nele influir pelo fato de serem indiretamente por ele atingidos.

Muito pertinente é a colocação de Venosa (2006, p. 374), no sentido de que deve ser considerado terceiro, no que diz respeito ao contrato, quem quer que surja como um estranho ao vínculo, ao pactuado, e aos efeitos do negócio:

Não deixamos de lado, contudo, a noção de que, sendo o contrato um bem tangível, tem ele repercussões reflexas, as quais, ainda que indiretamente, tocam terceiros, há outras vontades que podem ter participado da avença e não se isentam de determinados efeitos indiretos do contrato, como no caso de contrato firmado por representante. Também aquele que redige o contrato, ou aconselha a parte a firmá-lo, pode vir a ser chamado por via reflexa para os efeitos do negócio.

Deve-se aqui enfatizar que, como todo princípio geral, aparecem exceções, como por exemplo, nos casos: a) da fixação em favor de terceiros, do contrato por terceiro e do contrato com pessoa a declarar, que tem a opção de estender seus efeitos, a outras pessoas, dependendo do caso, estabelecendo-se direitos e impondo-lhes deveres, apesar delas serem alheias à constituição da avença; e, b) dos herdeiros universais de um contratante, que apesar de não terem participado da formação do contrato, são afetados por seus efeitos; no entanto, a obrigação do *de cuius* não lhes será transmitirá além das forças da herança; e, não há dúvida de que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, embora ainda subsista, tenha sido muito atenuado pelo reconhecimento de que as cláusulas gerais, por abordarem normas de ordem pública, não se destinam a proteger unicamente os direitos individuais das partes, mas também o interesse da coletividade, que precisa prevalecer quando em conflito com aqueles (Código Civil, artigo 1.792).

1.2.7 Boa-fé e probidade

Conforme preceitua o 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.”

O princípio da boa-fé prescinde que as partes envolvidas tenham um comportamento correto durante toda a formação e o cumprimento do contrato, e não somente durante as tratativas do mesmo. O presente princípio tem estreita relação com o princípio de direito, segundo o qual ninguém pode beneficiar-se a própria torpeza. É recomendado ao juiz que a boa-fé seja presumida e a má-fé provada por quem a alega, devendo este, ao prolatar a sentença na qual se discuta a relação contratual, estabelecer a boa-fé como objetiva, o que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir corretamente, ou seja, com lealdade, honestidade e probidade, nos moldes do homem comum, atendidas os atributos dos usos e costumes do lugar.

Conforme Aguiar Júnior (2003), a probidade exposta no citado artigo, nada mais é senão, um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser compreendida como a honestidade de se portar ou a forma criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos à pessoa. Percebe-se que ao mencioná-lo o legislador teve mais a intenção de reforçar a necessidade de satisfazer ao aspecto objetivo da boa-fé do que fixar um novo conceito.

Sabe-se que o princípio da boa-fé se biparte em boa-fé subjetiva, que também é denominada de concepção psicológica da boa-fé, e boa-fé objetiva, também denominada concepção ética da boa-fé.

Ainda, segundo o mesmo autor, esclarece que a boa-fé subjetiva esteve no contexto do Código de 1916, com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico. Diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa com relação a determinados fatos e apreciada pelo direito, para os fins específicos da situação ajustada (AGUIAR JÚNIOR, 2003).

A boa-fé que representa novidade do Código Civil de 2002 e trouxe consigo profunda alteração no direito obrigacional clássico é a objetiva, e que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem tê-la nos comportamentos que envolvem relações recíprocas.

Há outros dispositivos no atual Código Civil que se reportam à boa-fé objetiva, senão vejamos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Venosa (2006, p. 376), chama a atenção para as três funções do conceito de boa-fé objetiva: “função interpretativa (art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187); e função de integração do negócio jurídico (art. 422).”

Em obediência às citadas funções, o juiz, ao verificar a conduta contratual, deverá sempre levar em consideração os usos, costumes e práticas que os contratantes normalmente se utilizam, tendo em vista que a probidade resulta do confronto da conduta do contratante com um padrão de ‘homem leal e honesto’, e deverá ser apurada em face das circunstâncias de cada caso. Já a boa-fé, apesar de ser flexível, dentro do contexto do instrumento do contrato, exige que o tradutor busque sempre pesquisar sobre a verdadeira intenção das partes.

1.2.8 Função social do contrato

A função social do contrato se origina do ensinamento que se opôs ao liberalismo decorrente da Revolução Industrial e que veio a ser acolhida pela Constituição Federal do Brasil de 1988, a partir do direito de propriedade, passando a se impor como norte das relações jurídicas (Constituição Federal, artigo 170, inciso III).

Apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual e tem por finalidade promover a realização de uma justiça comutativa, nivelando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

Além da justiça comutativa, oportuno ressaltar também a noção de justiça participativa nas relações contratuais. Nesse sentido, Pozzoli (2006), ressalta que a justiça participativa visa despertar a obrigação de cada um em participar de forma consciente e livre, fazendo, portanto, acontecer uma interação total e de maneira habitual na vida da comunidade a que pertence. Guardadas as devidas proporções ao meio contratual, não só a justiça comutativa, mas também a justiça participativa devem ser almejadas pelos contratantes.

Tendo em vista que a lei não define o que vem a ser função social do contrato, pode ser interpretada de diversas formas, propiciando a declaração de nulidade de cláusulas ou de todo o contrato. Certamente, o legislador inspirou-se no inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que limita o direito de propriedade ao atendimento de sua função social. Sendo o contrato um meio natural de promover a circulação de

riquezas, faz-se necessário que os interesses individuais das partes sejam compatibilizados com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem.

Nery Jr e Nery (2003, p. 336) esclarecem que:

O contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (artigo 3º, inciso I, da CF) e da justiça social (artigo 170, *caput*, da CF), da livre iniciativa, for respeitada a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF), não se ferirem valores ambientais (artigo 51, inciso XIV, do CDC) etc.

Portanto, o contrato deve se adequar não apenas às pretensões individuais dos contratantes, mas também servir de instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade.

Ademais, dispõe o artigo 421, do Código Civil, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Esta regra também subordina a liberdade contratual à sua função social, prevalecendo os princípios condizentes com a ordem pública. Levando em conta que o direito de propriedade deve ser exercido segundo a sua função social, anunciada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o Código Civil fixa que a liberdade contratual não pode afastar-se daquela função.

Nesse sentido, Diniz (2006, p. 39), afirma que:

O artigo 421 institui, expressamente, a função social do contrato, revitalizando-o, para atender aos interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das prestações e até mesmo sua resolução.

Na aplicação do contrato, o intérprete deve observar a função social do mesmo, que se constitui um princípio relevante, tendo em vista aliar-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.

Pereira (2006, p. 13), enfatiza que:

A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.

Tal princípio afronta a concepção clássica no sentido de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Porém, essa

constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele fazer parte, em decorrência de serem direta ou indiretamente por ele atingidos.

Para Nery Júnior (2003), é importante lembrar que cláusulas gerais são normas direcionadoras, dirigidas principalmente ao Juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. Essas cláusulas estão articuladas, contidas na lei, e possuem caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, que tem permissão para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral. Quando no direito positivo é inserido um determinado princípio geral (regra de conduta que não consta do sistema normativo, mas se encontra na consciência dos povos e é seguida universalmente), este passa a caracterizar-se como regra geral, ou seja, deixa de um princípio geral que é somente uma regra de interpretação.

Observa-se que as mudanças principais elencadas no novo diploma legal, no que diz respeito aos contratos, foram fixadas por cláusulas gerais, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística.

Essas cláusulas originam-se basicamente do convencimento do legislador de que as leis inflexíveis, capazes de definir tudo e direcionadas para todos os casos, são sem dúvidas insuficientes e acarretam em diversos momentos situações de grave injustiça. Ainda que num primeiro momento, conseguem trazer certa insegurança, são capazes de conviver de forma harmônica no sistema jurídico, obedecendo aos princípios constitucionais que dizem respeito à organização jurídica e econômica da sociedade (AGUIAR JÚNIOR, RT, 775/18).

O Código Civil de 2002 buscou distanciar-se das concepções individualistas que guiavam o diploma anterior para acompanhar orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da socialidade por ele acolhido reflete a predominância dos valores coletivos sobre os individuais, sem prejuízo do valor fundamental da pessoa humana.

Rizzardo (2005, p. 21), em sua obra prima ‘Contratos’ comenta a relevância do princípio em comento nas cláusulas contratuais:

Tem predominância a destinação social, nem sempre prevalecendo suas estipulações ou as cláusulas abusivas e que lesam valores superiores, como o da habitação ou moradia, o que trata da vida, da saúde, da formação, do respeito, da dignidade. Não se manterá a

cláusula que dá em garantia a integridade do salário, ou a moradia, ou que submete o indivíduo à prestação de serviços em jornada superior a oito horas diárias, a não ser em ocasiões extraordinárias.

Com efeito, o sentido social é uma das particularidades mais marcantes do novo diploma, em oposição ao sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. Com certeza, essa nova postura institucional reflete muito sobre a teoria do contrato, visto que é por meio dele que o mercado põe em prática suas operações de circulação das riquezas. Por essa razão é que não se devem abandonar os princípios clássicos que vinham informando a teoria do contrato sob o domínio das ideias liberais, mas é preciso acrescentar outros, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais.

Atualmente, é inegável que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, terão que ser submetidos ao intervencionismo estatal dirigido com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos.

Essa deve ser a visão moderna dos contratos, no sentido de uma solidariedade social que prestigie a efetiva manifestação da vontade, com enfoque à boa-fé e à equivalência material entre as partes, concretizando-se assim o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Pois, o contrato deve ser encarado como um instrumento a serviço da sociedade, e esta, não deve se submeter aos abusos e caprichos dos que se valem do contrato para impor o seu poder.

1.3 Interpretação dos contratos

Toda manifestação de vontade necessita de interpretação para que se saiba o seu significado e alcance. O contrato origina-se de ato volitivo e por isso requer sempre uma interpretação.

Nem sempre o contrato traduz a exata vontade das partes. Muitas vezes a redação mostra-se obscura e ambígua, malgrado o cuidado quanto à clareza e precisão demonstrado pela pessoa encarregada dessa tarefa, em virtude da complexidade do negócio e das dificuldades próprias do vernáculo.

Por isso, não só a lei deve ser interpretada, mas também os negócios jurídicos em geral. A execução de um contrato exige a correta compreensão da intenção das partes. Esta se exterioriza por meio de sinais ou símbolos, dentre os quais as palavras.

Nesse sentido, Diniz (2006, p. 80), aduz que:

[...] A atividade interpretativa do contrato é uma operação difícil, que requer saber e prudência, devendo o intérprete guiar-se pelo sentimento jurídico, que o impedirá de cair em interpretações alheias à vida jurídica. Dever-se-á buscar, na tarefa de interpretação contratual, os princípios da boa-fé objetiva (CC, art. 422) e o da conservação ou do aproveitamento do contrato, procurando presumir que os contratantes agiram com probidade e fazendo com que, havendo dúvida, prevaleça a diretriz interpretativa conducente à produção de algum efeito ou à sua exequibilidade.

Na interpretação dos contratos, algumas regras práticas podem ser de grande utilidade, assim como: a) as cláusulas contratuais sempre devem ser interpretadas em conjunto com as demais, e nunca isoladamente; b) na dúvida, deve-se interpretar o contrato da maneira menos onerosa para o devedor; c) a melhor forma de verificar a intenção dos contratantes é apurar a maneira pelo qual o vinham executando, de comum acordo; d) qualquer fato confuso ou obscuro deverá ser imputado a quem redigiu a estipulação, pois, podendo ser claro, não o foi; e, e) na cláusula passível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que se pode executar (princípio da conservação e do aproveitamento do contrato).

No tocante aos contratos eletrônicos, além dos cuidados que devem ser tomados para que se possa verificar a real intenção de contratar, a aplicação e interpretação devem ser pautadas pelas regras que norteiam o contexto internacional do comércio eletrônico, o dinâmico progresso dos instrumentos tecnológicos, e a boa-fé das relações comerciais.

Ademais, a ausência de legislação específica sobre a contratação eletrônica, torna a tarefa da doutrina, jurisprudência e dos operadores do direito um tanto quanto árdua, pois devem se valer da hermenêutica (ciência da interpretação), da exegese (interpretação de textos, artigos, dispositivos legais e contratuais), e da interpretação analógica às formas contratuais clássicas.

Nesse diapasão, Diniz (2006, p. 80) esclarece que a hermenêutica tem função objetiva, enquanto a interpretação tem função objetiva e subjetiva:

[...] A interpretação do contrato é indiscutivelmente similar à da lei, podendo-se até afirmar que há certa coincidência entre as duas. Aplicam-se, por isso, à hermenêutica do contrato princípios concernentes à interpretação da lei, embora a tarefa do intérprete do contrato encontre certas dificuldades que o hermeneuta da lei não terá de enfrentar, pois, enquanto a hermenêutica assume feição objetiva por ter de eliminar dúvidas e ambigüidades que afetem a lei, a interpretação exerce, concomitantemente, função objetiva e subjetiva, já que, além de analisar o contrato e suas cláusulas, deverá examinar a intenção comum das partes contratantes.

Em outras palavras, é perfeitamente possível, do ponto de vista jurídico, que um contrato seja aperfeiçoado utilizando-se exclusivamente meios eletrônicos, uma vez que estejam assegurados alguns requisitos técnicos⁵, que garantam a confiabilidade das transações e desde que as regras vigentes sobre a matéria sofram interpretação adequada, com a utilização de princípios que permitam resgatar a sua finalidade, dentre eles, o da boa-fé objetiva, presumindo que os contratantes agiram com probidade (Código Civil, artigo 422).

1.4 Requisitos dos contratos

É importante antes de demonstrar quais os requisitos do contrato, fazer uma breve explicação sobre a adoção da terminologia requisitos. Sabe-se que requisito é a condição necessária para a obtenção ou para o preenchimento de certo fim.

A teoria geral dos negócios jurídicos aplica-se aos contratos, que se colocam integralmente nessa categoria. Para que o negócio jurídico produza efeitos, deve preencher certos requisitos, apresentados como os de sua validade, possibilitando-se assim a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Se os possui, entende-se ser válido e dele decorrem os mencionados efeitos desejados pelo agente. Mas se faltar um desses requisitos, o negócio torna-se inválido e não produz o efeito jurídico em questão, sendo nulo ou anulável.

É importante ressaltar que os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: a) de ordem geral, comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil, artigo 104); e b) de ordem especial, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades.

⁵ Como veremos no Capítulo III, são eles: **autenticidade**: deve ser possível a identificação do emitente da vontade registrada; e **integridade**: o meio utilizado não deve ser adulterável ser deixar vestígios.

Portanto, para que o contrato seja válido, será necessária a presença de requisitos subjetivos, objetivos e formais.

Assim como nos contratos celebrados de forma tradicional, os mesmos requisitos devem estar presentes nos contratos eletrônicos. Portanto, os requisitos subjetivos de validade: duas ou mais pessoas, vontade livremente manifestada e a capacidade civil para o ato são necessários para o ato se perfazer de forma válida. O mesmo se diz em relação aos requisitos objetivos de validade, como a licitude do objeto, o seu conteúdo econômico, a possibilidade física e jurídica de sua acessibilidade. E ainda, em relação aos requisitos formais, mesmo para os contratos denominados solenes ou formais; não há diferença essencial entre o documento eletrônico e o tradicional (em papel).

As regras, portanto, são exatamente as mesmas, e respeitados os requisitos essenciais do negócio jurídico, a contratação é juridicamente válida. Deve-se ressaltar ainda, que como veremos no Capítulo III, devem estar presentes nos contratos eletrônicos a autenticidade e a integridade do documento eletrônico, em obediência à *equivalência funcional* que equipara a mensagem eletrônica a qualquer documento tradicional (Lei Modelo de Comércio Eletrônico da UNCITRAL, artigo 6º).

1.4.1 Subjetivos

Os **requisitos subjetivos** dizem respeito aos contratantes e baseiam-se no consentimento, na aptidão específica para contratar, e, na manifestação de duas ou mais vontades e capacidade genérica dos contraentes.

a) *Capacidade genérica* - a capacidade genérica das partes contratantes (que podem ser duas ou mais pessoas, tendo em vista ser o contrato um negócio jurídico bilateral ou plurilateral), se configura como o primeiro elemento ou condição subjetiva de ordem geral para a legitimação dos contratos. Estes serão nulos ou anuláveis, se a incapacidade, absoluta ou relativa, não for completada pela representação ou pela assistência (Código Civil, artigos 166, I, 171, I, 1.634, V, 1.747, I e 1.781). A presente capacidade exigida é a capacidade de agir em geral, podendo inexistir pela menoridade, falta do necessário discernimento ou de causa transitória (Código Civil, artigo 3º), ou até ser simplificada nas hipóteses mencionadas no artigo 4º, do Código Civil (discernimento reduzido, prodigalidade, menoridade relativa, embriaguez habitual, dependência de tóxicos); b) *Aptidão específica para contratar* - para celebrar certos

contratos, em alguns casos, se faz necessário a existência de uma capacidade especial, ou seja, mais intensa que a normal, como ocorre na alienação onerosa, na doação, na transação, que exigem a capacidade ou poder de arranjo das coisas ou dos direitos que são objeto do contrato. Em outro momento, apesar do agente não ser incapaz, genericamente, deve exibir a outorga uxória (para alienar bem imóvel, p.ex.: Código Civil, artigos 1.647, 1.649 e 1.650) ou a permissão dos descendentes e do cônjuge do alienante (para a venda a outros descendentes: Código Civil, artigo 496). Esses acontecimentos não dizem respeito particularmente à capacidade geral, mas à falta de legitimação ou impedimentos para a realização de certos negócios. A capacidade de transacionar deve existir no momento da declaração de vontade do contratante; e, c) *Consentimento* - o consentimento recíproco, ou seja, o acordo de vontades é requisito de ordem especial, próprio dos contratos. Deve compreender os seus três aspectos: c1) acordo sobre as cláusulas nele contidas (se a divergência recai sobre ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato); c2) acordo sobre o objeto do contrato (para o contrato ser válido é preciso que não haja divergência entre as partes a seu respeito); e c3) acordo sobre a existência e natureza do contrato (o contrato não existe se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender). Há a necessidade, portanto, de que haja a coincidência de vontades, porque cada contraente tem determinado interesse e porque o acordo volitivo é a força propulsora do contrato (PEREIRA, 2005).

1.4.2 Objetivos

Os **requisitos objetivos** versam sobre o objeto do contrato que, conforme o que dispõe no inciso II, do art. 104, do Código Civil, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Conforme esclarece Diniz (2006), a validade do contrato depende, assim, da:

a) *Licitude de seu objeto* - objeto lícito é o que não está contra a lei, a moral, aos princípios da ordem pública, ou os bons costumes. Os contratos que favoreçam o concubinato, a usura, o exercício ilegal de uma profissão, os jogos de azar, dentre outros, serão, portanto, ilícitos e inválidos. Uma conduta humana que se denomina prestação, como por exemplo: dar, fazer ou não fazer, será sempre o objeto imediato do negócio. Já o objeto mediato são os bens ou prestações sobre os quais recaem a relação jurídica obrigacional; b) *Possibilidade física ou jurídica do objeto* - deve ser possível também o objeto, pois, quando impossível, o negócio é nulo (Código Civil, artigo 166,

inciso II), podendo esta impossibilidade ser física ou jurídica. Impossibilidade física é a que se origina das leis físicas ou naturais, como por exemplo, dar a volta ao mundo em uma hora, enquanto que a impossibilidade jurídica surge quando o ordenamento jurídico proíbe, expressamente, negócios a respeito de determinado bem, como a herança de pessoa viva (Código Civil, artigo 426). Pode ainda ser absoluta, ou seja, capaz de alcançar a todos, indistintamente, como, por exemplo, a que obsta o cumprimento da obrigação de tocar a lua com a ponta dos dedos, sem tirar os pés da Terra, ou noutra hipótese, que atinge o devedor, mas não outras pessoas, sendo que também não constitui obstáculo ao negócio jurídico (Código Civil, artigo 106). É importante ressaltar ainda, que a impossibilidade material deve existir no momento exato da elaboração do contrato, porque, se aparecer em momento posterior, ter-se-á a inexecução do mesmo com ou sem perdas e danos, conforme ocorra ou não culpa do devedor; e, c) *Determinação de seu objeto* - O objeto do negócio jurídico necessita ser certo ou, pelo menos, determinável. O contrato precisa conter, portanto, os elementos essenciais e suficientes (especificação do gênero, da espécie, da quantidade ou dos caracteres individuais), para ser possível a determinação do seu objeto, de maneira que a obrigação do devedor tenha sobre o que recair. Será ineficaz e inválido o contrato se o seu objeto for indeterminável.

Embora a lei não mencione expressamente, a doutrina exige outro requisito objetivo de validade dos contratos, a saber: valor econômico. No contrato deve conter um objeto que tenha algum valor econômico. Um grão de areia, por exemplo, não interessa ao mundo jurídico, por não ser passível de apreciação econômica. Por não representar nenhum valor econômico, a sua venda é indiferente ao direito, pois em razão da quantidade ser tão irrisória, jamais levaria o credor a mover uma ação judicial para reivindicar do devedor o cumprimento da obrigação.

1.4.3 Formais

Já nos **requisitos formais**, a forma é o meio de revelação da vontade que deve ser a prescrita ou não defesa em lei⁶.

⁶ Contextualizando com os contratos eletrônicos e objeto de estudo do capítulo III, oportuno ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível nº 1.0024.06.132216-0/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Max Fredson de Souza Mól - Apelado: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Relator: Nicolau Masselli - Data do Julgamento: 19/12/2007-Data de Publicação: 15/02/2008.

Dispõe, com efeito, o artigo 107 do Código Civil, que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

Os incisos IV e V do artigo 166 do Código Civil, dispõem que “é nulo o negócio jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei ou for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.” A lei, em alguns casos, reclama também a publicidade, mediante o sistema de Registros Públicos (Código Civil, artigo 221). Vale aqui ressaltar que, o formalismo e a publicidade são garantias do direito.

Na mesma esteira os incisos IV e V do artigo 166 do Código Civil, o artigo 366, do Código de Processo Civil prevê que “quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.” Por sua vez, estatui o artigo 154, do mesmo diploma que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.”

Podem ser distinguidas três espécies de formas: livre, especial ou solene e contratual.

a) Forma livre - É a que predomina no direito brasileiro, sendo qualquer meio de manifestação da vontade, não imposto efetivamente pela lei, tal como na palavra escrita ou falada, escrito público ou particular, gestos, mímicas etc. (Código Civil, artigo 107);

b) Forma especial ou solene - É a colocada em ordem pela lei, e vista como requisito de validade de determinados negócios jurídicos. Geralmente, a exigência de que o ato seja executado com observância de determinada solenidade, tem por finalidade garantir a autenticidade dos negócios, assegurar a livre manifestação da vontade, demonstrar a seriedade do ato e ainda facilitar a sua prova.

EMENTA: AÇÃO COBRANÇA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - MENSALIDADES - **CONTRATO ELETRÔNICO** - RELAÇÃO JURÍDICA DEMONSTRADA. **O contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, de maneira que o instrumento contratual firmado por meio eletrônico é apta a demonstrar a relação jurídica entre as partes.** (grifos nossos) Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_proceso=132216&complemento=2&sequencial=0&palavrasConsulta=Contratoeletrônico&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 16 out. 2010

A forma especial pode ser única ou múltipla (plural), sendo que a forma única não pode ser substituída por outra, conforme determina a lei, como demonstram os seguintes exemplos: o artigo 1.964, do Código Civil, que autoriza a deserção somente por meio de testamento; o artigo 108, do Código Civil, que considera a escritura pública essencial à validade das alienações imobiliárias, não dispondo a lei em contrário; e, os artigos 1.535 e 1.536, também do Código Civil, que estabelecem formalidades para o casamento etc.

Quando o ato é solene, ou seja, celebrado com pompa, diz-se múltipla ou plural a forma, embora a lei admita a formalização do negócio por diversos modos, podendo o interessado optar validamente por um deles. Como exemplos citam-se a transação, que pode efetuar-se por termo nos autos ou escritura pública (Código Civil, artigo 842); o reconhecimento voluntário do filho, que pode ser realizado de quatro modos (Código Civil, artigo 1.609); a instituição de uma fundação, que pode ser formalizada por escritura pública ou por testamento (Código Civil, artigo 62); e, a renúncia da herança, que pode ser feita por escritura pública ou termo judicial (Código Civil, artigo 1.806); e,

c) Forma contratual - É a estabelecida pelas partes. O artigo 109 do Código Civil dispõe que “no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.” Os contratantes podem, no entanto, por meio de convenção, determinar que o instrumento público torne-se necessário para a validade do negócio.

Oportuno ressaltar que, não se deve confundir forma, que é meio para manifestar a vontade, com prova do ato ou negócio jurídico, que é meio para evidenciar a sua existência.

1.5 Formação dos contratos

Guardadas as devidas proporções ao meio eletrônico, a formação dos contratos eletrônicos dá-se da mesma forma que os tradicionais, e as peculiaridades ao meio digital serão tratadas, com maior propriedade, no Capítulo 3. Nesse sentido, passa-se a analisar a formação dos contratos tradicionais.

1.5.1 A manifestação da vontade

O requisito mais importante para a existência do negócio jurídico é a manifestação da vontade, tendo em vista que a vontade humana se instaura inicialmente na mente das pessoas. É o momento psicológico, subjetivo, representado pela própria constituição do querer. O momento objetivo é aquele em que a vontade se mostra por meio da declaração.

Segundo Rodrigues (2004), é apenas nesta fase que ela se torna conhecida e hábil a criar efeitos nas relações jurídicas. Por isso se diz que, em rigor, é a declaração da vontade, e não ela própria, que constitui requisito de existência dos negócios jurídicos e, conseqüentemente, dos contratos.

O contrato é uma composição de vontades entre as partes que tem por finalidade, modificar, criar ou abolir direitos.

Nesse mesmo sentido, Rizzardo (2005, p. 39), comenta que a formação do contrato dá-se com a exteriorização da vontade e chama a atenção para uma possível anulação, por vício de consentimento:

Nasce do interior do homem a disposição de contratar. Daí afirmar-se que há um primeiro momento na formação do vínculo obrigacional, situado na esfera subjetiva ou psicológica, que representa o livre consentimento. Sem este estágio, não se alcança a exteriorização. É justamente neste estágio que a vontade se revela apta ou não para ensejar uma negociação válida. O germe de uma possível anulação, por vício de consentimento, está nesta fase, o que revela a sua incontestável importância.

A demonstração da vontade pode ser expressa ou tácita. Quando a lei não exigir que seja expressa, poderá ser tácita (Código Civil, artigo 111).

A expressa é manifestada por meio da fala, da escrita, por gestos ou mímica, de forma transparente. Algumas vezes a lei reclama o consentimento escrito como requisito de validade da avença. Não havendo na lei tal exigência, vale a demonstração tácita, que se deduz da conduta do agente.

O silêncio pode ser entendido como manifestação tácita da vontade quando as circunstâncias ou os usos o permitem, e não for preciso a declaração de vontade expressa, e, ainda, quando a lei o autorizar, ou, também, quando tal efeito ficar estabelecido em um pré-contrato. Nesses casos o silêncio é considerado circunstanciado ou qualificado (Código Civil, artigos 111, 432 - praxe comercial, 512 - venda a contento, e 539 - doação pura).

Rodrigues (2004, p. 68, grifo do autor), cita o exemplo do “comerciante que recebe de freguês *habitual*, encomenda de mercadoria de sua especialidade, pelo preço corrente no mercado, com prazo de entrega determinado. Nesse caso, o comerciante deve comunicar de pronto sua recusa ao cliente, sob pena de se haver por aceita a proposta.”

Deve-se ressaltar ainda, que se existir a manifestação da vontade de apenas um dos contratantes, ter-se-á mera emissão, sem força vinculante, pois o acordo de vontades, emitidas por duas ou mais partes, é requisito fundamental à formação do contrato.

1.5.2 Negociações preliminares

O contrato se origina de duas manifestações de vontade: a proposta e a aceitação, sendo a primeira, também conhecida como oferta, policitação ou oblação, que dá início à constituição do contrato e não depende, em regra, de forma especial.

Entretanto, nem sempre, o contrato surge rapidamente de uma proposta seguida de uma imediata aceitação. Na maior parte dos casos, antes da oferta são obedecidas várias etapas, que algumas vezes são extensas, como as sondagens, conversações, estudos e debates, também denominada fase da pontuação. Nesta, como as partes ainda não declararam a sua vontade, não há nenhuma vinculação ao negócio.

Qualquer delas pode afastar-se, simplesmente alegando falta de interesse, sem serem responsabilizadas por perdas e danos, mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Tal responsabilidade só acontecerá se ficar provada a deliberada intenção, com a falsa demonstração de interesse, de causar dano ao outro contraente, levando-o, por exemplo, a perder outro negócio ou causando despesas. O fundamento legal para a solicitação de perdas e danos da parte lesada não é, nesse caso, o inadimplemento contratual, mas a prática de um ilícito civil (Código Civil, artigo 186).

Diniz (2006, p. 52), deixa bem claro que, pode surgir, excepcionalmente, a responsabilidade civil para os contratantes, não no campo da culpa contratual, mas sim na aquiliana:

[...] apenas na hipótese de um dos participantes criar no outro a expectativa de que o negócio será celebrado, levando-o a despesas, a não contratar com terceiro ou a alterar planos de sua atividade

imediatamente, e depois desistir, injustificada e arbitrariamente, causando-lhe sérios prejuízos, terá, por isso, a obrigação de ressarcir todos os danos.

Nesse caso, empregam-se as normas que regem a culpa extracontratual, desde que fique configurado dolo, negligência ou imprudência por parte de quem desistiu do negócio, que torna possível a reparação do dano sofrido, mas não o de exigir o cumprimento do futuro contrato.

1.5.3 A proposta e a aceitação

É o segundo momento da formação do contrato, mas, nem toda iniciativa ou demonstração de vontade no sentido de dar vida a um contrato é oferta em sentido técnico, pois só a declaração de vontade orientada por uma parte à outra com a intenção de causar uma aceitação do destinatário à proposta.

A oferta, por sua vez, traduz uma vontade definitiva de contratar nas bases oferecidas, não estando mais sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à outra parte para que a aceite ou não, sendo, portanto, um negócio jurídico. [...] Desse modo, na oferta de contrato o peticitante vincular-se-á havendo aceitação do outro contratante (DINIZ, 2006, p. 59).

Representa ela a manifestação decisiva para firmar o contrato, consistindo em uma declaração de vontade definitiva. Distingue-se nesse ponto das negociações iniciais, que não possui esse caráter e não passam de estudos e sondagens, sem força obrigatória. Aquela, ao contrário, gera na parte que aceita, a certeza do contrato em perspectiva, levando-o à realização de projetos e algumas vezes de despesas relacionadas à determinada atividade. Por essa razão, vincula o peticitante, que responde por todas essas consequências, se injustificadamente retirar-se do negócio.

Rodrigues (2004, p. 71), explica o fundamento da lei ao impor ao peticitante o dever de manter sua proposta, sujeitando-o à perdas e danos em caso de inadimplemento:

Tal regra se firma na necessidade de assegurar a estabilidade das relações sociais. Com efeito, quem formula uma proposta de negócio provoca uma legítima expectativa junto à pessoa a quem a endereçou. De maneira que a possibilidade de retirar arbitrariamente a oferta representaria uma fonte de insegurança, capaz de causar prejuízo ao outro contratante, que, de boa-fé, acreditou na seriedade da proposição a ele apresentada.

A proposta precisa conter todos os elementos elementares do negócio proposto, como tempo de entrega, preço, forma de pagamento, quantidade etc. Precisa ainda, ser consciente e séria, tendo em vista que vincula o proponente (Código Civil, artigo 427).

Deve ser também inequívoca, clara e completa, ou seja, precisa ser elaborada em linguagem simples, compreensível ao oblato, citando todos os elementos e dados do negócio necessários ao esclarecimento do destinatário e representando a vontade inquestionável do proponente.

A oferta é um negócio jurídico compreensivo, pois a sua validade depende da declaração do oblato. Não possui, no entanto, força absoluta, gerando desde logo direitos e obrigações, e assim, não se pode assim dizer que equivale ao contrato. Não deixa de ter o caráter de negócio jurídico receptício se for encaminhada não a uma pessoa determinada, mas passar a ter a forma de oferta aberta ao público, como nos casos de mercadorias expostas em feiras, vitrinas ou leilões com o preço à mostra, bem como em licitações e tomadas de preços para contratação de serviços e obras.

O artigo 429 do Código Civil declara que:

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

Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.

A oferta aberta ao público vale como proposta obrigatória, desde que contenha todos os elementos essenciais do contrato.

Dispõe o artigo 427 do Código Civil que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

Portanto, se a proposta for rodeada de seriedade e consciência, vincula o proponente. A sua obrigatoriedade faz com que o proponente permaneça por certo tempo a partir de sua efetivação e assumo o compromisso de responder por suas consequências, pelo fato de causar certa expectativa de realização do negócio no oblato.

[...] a oferta tem existência jurídica independentemente da aceitação. Constituído-se uma obrigação, transmite-se aos herdeiros do ofertante, que somente poderão retratar-se na forma do art. 428, IV (antigo, art. 1.081, IV). O princípio, evidentemente não se aplica a

uma proposta de obrigação personalíssima. O vigor da oferta vai até a realização do contrato (VENOSA, 2006, p.513).

As exceções encontram-se na segunda parte do artigo 427, do Código Civil. De acordo com Pereira (2005), a proposta não tem o condão de obrigar o proponente, em primeiro lugar, se cláusula expressa a respeito existir, o que ocorre quando o próprio proponente manifesta que não é definitiva e se reserva o direito de retirá-la. Por isso, por diversas vezes a referida cláusula contém os seguintes dizeres: ‘proposta sujeita a confirmação’ ou ‘não vale como proposta’. Assim, o aceitante ao recebê-la já tem conhecimento da sua não-obrigatoriedade.

Em segundo lugar, a proposta não obriga quem propõe em decorrência da natureza do negócio. É o caso, por exemplo, das denominadas propostas abertas ao público, que se consideram limitadas ao estoque existente (Código Civil, artigo 429).

E, por último, a oferta não vincula o proponente em razão das particularidades do caso. Não são, portanto, particularidades quaisquer, mas aquelas a que a lei confere esse efeito. O artigo 428, do Código Civil, declara que a proposta deixa de ser obrigatória:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

Quando a proposta é feita ao solicitado e este diz que irá estudá-la melhor, o interlocutor poderá retirá-la, pois a mesma caduca se não for aceita prontamente. Considera-se presente também, conforme o dispositivo em tela, a parte que contrata por meio do telefone ou por outro meio de comunicação parecido (PEREIRA, 2005).

Assim, presente, é aquele que dialoga diretamente com o polícitante, por telefone ou por qualquer outro meio mais moderno de comunicação à distância, ainda que os interlocutores se encontrarem em Cidades, Estados ou Países distintos. Ainda, se a comunicação ocorrer por meio da Internet, estando ambas as partes em contato simultâneo, a situação merece o mesmo tratamento jurídico dado às propostas firmadas por telefone, em razão de se tratar de comunicação semelhante, só se tornando obrigatória a polícitação se for imediatamente aceita. No entanto, o mesmo não deve acontecer com a proposta realizada por via de e-mail, não estando ambos os usuários da rede simultaneamente conectados.

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

Trata-se de oferta encaminhada, por meio de correspondência ou corretor, à pessoa ausente. Não se considera pessoa ausente, aquela que esteja distante do outro contratante, mas sim aquela que não mantém contato direto. Por fim, para os fins legais, são considerados ausentes os que transacionam por meio de troca de correspondência ou intercâmbio de documentos.

O prazo hábil para a resposta varia de acordo com as circunstâncias e denomina-se prazo moral, ou seja, o necessário para que chegue ao conhecimento do proponente. Se as partes residirem nas proximidades, o prazo deve ser bem curto, mas se residirem em locais distantes e de acesso difícil e demorado, o entendimento já é de que poderá haver uma tolerância maior.

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

Se para a resposta foi fixado prazo, o proponente terá de aguardar o seu término. Se findar o prazo sem resposta, não prevalecerá a proposta feita.

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Embora tenha a proposta força obrigatória, a lei reserva ao peticitante a faculdade de retratar-se, mesmo que não haja feito ressalva nesse sentido. Obrigatória não quer dizer irrevogável. Mas não é arbitrário o seu procedimento. Para que se desobrigue, se sujeite às perdas e danos, cumpre que a retratação chegue ao conhecimento do oblato antes da proposta ou simultaneamente com ela, casos em que as duas declarações de vontade (proposta e retratação), por serem contraditórias, nulificam-se e destroem-se reciprocamente. Não importa de que via ou meio se utiliza o proponente (carta, telegrama, mensagem por mão de próprio etc.) (PEREIRA, 2005, p. 42).

Pode-se destacar um exemplo muito claro do ofertante que se entende com o contratante, por algum meio rápido de comunicação, antes mesmo do mensageiro chegar com a proposta. A proposta, *in casu*, não chegou a existir juridicamente, porque eliminada a tempo.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) dispõe nos artigos 30 a 35, a proposta nos contratos que dizem respeito às relações de consumo. Mencionam a seriedade, clareza e precisão que a mesma deve ter, além de definitiva, como também o exige o Código Civil. Entretanto, naquele a oferta é mais ampla, pois geralmente impõe-se a pessoas indeterminadas. A diferença básica é a direção do Código de Defesa do Consumidor à contratação em massa, como regra geral.

O artigo 34, do referido diploma, por sua vez, estabelece solidariedade entre o fornecedor e seus prepostos ou representantes autônomos.

Em consonância com o artigo 30 do referido diploma legal, qualquer publicação ou informação necessita ser transmitida por forma ou meio de comunicação que diz respeito a produtos ou serviços oferecidos ou apresentados, obrigando o fornecedor e integrando o contrato.⁷

Já o terceiro momento da estruturação do contrato é a aceitação ou oblação, que consiste na concordância com os termos da proposta.

Segundo Rodrigues (2004, p. 72), “a aceitação consiste na formulação da vontade concordante do oblato, feita dentro do prazo e envolvendo adesão integral à proposta recebida.”

Diante da citação anterior, observa-se que a manifestação de vontade é imprescindível para que se considere concluído o contrato, pois, somente quando o oblato se converte em aceitante e faz aderir a sua vontade à do proponente, a oferta se transforma em contrato.

Externa-se a aceitação por sinais que a tornam conhecida. Nesse sentido, ressalta Venosa (2006, p. 514, grifo do autor), que:

Exterioriza-se a aceitação com um simples aquiescer, um “de acordo”, um “sim” ou palavra equivalente. A simples oposição de um “visto” do oblato não significa que a proposta tenha sido aceita. Nada impede, porém, que a aceitação venha com redação mais completa, inclusive com repetição de todos os termos da oferta. Também a rejeição da proposta ocorre de forma singela, com um simples “não aceita”, “rejeitada” ou equivalente.

⁷ Nesse sentido, oportuno ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: Apelação Cível 20090410027242APC - 4ª Turma Cível - Apelante: Uniplac União Educacional do Planalto Central - Apelado: Ana Maria Pereira Franco - Relator: Cruz Macedo - Data do Julgamento: 19/08/2010 - EME NTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. MENSALIDADES ESCOLARES. OFERTA. MEIO ELETRÔNICO. REPRESENTANTES AUTÔNOMOS. VINCULAÇÃO. EXECUÇÃO FORÇADA DA OBRIGAÇÃO. **1. Nos termos do art. 30 do CDC, as informações prévias à avença, inclusive as eletronicamente propagadas, obrigam o fornecedor que as veicula, as quais integram o contrato a ser posteriormente celebrado.** (grifos nossos)

2. A legislação consumerista ainda estabelece a responsabilidade solidária do fornecedor do produto ou serviço pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, nos termos do seu art. 34.

3. Constatando-se o envio de *e-mail* por representante autônomo da instituição de ensino por meio do qual se ofereceu desconto para todas as mensalidades do curso oferecido, o contrato firmado pela aluna oriunda de outra faculdade é integrado por tal benefício, não se justificando a recusa da instituição em receber o valor resultante da aplicação do desconto.

4. Havendo recusa do cumprimento da obrigação pelo fornecedor de serviços, pode o consumidor requerer sua execução forçada, o que autoriza a consignação em Juízo dos valores não recebidos pela instituição de ensino ré, consoante previsão do art. 35, inciso I, do CDC.

Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/442443/443191.doc>>. Acesso em: 16 out. 2010.

Conforme preceitua o artigo 431, do Código Civil, a proposta se apresentada fora do prazo, com modificações, restrições e adições, importará nova proposta ou contraproposta. Como já visto, se esgotado o prazo para a aceitação da proposta, esta perde a força obrigatória e a manifestação tardia do oblato também não obriga o último, tendo em vista que se terá nova proposta. O mesmo ocorre quando este não aceita a oferta integralmente, introduzindo-lhe restrições ou modificações.

No tocante ao prazo, Rizzardo (2005, p. 55), faz a seguinte ponderação: “É o prazo requisito fundamental para o exercício da aceitação. Indispensável que seja a mesma conhecida dentro do interregno de tempo concedido na oferta ou legalmente previsto para obrigar o ofertante.”

É importante lembrar que a aceitação pode ser expressa ou tácita, sendo que a primeira decorre de declaração do aceitante, declarando expressamente a sua anuência, e a segunda decorre de sua conduta, reveladora do consentimento.

O artigo 432, do Código Civil elenca duas hipóteses de aceitação tácita, em que se considera finalizado o contrato, não chegando a tempo a recusa: a) quando “o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa; b) ou quando “o proponente a tiver dispensado.”

Rodrigues (2004) cita o exemplo de um fornecedor que tem por hábito encaminhar os seus produtos a determinado comerciante, e este, sem confirmar os pedidos, efetua os pagamentos, acarretando assim, uma praxe comercial. Então, se o último, em determinado momento, quiser interrompê-la, terá de avisar com antecedência o fornecedor, sob pena de ficar obrigado ao pagamento de nova remessa, nas mesmas bases das anteriores.

Costuma-se citar como exemplo da situação descrita na letra b, a situação em que um envia um fax a determinado hotel, no sentido de reservar uma acomodação, informando que a chegada ocorrerá em determinada data, se não receber aviso informando-se do contrário. E se isso acontecer, dar-se-á por concluído o contrato.

Não obstante o contrato se firme com a aceitação, o Código Civil cuida de duas hipóteses em que tal demonstração de vontade deixa de ter força vinculante:

a) Se a aceitação, apesar de ter sido manifestada a tempo, por motivos imprevistos, chegar fora do prazo ao conhecimento do proponente (Código Civil, artigo 430, primeira parte). Este estará desobrigado em decorrência do atraso involuntário, quando já firmara negócio com outra pessoa. A circunstância deverá ser, sob pena de

responder por perdas e danos, imediatamente comunicada ao aceitante, que tem razões para presumir que o contrato esteja findado e pode efetuar despesas que considere necessárias ao seu cumprimento (Código Civil, artigo 430, segunda parte); e

b) Se antes da aceitação, ou com ela, alcançar ao proponente a retratação do aceitante. Enuncia, com efeito, o artigo 433, do Código Civil que se considera “inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.” Nota-se que a lei admite também a retratação da aceitação. Assim, a declaração da vontade, que continha a aceitação, desfez-se, antes que o proponente pudesse tomar qualquer decisão no sentido da finalização do contrato.

1.5.4 Momento da conclusão do contrato

Para estabelecer a obrigatoriedade do acordo, será necessário analisar quando se concluiu o liame jurídico que une os contraentes, eliminando a possibilidade de retratação, coagindo as partes a celebrar o negócio, sob pena de serem responsabilizadas por perdas e danos.

Venosa (2006, p. 514), adverte que, “a proposta não pode ter eficácia indefinida. O tempo de sua duração deve ser determinado ou determinável.”

Com o propósito de resolver essa questão, é mister analisar se o contrato se realiza entre presentes ou entre ausentes.

1.5.4.1 Contratos entre presentes e ausentes

O contrato firmado entre presentes é aquele em que a proposta e a aceitação acontece diretamente entre as partes ou seus representantes.

Nesse sentido, Venosa (2006, p. 515, grifo do autor), esclarece que:

O contrato negocial por telefone ou meio semelhante, como, por exemplo, o chamado *chat* da internet, é entre presentes. Nessa orientação, verificamos que a ausência nada tem a ver com a distância em que se encontram os interessados, já que presentes são os que contratam por telefone.

Se o contrato for firmado entre presentes, a proposta poderá ajustar ou não prazo para a aceitação, mas se o policitante não fixar nenhum prazo, esta deverá ser declarada imediatamente, sob pena da oferta perder a força vinculante. Entretanto, se a

policitação fixou prazo, a aceitação terá que ser operacionalizada dentro dele, sob pena de desvincular-se o proponente.

Constitui ponto importante na doutrina da formação dos contratos a fixação do momento em que é preciso considerar formado o contrato entre presentes e entre ausentes. Para que se possa estabelecer a obrigatoriedade da avença, será necessário analisar o momento exato em que o contrato se aperfeiçoou, estabelecendo os laços entre os contraentes, não permitindo a retratação e obrigando-os a executar o negócio, sob pena de responderem pelas perdas e danos.

Se o contrato for realizado *inter praesentes* nenhum problema haverá, visto que as partes estarão vinculadas na mesma ocasião em que o oblato aceitar a proposta. Nesse momento caracterizou-se o acordo recíproco de vontades e, a partir dele, o contrato começara a produzir efeitos jurídicos (DINIZ, 2002, p. 86, grifo da autora).

Já a proposta entre ausentes refere-se à correspondência por meio de telegrama ou carta, com ou sem a intervenção dos serviços de correio. A correspondência pode ser encaminhada e entregue pelo próprio interessado, ou por alguém contratado para realizar tal serviço.

Nesse diapasão, Venosa (2006, p. 516), já antecipa o objeto de estudo que se verá no Capítulo 3:

Desse modo, é inescusável inferir que pertencem ao passado os contratos ultimados por via telegráfica, sendo substituídos pelo correio eletrônico. Embora a matéria do chamado comércio eletrônico deva ser regulamentada, inclusive no plano internacional, em princípio os contratos pelo chamado *e-mail* devem ser considerados entre ausentes, aplicáveis os princípios gerais do Código (art. 434).

A dificuldade para determinar em que momento se deve considerar formado o contrato surge na avença *inter absentes*, tendo em vista que quando o contrato é firmado entre ausentes, por correspondência epistolar ou telegráfica, a resposta demora a chegar ao conhecimento do proponente e passa por diversas fases.

Alguns autores divergem sobre o momento exato em que a convenção considera-se concluída. Nesse sentido, Venosa (2006, p. 515, grifo do autor), menciona os seguintes sistemas ou teorias:

Pelo *sistema da cognição ou informação*, o contrato somente se perfaz no momento em que o proponente toma conhecimento da aceitação. Tem o inconveniente de deixar ao arbítrio do ofertante tomar a iniciativa de conhecer a resposta, abrindo ou não a correspondência.

Pelo sistema da *agnação ou declaração em geral*, o contrato aperfeiçoa-se pela declaração do oblato. Existem três correntes dentro do sistema da agnação: pela *teoria da declaração propriamente dita*, o contrato completa-se no momento em que o oblato redige a aceitação. Nesse momento é que se exterioriza a vontade. No entanto, enquanto não expedida a resposta, a aceitação não ingressa no mundo jurídico, porque dela não se toma conhecimento. O sistema não pertence a qualquer lei comparada. Pela *teoria da expedição*, o momento de ultimação do contrato é aquele em que a aceitação é *expedida* pelo oblato. A partir daí, a aceitação ingressa no mundo jurídico, não tendo mais o aceitante como obstáculo, em tese, os efeitos de sua manifestação de vontade. Finalmente, pela *teoria da recepção*, o aperfeiçoamento do negócio jurídico somente ocorre quando o proponente recebe o comunicado da aceitação, ainda que não o leia.

O artigo 434, do Código Civil acolheu expressamente a teoria da expedição, ao afirmar que “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.”

Nota-se que o novo diploma instituiu três exceções à regra de que o aperfeiçoamento do contrato ocorre com a expedição da resposta. Na realidade, obstando efeito à emissão se tiver havido retratação no momento certo, ou se a resposta não chegar a tempo ao conhecimento do proponente, desfigurou ele a teoria da expedição. Ora, se não é proibida a retratação antes da resposta chegar às mãos do proponente, e se, ainda, não se considera concluído o contrato na hipótese da resposta não chegar no prazo estabelecido. Portanto, nas citadas exceções, o mencionado diploma legal filiou-se à teoria da recepção, e não à da expedição.

Para que não paire dúvidas a esse respeito, Diniz (2006, p. 74), conclui que, “à guisa de conclusão, poder-se-á afirmar que o vínculo contratual se torna obrigatório, em nosso direito, no momento da expedição da aceitação, salvo algumas exceções, quando se aplica a teoria da recepção.”

A terceira exceção disposta no mencionado artigo 434, do Código Civil (se a resposta não chegar no prazo convencionado) é inútil e injustificável, como admite a doutrina, pois, se existe prazo fixado e a resposta não chega no tempo estabelecido, não se firmou o acordo e sem ele não há contrato.

Ainda com relação ao momento de formação dos contratos, Pereira (2005, p. 49, grifo do autor), ressalta que:

Em qualquer hipótese, e esta é uma observação importante, freqüentemente omitida, as regras legais e doutrinárias sobre o

momento de formação dos contratos por correspondência têm caráter *supletivo*. Aplicam-se na falta de estipulação especial dos interessados, aos quais é livre a adoção de sistema diferente do legal, segundo as suas conveniências.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que as regras relacionadas ao momento da conclusão do contrato são supletivas da vontade das partes, podendo ser convencionadas da maneira que melhor aprouver.

1.5.5 Lugar da celebração

Dispõe o artigo 435, do Código Civil que “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.”

Analisando o referido artigo, verifica-se que o legislador optou pelo local em que a proposta foi realizada. Aparentemente, a presente solução vai contra a expressa adoção da teoria da expedição, no dispositivo anterior. Mas para quem, como nós compreendemos que o Código Civil acolheu, de fato, a da recepção, não existe a apontada contradição.

No tocante ao tema da presente dissertação, Pereira (2005, p. 49), faz uma observação interessante:

Ponto mais pacífico é o que se refere ao lugar da formação do contrato, que assumiu maior importância com o recrudescimento dos contratos formados pela Internet, diante do incremento do número de contratos celebrados entre pessoas situadas em locais diversos. Embora em doutrina os critérios possam vacilar, entre o da proposta e o da aceitação, o Código Civil inclina-se para aquele em que o impulso inicial teve origem, e enuncia que se deve reputar celebrado no lugar em que for proposto (Código Civil, art. 435).

O problema tem grande importância na verificação do foro competente e, no campo do direito internacional, no estabelecimento da lei aplicável. Prescreve o §2º do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.” Tal preceito aplica-se aos casos em que os contratantes residem em países diferentes e tomou maior proporção com o agravamento dos contratos firmados pela Internet.

Observa-se que o legislador deu preferência à uniformização de critérios, considerando o lugar aonde o impulso inicial teve origem. Vale ressaltar que, dentro da autonomia da vontade, as partes têm a prerrogativa de eleger o foro competente (foro de

eleição) e a lei aplicável à espécie, como demonstrado mais detalhadamente no capítulo 3.

1.6 Classificação dos contratos

Os contratos se reúnem em várias categorias, passível de subordinação a regras peculiares. É imprescindível, distingui-las, pois o conhecimento de suas características é de indubitável interesse prático, tornando-se quase indispensável quando se têm em vista fins didáticos.

Nesse sentido, Coelho (2005, p. 39, grifo do autor), menciona que “as classificações com que opera o argumento jurídico visam *aproximar* ou *distanciar* um fato jurídico do âmbito de incidência de certas normas.”

Convém salientar que, conforme o ângulo em que se coloca o observador, um mesmo fenômeno pode ser classificado de diversas formas. Assim, os contratos classificam-se em várias modalidades, subordinando-se a regras próprias ou afins, de acordo com as categorias em que se agrupam, dividindo-se:

a) *Quanto aos efeitos*: em unilaterais, bilaterais e plurilaterais; gratuitos e onerosos, sendo que os últimos subdividem-se em comutativos e aleatórios, e estes, em aleatórios por natureza e acidentalmente aleatórios;

b) *Quanto à formação*: em paritários, de adesão e contratos-tipo;

c) *Quanto ao momento de sua execução*: em de execução instantânea, diferida e de trato sucessivo ou em prestações;

d) *Quanto ao agente*: em personalíssimos ou *intuitu personae* e impessoais; individuais e coletivos;

e) *Quanto ao modo por que existem*: em principais, acessórios ou adjetos e derivados ou subcontratos;

f) *Quanto à forma*: em solenes ou formais e não solenes ou de forma livre; consensuais e reais;

g) *Quanto ao objeto*: em preliminares ou *pactum de contrahendo* e definitivos;

h) *Quanto à designação*: em nominados e inominados, típicos e atípicos, mistos, coligados e união de contratos.

Ressalta-se que da mesma maneira que nos tópicos anteriores, a classificação dos contratos eletrônicos será analisada no Capítulo 3, conforme suas particularidades.

1.6.1 Quanto aos efeitos

Unilaterais são os contratos que criam obrigações unicamente para uma das partes, como a doação pura, por exemplo.

Segundo Gomes (2001, p. 71, grifo do autor), o contrato “é *unilateral* se, no momento em que se forma, origina obrigação, tão-somente, para uma das partes.”

O contrato com prestação a ser paga somente por uma parte, apesar de envolver duas partes e duas declarações de vontade, coloca aquele que está em débito na posição exclusiva de devedor, ou seja, o peso do contrato está todo de um lado, os efeitos são somente passivos de um lado, e somente ativos de outro. Alguns exemplos de contratos unilaterais podem ser citados, tais como: o depósito, a doação, o mútuo, o comodato, o mandato, a fiança etc., aduzindo que muitos deles são, ao mesmo tempo, contratos reais.

Bilaterais são os contratos que acarretam obrigações para ambos os contratantes, como o contrato de transporte, a compra e venda, a locação etc. Essas obrigações são recíprocas, ou seja, de ambos os lados, sendo por isso denominados sinalagmáticos, da palavra grega *sinagma*, que tem o significado de reciprocidade de prestações. Dispõe o artigo 481, do Código Civil que na compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. A obrigação de um tem por causa a do outro.

Vale aqui ressaltar que, é importante saber se o contrato é unilateral ou bilateral porque, dependendo do tipo, há um diferente enfoque de responsabilidade pelos riscos.

Nesse sentido, Venosa (2006, p. 391), ressalta que:

A lei trata com maior rigor aquele que não possui a carga, o peso contratual no contrato unilateral. O doador, por exemplo, só pode ser responsabilizado pelo perecimento da coisa doada se agir com dolo, não por simples culpa. O donatário responderá por simples culpa. Nos contratos bilaterais, ambos os contratantes respondem por culpa, falando-se, nesse caso, de culpa civil, que engloba a culpa, estritamente falando, e o dolo.

Estabelecer a distinção entre essas duas espécies de contrato é de suma importância, porque variam os efeitos do ato conforme o ajuste, se unilateral ou bilateral, pois a *exceptio inadimpleti contractus* e a cláusula resolutiva tácita, somente se prendem ao contrato bilateral. Funciona desta forma, porque o contrato bilateral requer que as duas prestações sejam cumpridas simultaneamente, de forma que nenhum dos

contratantes poderá, antes de cumprir sua obrigação, exigir o implemento da do outro, devido à exceção do contrato não cumprido, que não é cabível no contrato unilateral (Código Civil, artigo 476, primeira parte).

Por **contrato plurilateral** entende-se como o contrato em que podem tomar parte *ab initio*, ou depois de sua formação, diversas partes, onde a sua principal particularidade consiste no fato de que, conforme a sua realização, as partes buscam um fim comum. Assim, o chamado contrato plurilateral se revela, em realidade, como ato coletivo, o qual é, efetivamente, do tipo negocial, mas não é figura contratual. Disto é exemplo claro a sociedade, da qual constituem característica a ausência do elemento “consentimento” e a possibilidade de sua formação (e de sua gestão), conforme deliberação também majoritária; daí a sua exclusão do rol dos contratos.

Quanto aos reflexos patrimoniais que podem apresentar, os contratos classificam-se em gratuitos e onerosos. **Gratuitos** ou **benéficos** são aqueles em que somente uma das partes obtêm benefício ou vantagem, como ocorre no comodato, na doação pura, no reconhecimento de filho etc. Já para a outra parte existe somente obrigação, sacrifício. Nessa modalidade, concedem-se vantagens a uma das partes sem solicitar contraprestação da outra.

Nos contratos **onerosos** ambos os contraentes obtêm vantagem, ao qual, porém, corresponde um sacrifício. São dessa espécie, àqueles que geram ônus a uma das partes e, ao mesmo tempo, ocasionam vantagens a outra parte, ou seja, sacrifícios e benefícios recíprocos. É o que se passa, por exemplo, com a empreitada, a compra e venda e a locação. No primeiro, o benefício do comprador é representado pelo recebimento da coisa, e a privação, pelo pagamento do preço. Para o vendedor, o benefício reside na aceitação deste, e o sacrifício, na entrega da coisa. Ambos esperam tirar um proveito, ao qual corresponde um sacrifício.

A doutrina diferencia os contratos gratuitos propriamente ditos dos contratos desinteressados. Aqueles ocasionam uma redução patrimonial a uma das partes, como ocorre nas doações puras. Estes, subespécies dos primeiros, não produzem esse efeito, não obstante beneficiem a outra parte (comodato e mútuo, p. ex.).

Nesse sentido, Rodrigues (2004, p. 32, grifo do autor), adverte sobre a importância da referida classificação:

A presente classificação oferece, igualmente, enorme interesse, porque, em numerosos casos, a proteção outorgada ao contratante que recebe a título gratuito é menos importante que a conferida a quem

obtem a título oneroso. Pois aqui incide a regra segundo a qual, havendo de escolher entre o interesse de quem procura assegurar um lucro (*qui certat de lucro captando*) e o de quem busca evitar um prejuízo (*qui certat de damno vitando*), é o interesse deste último que o legislador prefere.

Outra consequência elementar existente na distinção entre contratos a título oneroso e a título gratuito se encontra na forma de interpretá-los. Desse modo, conforme dispõe o artigo 114, do Código Civil, o contrato benéfico ou gratuito somente deverá ser interpretado de maneira restrita, ou seja, na dúvida, não se amplia o alcance de um contrato benéfico. Já esta exigência não alcança a interpretação do contrato oneroso.

Dentro da classe dos contratos bilaterais e onerosos constitui-se outra divisão, compreendendo em comutativos e aleatórios.

Comutativos são os compostos de prestações certas e determinadas, onde as partes podem ver com antecedência as vantagens e os sacrifícios, que normalmente se equivalem, decorrentes de sua celebração, em razão de não envolver nenhum risco.

Na ideia de comutatividade está presente a de equivalência das prestações, pois, em regra, nos contratos onerosos, cada contraente somente se sujeita a um sacrifício se receber, em troca, uma vantagem equivalente. Todavia, pode não haver equivalência objetiva, mas subjetiva, existente apenas no espírito dos contraentes, e não necessariamente na realidade, visto que cada qual é juiz de suas conveniências e interesses. Assim, na compra e venda, por exemplo, o vendedor sabe que irá receber o preço que atende aos seus interesses, e o comprador, que lhe será transferida a propriedade do bem que desejava adquirir (Gomes, 2001).

Contrato comutativo é, pois, o oneroso e bilateral, em que cada uma das partes do contrato, além de receber da outra parte prestação relativamente equivalente à sua, pode averiguar, de imediato, essa equivalência. Contrato aleatório por natureza é o bilateral e oneroso em que pelo menos um dos contraentes não consegue prever o benefício que terá, em troca da prestação oferecida. Ao contrário do comutativo, evidencia-se pela incerteza, para as duas partes, sobre os benefícios e sacrifícios que dele podem advir. É que o lucro ou a perda dependem de um fato futuro e imprevisível.

O vocábulo aleatório é originário do latim *alea*, que quer dizer sorte, risco, acaso. Os contratos de jogo, aposta e seguro, são exemplos claros dessa subespécie. Já se abordou que o contrato de seguro é comutativo, em razão de que o segurado o firma para se esconder contra qualquer risco. Ademais, para a seguradora é sempre aleatório, tendo em vista que o pagamento ou não da indenização depende de um fato eventual.

Nesse sentido, Pereira (2005, p. 68), preleciona:

Há uma corrente doutrinária tradicional que situa a noção de contrato aleatório na existência da álea bilateral. Mas a evolução desse tipo de negócio o desautoriza. Basta que haja o risco para um dos contratantes. Com efeito, em vários contratos em voga como o seguro, a aposta autorizada nos hipódromos, a loteria explorada pela Administração ou pelo concessionário, existe álea apenas para um dos contratantes, ao passo que o outro baseia a sua prestação em cálculos atuariais ou na dedução de percentagem certa para custeio e lucro, de tal maneira que se pode dizer perfeitamente conhecida, e lhe não traz risco maior do que qualquer contrato comutativo normal.

Cumpre salientar que, os benefícios do contrato subordinar-se-ão a um fato futuro e incerto.

Ainda, segundo o mesmo autor, emérito civilista:

Se for certo que em todo contrato há um risco, pode-se, contudo dizer que no contrato aleatório este é da sua essência, pois que o ganho ou a perda consequente está na dependência de um acontecimento incerto para ambos os contratantes. O risco de perder ou de ganhar pode ser de um ou de ambos; mas a incerteza do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação (PEREIRA, 2005, p. 69).

Portanto, no contrato de seguro, por exemplo, se acontecer um sinistro, ou nada obter, se aquele não advier o segurado, em troca do prêmio, poderá receber a indenização.

Além dos aleatórios por natureza, existem contratos tipicamente comutativos, como a compra e venda, que, em razão de certas ocorrências, transformam-se em aleatórios, que são denominados de **acidentalmente aleatórios**, como por exemplo, a aquisição de uma futura colheita.

Conforme salienta Diniz (2006, p. 95, grifo da autora), os contratos acidentalmente aleatórios são de duas espécies: os que versam sobre coisas existentes e os que dizem respeito a coisas futuras. Estes últimos podem ser:

[...] a) *emptio spei*, em que um dos contratantes, na alienação de coisa futura, toma a si o risco relativo à existência da coisa, ajustando um preço, que será devido integralmente, mesmo que nada se produza (CC, art. 458), sem que haja dolo ou culpa do alienante; [...] e, b) *emptio rei speratae*, que ocorre se a álea versar sobre quantidade maior ou menor da coisa esperada.

Do risco atinente à própria existência da coisa trata o artigo 458, do Código Civil. Tem-se, na hipótese, a *emptio spei* ou venda da esperança, isto é, da probabilidade

das coisas ou fatos existirem. O art. 459, do Código Civil trata do risco atinente à quantidade maior ou menor da coisa esperada (*emptio rei speratae* ou venda da coisa esperada).

No que diz respeito aos que consistem sobre coisas existentes, sujeitas ao risco de se perderem, danificarem, ou, ainda, sofrerem depreciação, como por exemplo, a mercadoria que é embarcada já vendida, assumindo o comprador o risco de chegar ou não ao seu destino. Mesmo que ocorra um acidente e esta mercadoria se perca, a venda será legítima e o vendedor terá direito ao preço, de acordo com o disposto no artigo 460, do Código Civil. Mas, se a consumação do risco já era esperada de um dos contratantes, pode o outro invalidar o contrato sob fundamento do dolo com que procedeu ao primeiro (Código Civil, artigo 461).

A distinção entre contratos comutativos e aleatórios é de indiscutível relevância, tendo em vista que estão sujeitos a regimes legais diversos. Assim, por exemplo, o Código Civil, ao tratar da evicção, limita-se ao campo dos contratos comutativos; os vícios redibitórios aparecem, exclusivamente, nos contratos comutativos (Código Civil, artigo 441); formou-se um regime especial para os contratos aleatórios, nos artigos 458 a 461; o rompimento por lesão não acontece nos contratos aleatórios, mas somente nos comutativos.

Com efeito, a hipótese de oferecimento de suplemento suficiente, elencada no artigo 157, do Código Civil, reforça a ideia sustentada pela doutrina de que a lesão só acontece em contratos comutativos, em que a contraprestação é um dar e não um fazer, e não nos aleatórios, tendo em vista que nestes as prestações abrangem risco e, por sua própria natureza, não precisam ser equilibradas.

1.6.2 Quanto à formação

Contratos **paritários** são aqueles do tipo tradicional, em que as partes debatem as condições sem imposições, pois se encontram em situação de igualdade. Assim, nessa modalidade as partes se reúnem para discutir as cláusulas e condições do negócio, funcionando como uma fase de negociações preliminares.

Contratos de **adesão** são os que não admitem essa liberdade, em razão da supremacia da vontade de um dos contratantes, que confecciona todas as cláusulas, enquanto que o outro adere ao modelo de contrato previamente elaborado, não podendo alterá-lo, ou seja, deve rejeitar ou aceitar de maneira pura e simples, e em bloco,

descartada qualquer alternativa de discussão. Pode-se citar como exemplos dessa espécie, dentre outros, os contratos de transporte, de seguro, de consórcio, e os celebrados com as concessionárias de serviços públicos (fornecedoras de água, energia elétrica etc.).

No contrato de adesão se depara com uma restrição mais extensa da existente no tradicional princípio da autonomia da vontade. Normalmente, encontra-se nos casos de estado de oferta permanente, seja por parte de grandes organizações concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, ou ainda detentor de um monopólio de direito ou de fato (fornecimento de linha telefônica, água, gás, eletricidade), ou por parte de lojas e organizações comerciais ou de prestadoras de serviços, abrangendo consumo (transporte, venda de mercadorias em geral, expostas ao público).

O indivíduo que precisa contratar com uma enorme organização que explora um serviço público, se depara com um contrato-padrão, previamente confeccionado, restringindo-se a dar a sua adesão ao paradigma contratual já firmado, ou noutra hipótese, se submete a ele, sem qualquer chance de debater o preço e outras condições propostas, contratando, ou ainda se priva de um serviço muitas vezes elementar.

Em decorrência dessa particularidade, alguns autores chegaram a lhe negar natureza contratual, sob a alegação de que falta a vontade de uma das partes, o que caracteriza o seu caráter institucional. Porém, prevalece o entendimento de que a aceitação das cláusulas, ainda que preestabelecidas, lhe garante aquele caráter (RODRIGUES, 2004).

Normalmente, o contrato de adesão é celebrado em relação de consumo, sendo normatizado, portanto, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Dedicou-lhe este diploma um capítulo, conceituando-o no artigo 54, do CDC com sendo o “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

O §1º permite a inclusão de cláusula no formulário, sem que isso modifique a natureza da adesão do contrato, ou seja, sem que afaste a posição de vantagem do proponente. O § 3º exige que os contratos de adesão sejam confeccionados em termos claros e legíveis, de modo a facilitar a sua assimilação pelo consumidor. As cláusulas que eventualmente restringem o seu direito deverão ser redigidas com destaque, permitindo seu imediato entendimento (§4º). Esta espécie de cláusula restritiva não

pode, porém, ser abusiva, sob pena de incidir na cominação de nulidade (Código de Defesa do Consumidor, artigo 51).⁸

O artigo 47, do Código do Consumidor dispõe que as cláusulas contratuais serão interpretadas de uma forma mais benéfica ao consumidor. Há tempos a jurisprudência vem anunciando que, nos contratos de adesão em geral, na dúvida, a interpretação deve beneficiar o aderente, porque quem fixa as condições é o outro contratante, que tem a obrigação de ser claro e de evitar dúvidas.

Apesar do contrato de adesão estar ligado às relações de consumo, existem negócios jurídicos que não possuem essa peculiaridade. Por essa razão o Código Civil dispôs sobre o contrato de adesão em dois dispositivos. Prescreve, com efeito, o artigo 423, do Código Civil que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

Por sua vez, proclama o artigo 424, do mesmo diploma que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estimulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

Em ambos os dispositivos, o Código Civil procura abrigar a posição do aderente não só em vista de cláusulas ambíguas ou contraditórias, como ao obstar a renúncia antecipada a direito, levando em conta especialmente o fato do contrato de adesão ter o seu conteúdo estabelecido por decisão exclusiva do ofertante.

No tocante aos **contratos-tipo**, as cláusulas não são impostas por uma parte à outra, mas somente pré-redigidas, ficando a cargo das mesmas e por acordo de vontades realizarem as mudanças necessárias.

Na visão de Pereira (2005, p. 75):

⁸ No tocante aos contratos eletrônicos, e mais especificamente sobre contrato de prestação de serviços de *webmail*, podemos mencionar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apelação Cível nº 0014033-83.2008.8.19.0042 - 8ª Câmara Cível - 2º Vara Cível da Comarca de Petrópolis - Apelante: Yahoo! do Brasil Internet Ltda. - Apelado: Harley Wondracek - Relator: Luiz Felipe Francisco - Data do Julgamento: 31/08/2010. EMENTA: ACÓRDÃO APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE WEBMAIL. **CONTRATO DE ADESÃO. ENCERRAMENTO SEM AVISO PRÉVIO DA CONTA DE CORREIO ELETRÔNICO, COM O DESCARTE DE TODO O CONTEÚDO ALI DEPOSITADO.** CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS REDIGIDA SEM O DEVIDO DESTAQUE, COMO ACENTUA O §4º, DO ARTIGO 54, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **NULIDADE DE PLENO DIREITO COM FUNDAMENTO NO INCISO IV, DO ARTIGO 51, DO CDC.** VERBA INDENIZATÓRIA BEM FIXADA, ATENDENDO-SE AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (grifos nossos)

Disponível em:

<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003F86CE4B6AEC8AC1FE3573DD5B31717C797C4024E370F>>. Acesso em: 16 out. 2010.

[...] o contrato-tipo não resulta de cláusulas impostas, mas simplesmente pré-redigidas, às quais a outra parte não se limita a aderir, mas que efetivamente aceita, conhecendo-as, as quais, por isso mesmo, são suscetíveis de alteração ou cancelamento, por via de cláusulas substitutivas, que venham manuscritas, datilografadas ou carimbadas.

Ademais, os contratos de adesão são dirigidos a um número indeterminado e desconhecido de pessoas, enquanto que os contratos-tipo são endereçados a pessoas ou grupos possíveis de serem identificados. Podem ser acrescentadas, às impressas, cláusulas datilografadas ou manuscritas. Estas, só serão consideradas anuladas por aquelas se existir contradição ou incompatibilidade entre elas, caso em que prevalecerão as últimas. Não havendo, coexistirão.

1.6.3 Quanto ao momento de sua execução

A presente classificação leva em consideração o exato momento em que os contratos necessitam ser cumpridos. São de **execução instantânea** ou **imediate** ou ainda de execução única os que se findam num só ato, sendo finalizados imediatamente após a sua celebração, como por exemplo, a compra e venda à vista. Resolvida a obrigação, findam-se e a solução se cumpre de uma só vez e por meio de única prestação, gerando assim a extinção completa da obrigação.

Segundo Diniz (2006, p. 97), “os contratos de execução imediata são os que se esgotam num só instante, mediante uma única prestação, como, p. ex., a compra e venda de uma coisa à vista, a troca etc.”

Contratos de **execução diferida** ou **retardada** são os que devem ser finalizados também em um só ato, mas em tempo futuro, como por exemplo, a entrega do objeto vendido em certa data. A prestação de uma das partes não ocorre logo após a constituição do vínculo, mas a termo.

Contratos de **trato sucessivo** ou de **execução continuada** são os que se satisfazem por meio de atos reiterados, como por exemplo, a prestação permanente de serviços, a venda e compra a prazo, o fornecimento periódico de mercadorias etc. Caso característico é a locação, em que a prestação do aluguel não tem efeito liberatório, a não ser do débito referente ao período, tem em vista que o contrato permanece até atingir o seu termo ou ocorrer outra causa extintiva.

Há interesse prático na citada classificação, por várias razões: a) a teoria da imprevisão, que possibilita a resolução do contrato por onerosidade excessiva, somente se emprega aos contratos de execução diferida e continuada (Código Civil, artigos 478 a 480); b) o princípio da simultaneidade das prestações somente se emprega aos de execução instantânea, e assim, não se admite, em contrato de execução diferida ou de trato sucessivo, que o contratante, que necessita satisfazer em primeiro lugar sua prestação, resguarda-se pela *exceptio non adimpleti contractus*, alegando que a outra parte não cumpriu a dela; c) nos contratos de execução instantânea, a nulidade ou resolução por inadimplemento conduz novamente as partes ao estado anterior, enquanto que nos de execução continuada são obedecidos os efeitos surgidos (os aluguéis pagos, o serviço prestado pelo empregado, p. ex.), não havendo a possibilidade de restituí-las ao *status quo ante*; d) a prescrição da ação para reclamar o cumprimento das prestações vencidas, nos contratos de trato sucessivo, tem início na data do vencimento de cada prestação.

1.6.4 Quanto ao agente

Contratos personalíssimos ou *intuitu personae* são os realizados mediante as qualidades pessoais de um dos contraentes. Por isso, o obrigado não pode ser substituído por outrem, porque essas qualidades, sejam elas profissionais, culturais, artísticas ou de qualquer outra espécie, influenciaram de maneira decisiva o consentimento do outro contratante. Normalmente originam uma obrigação de fazer, cujo objeto é um serviço infungível, que não pode ser realizado por outra pessoa.

As obrigações personalíssimas são intransmissíveis aos sucessores, ou seja, não podem ser executadas por outrem, e ainda não podem ser objeto de cessão. Podem ser anuladas se for constatado a ocorrência de erro essencial sobre a pessoa do outro contratante.

A propósito, preleciona Diniz (2006, p. 107, grifo da autora):

A distinção entre contratos *intuitu personae* e impessoais reveste-se de grande importância, em virtude das consequências práticas decorrentes da natureza personalíssima dos negócios pertencentes à primeira categoria, que: a) são intransmissíveis, não podendo ser executados por outrem; assim sendo, com o óbito do devedor, extinguir-se-ão, pois os sucessores não poderão cumprir a prestação, que era personalíssima; b) não podem ser cedidos, de modo que, se

substituído o devedor, ter-se-á a celebração de novo contrato; c) são anuláveis, havendo erro essencial sobre a pessoa do contratante.

Já nos **contratos impessoais** a prestação pode ser cumprida, indiferentemente, pelo obrigado ou por terceiro, pois o importante é que seja realizada, pouco importando quem a executa, tendo em vista que o seu objeto não requer qualidades especiais do devedor.

No **contrato individual**, ainda que envolva várias pessoas, as vontades são individualmente consideradas. Na compra e venda, por exemplo, pode uma pessoa contratar com outra ou com um grupo de pessoas.

Nessa linha, assevera Pereira (2005, p. 71, grifo do autor), que:

Contrato *individual* é o que se forma pelo consentimento de pessoas, cujas vontades são individualmente consideradas. Não é a singularidade de parte que o identifica. Pode uma pessoa contratar com várias outras ou um grupo de pessoas com outro grupo, e o contrato ser individual, uma vez que, na sua constituição, a emissão de vontade de cada uma entra na etiologia da sua celebração.

Os **contratos coletivos** firmam-se pelo acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas de direito privado, representativas de categorias profissionais, sendo denominados de convenções coletivas.

Segundo Gomes (2001, p. 84, grifo do autor), os contratos coletivos não têm verdadeiramente natureza contratual, visto que de sua celebração “não nascem relações jurídicas que coloquem as partes nas posições de credor e devedor. É um *acordo normativo*; não um contrato.”

Todavia, a doutrina em geral tem admitido essa classificação e a sua natureza contratual, assim como o fez o artigo 611, da Consolidação das Leis do Trabalho.

No tocante à importância de classificar os contratos em individuais e coletivos, Pereira (2005, p. 72, grifo do autor), esclarece que:

A importância desta classificação está em que o *contrato individual* cria direitos e obrigações para as pessoas que dele participam; ao passo que o *contrato coletivo*, uma vez homologado regularmente, gera deliberações normativas, que poderão estender-se a todas as pessoas pertencentes a uma determinada categoria profissional, independente do fato de terem ou não participado da assembléia que votou a aprovação de suas cláusulas, ou até de se haverem, naquele conclave, oposto à sua aprovação.

Pode ainda existir contrato coletivo no âmbito do Direito de Empresa, pactuado por pessoas jurídicas representativas de determinadas indústrias ou sociedades empresárias, com o intuito de inibir a concorrência desleal, a incentivar a pesquisa, a desenvolver a cooperação mútua etc.

1.6.5 Quanto ao modo por que existem

Sabe-se que **contratos principais** são os que possuem existência autônoma, própria e não dependem, pois, de nenhum outro, como por exemplo, a locação e a compra e venda. Já os contratos que, no entanto, dependem da existência de outros são denominados de **acessórios** que são os que têm sua existência subordinada à do contrato principal, ou seja, só existem porque existem os contratos principais, assim como a cláusula penal, a fiança etc.

A consequência disso: a) nulo o contrato principal, nulo o negócio acessório; a recíproca, porém, não é verdadeira (Código Civil, artigo 184); b) a prescrição da pretensão referente à obrigação principal acarretará a da relativa às acessórias, apesar da recíproca não ser verdadeira; assim, a prescrição da pretensão a direitos acessórios não atinge a do direito principal.

A função que prevalece nos contratos acessórios é a de garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal, como a fiança, o penhor, a hipoteca convencional, e similares. Ademais, não são apenas acessórios os contratos de garantia, mas todos os que têm como pressuposto outro contrato.

Arnoldo Wald (2010) assevera que, a aplicação geral dos princípios que ajustam os acessórios, sofre, no entanto, algumas limitações no campo dos contratos. Afirma que a rescisão ou a caducidade e a nulidade do contrato principal resulta em ineficácia do acessório (findando o contrato de locação, finda o de fiança), não é menos certo que as partes podem pactuar a extinção do contrato principal em decorrência do desaparecimento do acessório. É comum existir nos contratos locatícios, uma cláusula resolutória baseada na falência ou na interdição do fiador e no falecimento, salvo se o locatário dentro de certo prazo apresentar outro fiador idôneo a critério do locador.

Gomes (2001, p. 78, grifo do autor), afirma que “os contratos acessórios podem ser *preparatórios*, como o mandato; *integrativos*, como a aceitação do terceiro na estipulação em seu favor; *complementares*, como a adesão a um contrato aberto.”

Existem ainda, contratos que são denominados **derivados** ou **subcontratos**, por também dependerem ou derivarem de outros. Os contratos derivados são os que têm por objeto, direitos fixados em outro contrato chamado de básico ou principal. Entre os principais subcontratos temos a subconcessão, a sublocação e a subempreitada.

O subcontrato também se diferencia da cessão da posição contratual, na qual o contrato básico perdura em sua integridade, mas com novo titular, o cessionário, enquanto que no contrato derivado, no entanto, surge uma nova relação contratual, sem a mudança da primeira, existindo somente um dos sujeitos que é titular de ambos os contratos.

Por sua vez, adverte Venosa (2006, p. 423, grifo do autor), que:

Como conseqüência da derivação, o direito contido no subcontrato tem como limite de compreensão o direito contido no contrato-base; sua extensão não pode ser ultrapassada. Aplica-se o princípio segundo o qual ninguém pode transferir mais direito do que tem (*nemo plus iuris ad alium tranferre potest quod non habet*). No mesmo diapasão, se o contrato principal se extingue, extingue-se o contrato derivado por impossibilidade material de sua continuação.

Os contratos personalíssimos ou *intuitu personae* não aceitam a subcontratação, pois são pactuados em decorrência das qualidades pessoais do obrigado. Também não admitem os contratos de execução instantânea, tendo em vista que o subcontrato é um negócio de duração.

1.6.6 Quanto à forma

Encarados segundo a forma como se concretizam, distinguem-se os contratos em solenes ou formais, e não solenes ou não formais.

Solenes são os contratos que precisam obedecer à forma prescrita em lei para se aperfeiçoar. Assim, quando a forma é exigida como condição de validade do negócio, pode-se denominá-lo de solene, sendo que a formalidade é *ad solemnitatem*, ou seja, constitui a substância do ato (escritura pública na alienação de imóveis, pacto antenupcial, testamento público etc.). Não observada, o contrato é nulo (Código Civil, artigo 166, inciso IV).

Segundo a lição de Gomes (2001, p. 77, grifo do autor):

Porque prevalece no direito moderno o princípio da liberdade de forma, os contratos se concluem, por via de regra, pelo simples

consentimento das partes, seja qual for o modo de expressão da vontade. Em atenção, porém, à conveniência de dar maior segurança ao comércio jurídico, a lei exige que certos contratos obedçam a determinada *forma*, elevando-se à condição de requisito essencial à sua validade. Nesses casos, a vontade das partes não basta à formação do contrato. Dizem-se *solenes* os contratos que só se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita na lei. Também se denominam *contratos formais*. A solenidade exigida consiste em serem lavrados por tabelião. Têm como *forma a escritura pública*.

O efeito prático essencial da distinção entre contratos solenes e **não solenes** está no fato de serem nulos os primeiros, se não observada a forma prescrita em lei, que é elemento essencial à sua validade, de modo que os segundos não.

Ao contrário de alguns autores, Venosa (2006, p. 413, grifo do autor), menciona a relevância da distinção entre contratos solenes e formais:

Alguns autores não distinguem a formalidade da solenidade, tratando-as como sinônimos, contudo as conseqüências jurídicas da distinção são importantes. O contrato *solene* entre nós é aquele que exige escritura pública. Outros contratos exigem a forma escrita, o que os torna *formais*, porém *não solenes*. No contrato solene, a ausência de forma torna-o nulo. Nem sempre ocorrerá a nulidade, e a relação jurídica gerará efeitos entre as partes, quando se trata de preterição de formalidade, em contrato não solene.

Quando a formalidade é exigida apenas para facilitar a prova do negócio e não como condição de validade, diz-se que ela é *ad probationem tantum*. O formalismo revigora hoje em muitos negócios jurídicos para permitir melhor segurança às partes.

Por outro lado, o artigo 108, do Código Civil prevê que:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

As partes têm a liberdade de determinar que o contrato somente seja celebrado por instrumento público. Assim, neste caso, este será da *substância do ato* e o contrato, que não seria, em princípio, formal, passa a sê-lo (Código Civil, artigo 109).

Porém, um contrato solene será válido se não for celebrado por instrumento público, ainda que as partes o tenham dispensado.

Contratos consensuais são os que se perpetuam de maneira única pelo acordo de vontades (*solo consensu*), independentemente da entrega da coisa e da observância de determinada forma, e portanto, são também considerados contratos não solenes.

Segundo Pereira (2005), embora se tenha permissão para dizer que todo contrato, quando da formação, é consensual no sentido de que pressupõe o consentimento. No direito moderno, prevalece o princípio do consensualismo, e pode-se afirmar que o contrato consensual é a regra, sendo os contratos reais, exceções.

Nesse sentido, a compra e venda de bens móveis, por exemplo, quando pura, pertence à classe dos contratos consensuais, segundo dispõe o artigo 482, do Código Civil, pois “considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.”

Rodrigues (2004) ressalta que diversamente dos consensuais, os **contratos reais** exigem o consentimento e a entrega da coisa que lhe serve de objeto para se tornarem perfeitos e acabados, como por exemplo, os de comodato, depósito, mútuo etc., e alguns poucos (penhor, anticrese, arras). Esses só se formam com a tradição da coisa e podem preceder de promessa de contratar.

Em regra, os contratos reais são unilaterais, visto que, entregue a coisa (quando o contrato torna-se perfeito e acabado), só resta a obrigação para o depositário, o comodatário e o mutuário.

Gomes (2001, p. 76, grifo do autor), ressalta que alguns contratos exigem algo mais, que a simples entrega da coisa: [...] “O *depósito*, no qual o depositante se obriga a remunerar o depositário, é *contrato bilateral* que, todavia, só se torna perfeito e acabado com a entrega da coisa.”

Oportuno ressaltar que conforme leciona Pereira (2005, p. 64), “os escritores modernos criticam o conceito de contrato real, considerando-o um romanismo injustificável, e entendem que não há razão para que se exija para a celebração do contrato a efetivação da entrega do objeto.”

Observe-se que a doutrina moderna julga o conceito de contrato real, mas nota-se que a espécie ainda é inafastável na presença do nosso direito positivo em vigor.

1.6.7 Quanto ao objeto

É sabido que algumas vezes o contrato resulta de uma prolongada e exaustiva fase de negociações preliminares. Porém, outras vezes, não obstante o consenso alcançado, não se mostra conveniente aos contraentes contratar de forma definitiva, tendo em vista que o pagamento será parcelado, ou em razão da necessidade de se aguardar a liberação de um financiamento, ou ainda por algum outro motivo de natureza particular, ou até mesmo de mera conveniência. Sendo que nesse caso, os interessados têm a opção de celebrar um contrato preparatório, onde prometem complementar o ajuste, celebrando o definitivo.

Pereira (2005, p. 81), conceitua o **contrato preliminar** como aquele “por via do qual ambas as partes ou uma delas se compromete a celebrar mais tarde outro contrato, que será contrato principal.”

Cada contrato tem um objeto peculiar, de acordo com a natureza de cada avença. O **contrato definitivo** tem objetos diversos. Na compra e venda, por exemplo, as parcelas, que estabelecem o seu objeto, são a entrega da coisa pelo vendedor e o pagamento do preço pelo adquirente.

O contrato preliminar também se denomina de pré-contrato, e quando tem por objeto a compra e venda de um imóvel, é intitulado de promessa de compra e venda, ou compromisso de compra e venda, se irrevogável e irretratável.

Rodrigues (2004, p. 40), chama a atenção para a utilidade prática do contrato preliminar na atualidade:

O motivo de sua enorme difusão na vida moderna se encontra na considerável utilidade prática que oferece, pois, não raro, convém às partes, a quem interessa um contrato, aditar sua efetivação, sem risco de perdê-lo. Ora, lançando mão do contrato preliminar, asseguram os contratantes a possibilidade de ultimar oportunamente o negócio almejado, pois o ordenamento jurídico prestigia a convenção provisória, impondo o cumprimento da obrigação assumida. E, naturalmente, sanciona o inadimplemento desse ajuste.

Insta ressaltar, quanto ao requisito forma, que diversos autores compreendem que o contrato preliminar só é válido quando confeccionado na mesma maneira exigida ao contrato definitivo. Em sentido contrário, outros entendem que tal exigência eliminaria a utilidade prática do *pacto de contrahendo*. Ademais, a matéria não tem sido objeto de excessiva controvérsia em nosso Direito.

1.6.8 Quanto à designação

As várias espécies de contratos eram divididas pelo Direito Romano em duas grandes classes, a saber: a dos **nominados** e a dos **inominados**, conforme fossem eles indicados pelo seu nome ou não. Não obstante, ainda resiste a classificação romana, mas com conceito diverso e dotado de interesse prático.

Mais recentemente a doutrina tornou-se propensa pela substituição da nomenclatura tradicional, pela de contratos **típicos** e **atípicos**, verificando que não é a circunstância de ter uma denominação própria (*nomen iuris*) que predomina, mas sim a tipicidade legal.

O Código Civil de 2002 optou pela terminologia moderna da doutrina, ao dispor no artigo 425, que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

No que diz respeito às terminologias empregadas, Azevedo (1984), enfatiza que as nomenclaturas têm o mesmo significado, pois são conhecidas também as expressões ‘contratos típicos’ e ‘contratos atípicos’, com o mesmo significado de ‘nominados’ e ‘inominados’. Ademais, pela própria denominação, se deduz que os típicos estão previstos na lei ou pelo menos, assinalados por ela, enquanto que os atípicos não se adequam em qualquer dos moldes contratuais previstos em lei.

O Código Civil normatiza vinte e três contratos nominados, em vinte capítulos, a saber: da doação, da locação de coisas, da compra e venda, da troca ou permuta, do contrato estimatório, do empréstimo, da prestação de serviço, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, da empreitada, da sociedade, do depósito, do mandato, do transporte, da constituição de renda, do seguro, do jogo e da aposta, da fiança, da transação e do compromisso.

Feitas estas observações terminológicas, Rizzardo (2006, p.77, grifo do autor), pontifica a distinção entre os contratos nominados e os uninominados:

Oriunda do direito romano, a distinção atual se refere aos contratos que possuem denominação e aos que não possuem *nomen iuris*. Como nominados se classificam os contratos previstos e regulados na lei. Uninominados consideram-se aqueles que não se enquadram numa figura típica prevista pelo legislador. Ou seja, os primeiros estão expressamente previstos na lei, que os regula através de normas, ao passo que os segundos se firmaram e se impõem pelo costume.

O legislador, no entanto, não consegue calcular com precisão todas as situações que levam as pessoas a se relacionar e a contratar. As diversidades de negócios e as

crecentes necessidades decorrentes da vida moderna, assim como a imaginação humana sem limites, fazem com que as pessoas criem relações jurídicas que não tem previsão no Código Civil ou em leis especiais. Dessa forma, surgem outros contratos além daqueles já elencados na legislação, ou que não foram tipificados, e por esta razão se consideram inominados ou atípicos.

Os contratos que não tem denominação própria são os inominados. A rigor, a titulação contrato inominado equivaleria a contrato que não tem um nome no ordenamento jurídico. Pode-se citar como exemplo os contratos atípicos de publicidade, hospedagem, garagem, excursão turística, espetáculos artísticos, serviços de bufê em geral etc.

Já o **contrato misto** surge da combinação de um contrato típico com cláusulas elaboradas pela vontade dos contratantes, deixando assim de ser um contrato essencialmente típico, mas que não se transforma em outro totalmente atípico. Essa combinação ocasiona uma nova espécie contratual ainda não regulada em lei, o que constitui em um contrato único ou unitário.

A título ilustrativo, segue o exemplo trazido por Rizzardo (2006, p. 81):

O leasing, ou arrendamento mercantil, é um caso típico de contrato misto. Várias obrigações estão nele inseridas, caracterizadoras de diversos tipos contratuais, formando uma unidade indissolúvel, na qual a inexistência ou o descumprimento de apenas um dos elementos de tipos diferentes e que compõem o conjunto pode frustrar os resultados de toda a avença. Não há dois contratos. Ocorre, isto sim, o nascimento de uma nova figura.

O **contrato coligado** não se confunde com o misto, tendo em vista constituir uma pluralidade, de modo que diversos contratos celebrados pelas partes apresentam-se interligados. Quando o elo entre eles baseia-se somente no fato de fazer parte do mesmo instrumento, não existe propriamente coligação de contratos, mas sim a união dos mesmos.

Por outro lado, ocorre a **união de contratos** quando há contratos distintos e autônomos, ou seja, somente são realizados ao mesmo tempo ou no mesmo documento, onde o vínculo é meramente externo. O que poderá haver, por exemplo, é um comodato de móveis dentro de uma locação de imóvel.

1.7 Extinção dos contratos

Os contratos, como os negócios jurídicos em geral, têm também um ciclo vital: nascem do acordo de vontades, produzem os efeitos que lhes são próprios e extinguem-se.

Nesse sentido, Venosa (2006, p. 493), aduz que “o contrato desempenha importantíssima função social, mas nasce para em determinado momento ser extinto em prazo mais ou menos longo. Essa é sua nobre e importante função social.”

Como assinala Theodoro Júnior (1999, p. 100):

Ao contrário dos direitos reais, que tendem à perpetuidade, os direitos obrigacionais gerados pelo contrato caracterizam-se pela temporalidade. Não há contrato eterno. O vínculo contratual é, por natureza, passageiro e deve desaparecer, naturalmente, tão logo o devedor cumpra a prestação prometida ao credor.

A extinção acontece, em regra, pela execução, seja instantânea, diferida ou continuada. O cumprimento da prestação desobriga o devedor e satisfaz o credor.

Algumas vezes o contrato é abolido sem ter chegado ao fim, ou seja, sem que as obrigações tenham sido atendidas. Diversas causas ocasionam essa extinção anormal, onde algumas são anteriores ou contemporâneas à formação do contrato e outras, supervenientes.

Deve-se ressaltar, que as peculiaridades referentes à extinção dos contratos eletrônicos serão observadas no Capítulo 3, especialmente dedicado aos referidos contratos.

1.7.1 Causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato

As causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato são: a) cumprimento de cláusula resolutiva, expressa ou tácita; b) vícios decorrentes do não-preenchimento de seus requisitos subjetivos (capacidade das partes e livre consentimento), objetivos (objeto lícito, possível, determinado ou determinável) e formais (forma prescrita em lei), que abalam a sua validade, motivando a nulidade absoluta ou relativa (anulabilidade); e, c) exercício do direito de arrependimento convencionado.

1.7.1.1 Nulidade absoluta e relativa

A nulidade absoluta decorre da ausência de elemento essencial do ato, com infração a preceito de ordem pública, dificultando que o contrato produza efeitos desde a sua formação (*ex tunc*). O contrato não pode ser confirmado, nem convalidar-se pelo decurso do tempo (Código Civil, artigo 169). As hipóteses estão previstas nos incisos I a VII do artigo 166 e no artigo 167 do Código Civil.

Como salienta Aguiar Júnior (2003), cuida-se de vício originário, descoberto logo no início da obrigação, causando assim, a ineficácia em sentido amplo (ato nulo é ineficaz), sendo que a decretação da nulidade pode ser pleiteada em juízo a qualquer tempo, por qualquer interessado, podendo ser declarada de ofício pelo juiz ou por promoção do Ministério Público (Código Civil, artigo 168).

Se a hipótese for de nulidade parcial, só quanto a ela poderá ser exercido o direito (Código Civil, artigo 184). Quando cabível a conversão, a procedência do pedido extintivo de nulidade será apenas parcial, onde o juiz declarará qual o negócio jurídico que permanece em vigor (Código Civil, artigo 170).

A anulabilidade, diferentemente da nulidade, não pode ser questionada por ambas as partes da relação contratual, nem declarada *ex officio* pelo juiz. Somente o contraente em cujo interesse foi estabelecida a regra, encontra-se legitimado para pleitear a anulação (Código Civil, artigo 177).

Gomes (2001), lembra que por esse motivo a nulidade relativa não deve fazer parte do rol dos modos de dissolução do contrato, pois se trata tão somente do reconhecimento de que o contrato tem defeitos, o que não lhe tira a relevância jurídica, tendo em vista que permanecerá eficaz enquanto não se impetrar ação que estabeleça tal nulidade, por ter a nulidade relativa efeito *ex nunc*.

Enfim, como pode ser sanada e até mesmo não questionada no prazo prescricional, não findará o contrato enquanto não se impetrar ação que a decrete, sendo *ex nunc* os efeitos da sentença. Apesar de conter vício congênito, é eficaz até sua decretação pelo juiz.

1.7.1.2 Cláusula resolutiva

Na execução do contrato, se o outro não cumpre as obrigações avençadas, cada contraente tem a faculdade de pedir a resolução, pois essa faculdade pode proceder de estipulação ou de presunção legal. Quando as partes a pactuam, diz-se que estipulam a cláusula resolutiva expressa ou pacto comissório expresso, cuja origem remonta à *lex*

commissoria romana, que amparava o vendedor contra o inadimplemento do comprador.

Segundo Gomes (2001), naquela época, o vendedor que depositava confiança no comprador, pois as prestações eram independentes. Entretanto, corria-se o risco de não receber o preço e conseqüentemente perder a coisa, vindo daí a utilidade da cláusula, que na sua ausência, presumia-se estar implícita no contrato.

Nesse contexto, Venosa (2006, p. 498, grifo do autor), conceitua o pacto comissório:

Pode ser conceituado o pacto comissório como a cláusula pela qual se estipula que qualquer das partes opte pela resolução do contrato, se o outro contratante não cumpre a obrigação que lhe compete. Existe uma *cláusula resolutória tácita* em todos os contratos. São diversos os efeitos quando as partes expressamente declinam as conseqüências do descumprimento do contrato.

Presume-se que em todo contrato bilateral ou sinalagmático exista uma cláusula resolutiva tácita, permitindo ao lesado pelo inadimplemento, solicitar a resolução do contrato, com perdas e danos. O artigo 475, do Código Civil proclama que, com efeito que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

O inadimplemento substancial do contrato tem sido visto pela doutrina, como motivo efetivo para a resolução unilateral do contrato.

O Código Civil de 2002 ajustou-se a esse novo modelo, presumindo a cláusula resolutiva expressa sem qualquer restrição, seja quanto à natureza do contrato, seja quanto à parte beneficiada, no artigo 474, onde preceitua que “a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

Segundo Aguiar Júnior (2003, p. 183), a cláusula resolutiva, “apesar de representar manifestação de vontade das partes, não fica excluída da obediência aos princípios da boa-fé e das exigências da justiça comutativa”.

Nesse sentido, a cláusula resolutiva deve se pautar não só pela boa-fé contratual, mas também pela justiça comutativa, sendo que os contratantes devem dar e receber numa proporção matemática. Um contrato é justo quando guarda equivalência nas prestações e seja possível que cada contratante dê ao outro o que lhe é devido.

1.7.1.3 Direito de arrependimento

Quando expressamente disposto no contrato, o arrependimento permite a qualquer das partes a rescindir o ajuste, conforme declaração unilateral da vontade, incorrendo na possibilidade da perda do sinal, ou à sua devolução em dobro, sem, no entanto, pagar indenização suplementar. Configuram-se, *in casu*, as arras penitenciais, previstas no artigo 420, do Código Civil.

Nesse diapasão, Diniz (2006, p. 159, grifo da autora), enfatiza que “havendo mútuo consenso, formar-se-á o contrato e as partes ficarão vinculadas juridicamente, não mais podendo eximir-se do ajuste *ad nutum*. Todavia, a força vinculante da convenção poderá romper-se excepcionalmente, como, p. ex., se houver direito de arrependimento.”

O direito do arrependimento precisa ser exercido antes da execução do contrato ou no prazo convencionado, se nada foi fixado a esse respeito, pois o adimplemento deste importará renúncia tácita àquele direito.

O Código de Defesa do Consumidor faculta o direito de renunciar ao contrato, no prazo de sete dias, sempre que a contratação se der fora do estabelecimento comercial, especialmente quando por telefone ou em domicílio, com direito a restituição do que pagou, sem obrigação de indenizar perdas e danos (Lei nº 8.078/1990, artigo 49).

Cuida-se de caso especial de arrependimento, com dissolução do contrato por ato unilateral do consumidor. O fundamento legal está na presunção de que, por ter sido efetuado fora do estabelecimento comercial, o contrato não foi pactuado com a reflexão necessária⁹.

⁹ No tocante aos contratos concretizados pelo meio eletrônico, oportuno ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação nº 293.216-4/4 - 4ª Câmara de Direito Privado - Comarca de São Vicente - Apelante: Globex Utilidades S/A - Apelado: Reynaldo Soares - Relator: Enio Zuliani - Data do Julgamento: 29/03/2007 - Data de Registro: 15/05/2007 - EMENTA: Consumidor que se arrepende, no prazo do art. 49, da Lei 8078/90, da compra de uma batedeira elétrica e não consegue que a vendedora estorne o pagamento realizado on-line pela operadora de cartão de crédito - Hipótese em que as seis prestações foram faturadas e pagas pelo consumidor, senhor idoso e doente, que, com isso, sofreu abalos emocionais dignos de serem compensados pela indenização por danos morais - Recursos não providos

Deve subsistir a r sentença, por constituir exemplo de que a indenização por dano moral funciona como meta de política persuasiva de mudança de atitude e mentalidade do empresário que se aventura no comércio eletrônico

Considera-se que a indenização caracteriza-se como modelo a ser observado por aqueles que se licenciam a operar no mercado eletrônico, constituindo um sinal de que os direitos dos compradores, mesmo aqueles que se arrependem a tempo, são garantidos pela ordem jurídica. Assim, para que não impere a ilusão da impunidade, é preciso responsabilizar as vendedoras que não estornam os valores decorrentes do desfazimento pelo arrependimento oportuno do consumidor, com a esperança de que elas, sentindo o peso econômico das indenizações, alterem a dinâmica dos serviços e cumpram os misteres do fim do negócio com celeridade. (grifos nossos)

1.7.2 Causas supervenientes à formação do contrato

Verifica-se o desfazimento do contrato em razão de causas posteriores à sua celebração por: a) resolução, como consequência do seu inadimplemento voluntário, involuntário ou por onerosidade excessiva; b) resilição, pela vontade de um ou de ambos os contratantes; c) morte de um dos contratantes, se o contrato for *intuitu personae*; e d) rescisão, modo específico de extinção de certos contratos.

1.7.2.1 Resolução

A obrigação tem em vista a realização de um determinado fim. Portanto, nem sempre os contraentes conseguem satisfazer a prestação acordada, em decorrência de situações supervenientes, que bloqueiam ou atrapalham a sua execução. A extinção do contrato por meio de resolução tem como causa a inexecução ou incumprimento por um dos contratantes.

Segundo Gomes (2001, p. 172), “resolução é, portanto, um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial.”

O inadimplemento pode ser voluntário (culposo), ou involuntário. Caso o devedor não cumpra as obrigações contraídas, o contrato poderá ser executado pelo credor.

1.7.2.2 Resolução por inexecução voluntária

A resolução do contrato por incumprimento é sujeita à condição de que a falta não seja de menor relevância, levando-se em consideração o interesse da parte que sofre os seus efeitos.

Diante dos requisitos necessários para decretação desta modalidade de resolução do contrato, Diniz (2006, p. 168), diz que “para que se opere a resolução contratual por inexecução voluntária, serão imprescindíveis o inadimplemento do contrato por culpa de um os contratantes, o dano causado ao outro e o nexo de causalidade entre o comportamento ilícito do agente e o prejuízo.”

No que diz respeito aos efeitos produzidos, opera-se *ex tunc*, extinguindo o que foi executado e obrigando à restituições recíprocas, sujeitando ainda o inadimplemento ao pagamento de perdas e danos e da cláusula penal, estipulada para o caso de total inadimplemento da prestação (cláusula penal compensatória), em garantia de alguma cláusula especial ou para evitar o retardamento (cláusula penal moratória), conforme os artigos 475 e 409 a 411, do Código Civil.

Oportuno ressaltar que, se o contrato for de trato sucessivo, como o de prestação de serviços de transporte e o de locação, por exemplo, a resolução não produz efeito em relação ao futuro, não sendo devolvidas as prestações já pagas. O efeito será, nesse caso, *ex nunc*.

1.7.2.3 Exceção de contrato não cumprido

Os contratos bilaterais ou sinalagmáticos geram obrigações para ambos os contratantes, envolvendo prestações recíprocas, atreladas umas às outras.

Segundo preleciona Pereira (2005), nos contratos bilaterais os deveres das partes são recíprocas e interdependentes, ou seja, cada um dos contraentes é ao mesmo tempo credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte.

Portanto, se uma delas não é cumprida, desaparece a causa para o cumprimento da outra. Assim, nenhuma das partes, sem ter cumprido o que lhe cabe, pode exigir que a outra o faça.

Conforme prevê o artigo 476, do Código Civil, “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

Portanto, qualquer dos contratantes pode, ao ser demandado pelo outro, utilizar-se de uma defesa denominada *exceptio non adimpleti contractus* ou exceção do contrato não cumprido, para não aceitar a sua prestação, ao fundamento de que o demandante não cumpria a que lhe competia.

Nesse sentido, Rodrigues (2004), salienta que além de recíprocas é elementar que as prestações sejam simultâneas, pois, se assim não for, ou seja, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal prerrogativa. Aduz ainda que a *exceptio non adimpleti contractus* torna inerte a ação do autor, diante da alegação

do réu de não haver recebido a contraprestação devida. Ocorre que, não se discute o mérito do direito arguido, nem o excipiente nega a obrigação, mas apenas contesta sua exigibilidade, diante de não haver o excepto cumprido o contrato.

Aquele que não é capaz de satisfazer a própria obrigação, não pode exigir o implemento da do outro. Se o fizer, o último oporá em defesa a referida exceção, fundada na equidade, desde que as prestações sejam simultâneas.

Monteiro (1997) esclarece que, quando as prestações são sucessivas e não simultâneas, não pode a exceção em análise ser oposta pela parte a que caiba o primeiro passo. Se o momento da execução não foi fixado, subentende-se que se trata de prestações simultâneas. Agora, se ambas se tornarem inadimplentes há a necessidade de se resolver o contrato, mediante a restituição das partes à situação anterior.

É elemento indispensável, para que a exceção do contrato não cumprido seja aceita, que a falta cometida pelo contraente, que está solicitando a prestação do outro sem ter antes cumprido a sua, seja grave, bem como que haja equilíbrio e proporcionalidade entre as obrigações contrapostas.

Nesse passo, a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* não pode prescindir da boa-fé e não deve ser feita sem levar em conta a diversidade de obrigações. Se o descumprimento do credor for considerado moderado, não poderá utilizar isso como justificativa da oposição da citada defesa. Vale ressaltar ainda que, se ambas as partes concorrem com o seu comportamento para a inadimplência, não é justo que uma delas se aproveite da culpa de que partilha e para qual contribuiu.

Ainda segundo Monteiro (1997), se um dos contraentes assumiu cumprir totalmente a obrigação e vem a cumprir somente parte dela, o outro poderá opor a exceção do contrato que foi parcialmente cumprido ou *exceptio non rite adimpleti contractus*. Diferencia-se da exceção *non adimpleti contractus*, pois esta presume completa e absoluta inexecução do contrato, sendo que na prática a primeira é alcançada pela segunda.

A citada cláusula não é muito comum, aparecendo em alguns contratos administrativos, para abrigar a Administração, assim como na compra e venda de móveis (em geral, de máquinas), nos contratos de locação de imóveis residenciais, e de sublocações (em favor do locador). Nas relações de consumo deve ser impedida, em razão da cominação de nulidade a toda cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada (Lei nº 8.078/90, artigo 51).

Assim, o contratante que cumpre no prazo, pode diante o inadimplemento do outro, tomar, a seu critério, três atitudes, sendo uma passiva e duas ativas, a saber: a) continuar parado e defender-se, caso questionado, com a *exceptio non adimpleti contractus*; b) solicitar o cumprimento do contrato, com perdas e danos, demonstrando o prejuízo sofrido; e c) ou, ainda, solicitar a satisfação do contrato, quando possível a execução específica (Código de Processo Civil, artigos 461 e parágrafos, e 466-A a 466-C).

1.7.2.4 Garantia de execução da obrigação a prazo

Ainda como resultado da reciprocidade das prestações elencadas nos contratos bilaterais, o artigo 477, do Código Civil, prevê uma garantia de execução da obrigação a prazo, nos seguintes termos:

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Busca-se acautelar os interesses do que deve saldar sua dívida em primeiro lugar, abrigando-o contra modificações da situação patrimonial do outro contratante. Autoriza-se, por exemplo, o vendedor a não entregar a mercadoria vendida, se ocorrer algum fato posterior à celebração do contrato que ocasione diminuição considerável no patrimônio do comprador, capaz de causar dúvida no cumprimento posterior de sua parte na avença, podendo aquele, neste caso, reclamar o preço de imediato ou exigir garantia suficiente.

No caso anteriormente mencionado, não poderá o comprador solicitar do vendedor a entrega da mercadoria, enquanto não saldar a sua obrigação que é a de efetuar o pagamento do preço ou oferecer garantia suficiente para satisfazê-la. Se impetrar ação judicial para esse fim, poderá aquele opor a exceção de contrato não satisfeito.

1.7.2.5 Resolução por inexecução involuntária

A resolução pode ainda ocasionar de fato não atribuído às partes, como acontece nas hipóteses de ação de terceiro ou de acontecimentos inevitáveis, alheios à vontade dos contraentes, denominados caso fortuito ou força maior, que dificulta o cumprimento da obrigação.

A inexecução involuntária caracteriza-se pela impossibilidade superveniente de solução do contrato. Há de ser involuntária, isto é, não dizer respeito à própria pessoa do devedor, pois este não pode concorrer de nenhuma maneira para que a prestação se torne impossível.

De acordo com Gomes (2001), a impossibilidade deve ser também total, pois se a inexecução for parcial e de pequena proporção, o credor pode ter interesse em que, mesmo assim, o contrato seja cumprido. Há de ser ainda, definitiva. Em geral, a impossibilidade temporária acarreta apenas a suspensão do contrato. Somente se justifica a resolução, neste caso, se a impossibilidade persistir por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixe de interessar ao credor. Mera dificuldade, ainda que de ordem econômica, não se confunde com impossibilidade de cumprimento da avença, exceto se caracterizar onerosidade excessiva.

O inadimplente não fica responsável pelo pagamento de perdas e danos, no caso de inexecução involuntária, exceto se expressamente se obrigou a ressarcir os prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior, ou for o caso do estado de mora (Código Civil, artigos 393 e 399).

A resolução atua de pleno direito, sendo que cabe a intervenção judicial para decretar sentença de natureza declaratória e impor ao contratante a devolver o que recebeu. O resultado da resolução por inexecução ocorrido em consequência do caso fortuito e da força maior é retroativo, da mesma maneira como acontece na resolução por inexecução culposa, com a diferença que, no primeiro caso, o devedor não responde por perdas e danos, mas precisa restituir o que eventualmente tenha recebido, uma vez resolvido o contrato.

1.7.2.6 Resolução por onerosidade excessiva

1.7.2.6.1 A cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão

Embora o princípio *pacta sunt servanda* ou da intangibilidade do contrato seja fundamental para a segurança nos negócios e necessário a qualquer organização social, os negócios jurídicos podem sofrer as consequências de modificações posteriores das

circunstâncias, com quebra insuportável da equivalência. Tal constatação deu origem ao princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva, que se opõe àquele, pois permite aos contratantes recorrerem ao Judiciário para obterem alteração da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações.

A teoria que se desenvolveu com o nome de *rebus sic stantibus* consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários, como uma guerra, por exemplo, que torne excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.

De acordo com Aguiar Júnior (2003, p. 154), na onerosidade excessiva “esse interesse ainda pode existir, tanto que permita a simples modificação do contrato. Também a circunstância de fato que fundamenta o pedido de extinção é, na onerosidade excessiva, estranha às partes, enquanto no incumprimento decorre de fato atribuível ao devedor.”

Nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, o contrato será necessariamente extinto, em razão da absoluta impossibilidade de cumprimento das obrigações contraídas, como é o caso, por exemplo, do locador, impossibilitado de assegurar ao locatário o uso de seu imóvel, em razão de incêndio provocado por um raio, que o destruiu logo após a celebração do contrato.

Em linha geral, o princípio da resolução dos contratos por onerosidade excessiva não se aplica aos contratos aleatórios, porque envolvem um risco, sendo ínsita a eles a álea e a influência do acaso, salvo se o imprevisível decorrer de fatores estranhos ao risco próprio do contrato.

Assinala Pereira (2006, p. 167), que “nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e não do acontecimento imprevisível, como ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito predeterminado.”

1.7.2.6.2 A onerosidade excessiva no Código Civil

O Código Civil de 2002 consolidou o direito à alteração do contrato em situações específicas, dedicando uma seção, composta de três artigos, à resolução dos contratos por onerosidade excessiva.

Dispõe o artigo 478, do Código Civil que, além de exigir que o acontecimento seja extraordinário, imprevisível e excessivamente oneroso para uma das partes, exige-se o requisito da extrema vantagem para a outra, o que limita ainda mais o âmbito de abrangência da cláusula. Críticas têm sido feitas a essa redação, bem como ao fato de não priorizar a conservação do contrato pela sua revisão. A teoria da imprevisão deveria representar, em princípio, pressuposto necessário da revisão contratual e não de resolução do contrato, ficando esta última como exceção.

Aguiar Júnior (2003, p. 148), com sua indubitável sabedoria, ressalta que as cláusulas gerais abordadas de forma conveniente e ampla no Código Civil, permitem ao intérprete:

Encontrar fundamento para a modificação ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique o enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra¹⁰. O que não se ajustar a tais soluções será examinado à luz da regra específica da onerosidade excessiva (artigo 478 do Código Civil). A idéia de ser essa norma usada apenas subsidiariamente decorre do seu enunciado por demais restritivo.

Pode-se aduzir outra vantagem de se considerar de natureza subsidiária a aludida norma: sendo as cláusulas gerais de ordem pública, podem ser aplicadas de ofício pelo juiz, enquanto o artigo 478, do Código Civil exige provocação da parte interessada.

¹⁰ À título de contextualização com o tema da presente dissertação, ressalta-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Recurso Inominado nº 71001490614 - 3ª Turma Recursal Cível - Comarca de Novo Hamburgo - Recorrente: B2w Cia Global do Varejo - Recorrido: Jeanete Schmitt de Oliveira Rother - Relator: Eduardo Kraemer - Data do Julgamento: 27/05/2008. EMENTA: CONTRATO ELETRÔNICO. COMPRA E VENDA. PREÇO. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1- **Evidenciado que o preço fixado no site se encontra equivocado em face dos demais produtos, mostra-se possível o não acolhimento do negócio realizado.**

2- **A boa-fé deve ser exercida por ambas as partes do contrato, impossibilidade do contrato gerar locupletamento de uma das partes.** (grifos nossos)

Recurso provido para julgar improcedente a ação.

Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 17 out. 2010.

Aguiar Júnior (2003) enfatiza que os fatos extraordinários e imprevisíveis, de modo geral inviabilizam a prestação para ambas as partes, sem que isso traga vantagem a uma delas, como acontece nas guerras, revoluções, planos econômicos etc. Assim, o referido autor destaca que em resumo, deve-se entender que, quando a situação não pode ser superada com a revisão das cláusulas, torna-se possível a extinção do contrato em decorrência do fato superveniente. Isso porque:

[...] a) ou o contrato já não tem interesse para o credor, e deve ser extinto em seu favor, ou o contrato impõe ao devedor um dano exagerado, deixando de atender à sua função social (artigo 421 do Código Civil), que é a de ser útil e justo; b) o princípio da igualdade, constitucionalmente assegurado, não permite que o tratamento dispensado preferentemente ao credor que vai receber um pagamento seja diverso do reservado ao devedor de prestação excessivamente onerosa; c) o princípio da boa-fé exige que a equivalência das prestações se mantenha também no momento da execução, inexistente na hipótese de manifesta desproporção de valor entre elas (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 153).

Nessa conformidade, o fato superveniente que provoca a desproporção manifesta da prestação é causa também de resolução do vínculo contratual quando for insuportável para a parte prejudicada pela modificação das circunstâncias, seja o credor ou o devedor.

Presentes os pressupostos exigidos no artigo 478, do Código Civil, a parte lesada pode pleitear a resolução do contrato. Permite, todavia, o artigo 479, do referido diploma que a parte contrária possa, considerando que lhe é mais vantajoso manter o contrato, restabelecendo o seu equilíbrio econômico, oferecer-se para modificar equitativamente as suas condições.

É possível, portanto, dar solução diversa ao problema da onerosidade excessiva, por iniciativa de uma das partes, inibindo a resolução do contrato. Serve o dispositivo de efetividade ao princípio da boa-fé que deve acompanhar a execução dos contratos, em desproveito do enriquecimento sem causa pela parte que recebe, supervenientemente, vantagem excessiva. A modificação será feita segundo juízos de equidade.

Azevedo (1984) aponta que no caso do artigo 480, do Código Civil, a parte prejudicada possa pleitear a redução do montante devido, ou, ainda, a alteração do modo como deve ser efetuado o pagamento, no intuito, sempre, de que se evite a resolução pelo excesso oneroso.

Assim, deve-se ressaltar que o Código Civil de 1916, não continha artigo correspondente a este. O contrato que estabelece obrigações somente para uma das partes mostra-se, em geral, leonino.

1.7.3 Resilição

A resilição não deriva de inadimplemento contratual, mas unicamente da manifestação de vontade, que pode ser bilateral ou unilateral. Resilir, do latim *resilire*, significa, etimologicamente, “voltar atrás”. A resilição bilateral denomina-se distrato, que é o acordo de vontades que tem por fim extinguir um contrato anteriormente celebrado. A unilateral pode ocorrer somente em determinados contratos, pois a regra é a impossibilidade de um contraente romper o vínculo contratual por sua exclusiva vontade.

Contextualizando com o tema ora em comento, Coelho (2005, p. 114, grifo do autor), menciona que:

Classifica-se a resilição em unilateral ou bilateral. No primeiro caso, a dissolução do contrato deriva de negócio jurídico unilateral. Basta que um só dos contratantes declare desfeito o vínculo contratual, para que ocorra a dissolução. No segundo, o contrato é extinto por força de negócio jurídico bilateral, cujo instrumento denomina-se *distrato*. Para essa classe de resilição, todos os contratantes devem concordar com o desfazimento do vínculo que os une.

É importante salientar que a resilição pode ser bilateral, pois em decorrência da vinculação das partes ao contrato, nenhuma delas pode separar-se das obrigações pactuadas por mera declaração unilateral de vontade. A resilição bilateral, em regra, sempre é admissível, enquanto que a unilateral é exceção, pois depende de previsão legal ou contratual para existir.

1.7.3.1 Distrato e quitação

Dispõe o artigo 472, do Código Civil que “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.”

Segundo a lição de Pereira (2006, p. 151), resilição bilateral ou distrato “é a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo.”

Qualquer contrato pode cessar pelo distrato. É necessário, todavia, que os efeitos não estejam exauridos, uma vez que o cumprimento é a via normal da extinção. Contrato extinto não precisa ser dissolvido. Se já produziu algum efeito, o acordo para extingui-lo não é distrato, mas outro contrato que modifica a relação. O mecanismo do distrato é o que está presente na celebração do contrato: a mesma vontade humana, que tem o poder de criar, atua na direção oposta para dissolver o vínculo e devolver a liberdade àqueles que se encontravam comprometidos.

A exigência de observância da mesma forma ordenada para o contrato, feita no citado artigo 472, não deve ser interpretada de forma literal, mas com temperamento: o distrato deve obedecer à mesma forma do contrato a ser desfeito quando este tiver forma especial, mas não quando esta for livre. Desse modo, a compra e venda de imóvel de valor superior à taxa legal, que exige escritura pública, só pode ser desfeita, de comum acordo, por outra escritura pública. Mas o contrato de locação, que tem forma livre, pode ser objeto de distrato verbal, mesmo tendo sido constituído mediante contrato escrito, por exemplo.

Os efeitos do distrato são, efetivamente, *ex nunc* (para o futuro), não se diluindo os originados anteriormente.

1.7.3.2 Resilição unilateral

A resilição, como já se disse, não deriva de inadimplemento contratual, mas unicamente da manifestação de vontade. O fundamento para a sua efetivação seria assim a vontade presumida. Outras vezes, o contrato se baseia na confiança e só perdura enquanto esta existir entre as partes. Por último, os próprios sujeitos reservam-se o direito de arrependimento, sujeitando-se à perda ou pagamento em dobro das arras penitenciais.

A resilição unilateral pode ocorrer somente nas obrigações duradouras, contra a sua renovação ou continuação, independentemente do não cumprimento da outra parte, nos casos permitidos na lei (p. ex., denúncia prevista nos artigos 6º, 46, §2º, e 57 da Lei nº 8.245, de 18/10/1991, sobre locação de imóveis urbanos) ou no contrato.

De acordo com Gomes (2001, p. 186, grifo do autor):

A faculdade de resilição unilateral é suscetível, assim, de ser exercida: a) nos contratos por tempo indeterminado; b) nos contratos de execução continuada, ou periódica; c) nos contratos em geral, cuja

execução não tenha começado; d) nos *contratos benéficos*; e) nos *contratos de atividade*.

A rescisão é o meio próprio para por fim aos contratos por tempo indeterminado. Se não fosse garantido o poder de rescindir, seria impossível ao contratante libertar-se do vínculo se o outro não acordasse.

Ainda segundo Gomes (2001), a rescisão unilateral independe de pronunciamento judicial e produz efeitos *ex nunc*, não retroagindo. Para valer, deve ser notificada à outra parte, produzindo efeitos a partir do momento em que chega a seu conhecimento. É, destarte, declaração receptícia da vontade. Em princípio, não precisa ser justificada, mas em certos contratos exige-se que obedeça à justa causa. Nestas hipóteses a inexistência de justa causa não impede a rescisão do contrato, mas a parte que o rescindiu injustamente fica obrigada a pagar, à outra, perdas e danos.

Dispõe o artigo 473, do Código Civil, inovando que:

A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Na hipótese, em vez de apenas estabelecer o pagamento de perdas e danos suportadas pela parte que teve prejuízos com a dissolução unilateral do contrato, o legislador optou por imputar uma tutela específica, transformando o contrato, que poderia ser extinto por vontade de uma das partes, em um contrato comum, com duração pelo prazo compatível com a natureza e a importância dos investimentos. Em um contrato de comodato de imóvel que não tem prazo fixado, por exemplo, não é sensato que, poucos dias depois de o comodatário se instalar, o comodante requeira a sua restituição, sem a ocorrência de fato superveniente que a justifique.

Nesse sentido, Pereira (2005), enfatiza que, se o comodatário efetuou obras no imóvel para ocupá-lo, esse prazo ainda pode estender-se por muito mais tempo. Certos contratos, todavia, não admitem a incidência da regra do citado parágrafo único do artigo 473, do Código Civil. O de mandato, por exemplo, admite por sua natureza a rescisão incondicional, porque se ampara na relação de confiança entre as partes. Nessas situações resta ao que se sentiu prejudicado, obter indenização pelos danos sofridos, sem a hipótese de extensão compulsória da vigência do contrato.

Quando em um contrato bilateral as partes estabelecem possibilidade de rescisão voluntária mediante declaração unilateral de vontade (como por exemplo no contrato por tempo determinado em que se reservam o direito de resilir *ante tempus*, por meio de aviso prévio), produz ela as consequências do distrato. Apesar da notificação ser unilateral, a cessão do contrato é resultado do ajuste bilateral realizado. Por essa razão, é tratada por alguns autores, como rescisão convencional.

1.7.3.3 Morte de um dos contratantes

A morte de um dos contratantes só ocasiona o rompimento dos contratos personalíssimos (*intuitu personae*), que não terão a faculdade de ser executados pela morte daquele em consideração do qual foi ajustado.

Nesse sentido, Diniz (2006, p. 176, grifo da autora), menciona “p. ex.: extinguir-se-á automaticamente o contrato em que se estipula um concerto a ser executado por famoso pianista, se ele vier a falecer. [...] seus efeitos operam-se *ex nunc*, subsistindo as prestações que tiverem sido cumpridas.”

Nesses casos, ocorre a rescisão automática, visto que é impossível promover a execução do contrato sem culpa, dado que não há como substituir a parte falecida.

1.7.3.4 Rescisão

O termo rescisão é usado entre as pessoas como sinônimo de resolução e de rescisão. Deve ser utilizado, no entanto, em boa técnica, nas hipóteses de dissolução de determinados contratos, como aqueles em que ocorreu lesão ou que foram pactuados em estado de perigo.

Gomes (2001, p. 188, grifo do autor), define rescisão como sendo a “ruptura de contrato em que houve *lesão*. Não é sempre que a lesão determina a dissolução do contrato, porquanto pode ser salvo, restabelecendo-se o equilíbrio das prestações com suplementação do preço.”

A lesão é defeito do negócio jurídico que se caracteriza quando uma pessoa, sob urgente necessidade, ou por inexperiência, aceita a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação assumida pelo outro contraente (Código Civil, artigo 157).

No entanto, o Código Civil não obriga para a caracterização da lesão, a atitude maldosa do outro contratante, denominada “dolo de aproveitamento”. O legislador manifesta preocupação, que se demonstra no artigo 157, de somente proteger o lesado, e não punir o contratante favorecido. O vício pode estar presente ainda que este, ao celebrar o negócio, não tivesse conhecimento da situação de urgente necessidade daquele. O Código Civil apesar de considerar a lesão um vício do consentimento, que torna anulável o contrato (Código Civil, artigo 178, inciso II), faz uma ressalva, no sentido de que não se decretará a anulação do negócio ‘se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito’ (Código Civil, artigo 157, §2º). Privilegia, assim, o princípio da conservação dos contratos.

A título de conclusão e para melhor sintonizar o leitor neste primeiro capítulo, foi adotada uma classificação pormenorizada dos assuntos, com divisões e subdivisões, em estilo claro e conclusivo, sem maiores delongas em aspectos meramente teóricos, mas sempre com a atenção voltada para a *praxis* diária das relações contratuais.

Após feitas as considerações necessárias à teoria contratual clássica e a visão moderna dos contratos, passa-se a discorrer sobre a teoria geral da prova, mais especificamente sobre a prova documental, e o conjunto de conceitos e regras gerais para o estudo do direito probatório.

CAPÍTULO 2 - TEORIA GERAL DA PROVA

“A arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”

Bentham¹¹

2.1 Conceito de prova

A prova é considerada tema essencial do processo civil. O juiz para julgar, necessita de examinar a veracidade de fatos que, no decorrer do processo, tenham-se tornado controvertidos. Para tanto, será indispensável que o mesmo faça uma análise das provas produzidas no processo, que tem o intuito de vislumbrar a veracidade dos fatos apresentados pelas partes, sendo que é por meio das atividades probatórias que o juiz disporá de elementos para decidir sobre a veracidade e a credibilidade das alegações.

Dinamarco (2009, p. 42, grifo do autor) aduz que “na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um *conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.*”

Um exame etimológico do termo, derivado do latim *probatio*, que denota prova, verificação, ensaio, argumento, inspeção, exame, razão, aprovação, confirmação, e que se origina do verbo - *probare* (probo, as, are) - significando provar, verificar, examinar, ensaiar, reconhecer por experiência, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, aprovar, demonstrar; é o princípio da análise do conceito do instituto, mas não o ponto de chegada, certamente.

Percebe-se que do próprio significado do termo ‘prova’, a sua possibilidade de utilização em diversos sentidos. No campo processual o termo é empregado em diferentes acepções, o que complica o entendimento da sua exata conceituação, pois:

- pode significar a produção de atos que auxiliem no convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório. Nesse sentido, o autor tem o encargo de provar, ou seja, de praticar os atos relativos à formação do convencimento do juiz;
- pode denotar o próprio meio pelo qual a prova será engendrada (prova documental,

¹¹ Jeremy Bentham, eminente jurista e filósofo inglês do século XVIII (nascido em 1748)

prova testemunhal etc.);

- pode exprimir a coisa ou pessoa da qual se tira informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha);
- pode significar o produto do convencimento do juiz, como por exemplo - ‘esse fato está devidamente provado nos autos’.

Há doutrinadores que conceituam as provas, como sendo os meios ou elementos que auxiliam para a formação do convencimento do juiz a respeito da existência de determinados fatos, enquanto que outros têm a ideia clara de que a prova é a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo.

Nesse sentido, Silva (2006, p. 320, grifo do autor), menciona que:

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra *prova* não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio *instrumento* utilizado, ou o *meio* com que a prova se faz.

Ainda, há os que enxergam a prova como um conjunto de atividades de demonstração e verificação, com o objetivo de alcançar a verdade relativa às alegações de fatos que sejam importantes para o julgamento:

Como ensina Theodoro Júnior (2010, p. 421, grifo do autor), há dois sentidos em que a prova pode ser examinada:

a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

O direito fundamental à prova tem caráter instrumental, tendo em vista que promove grande influência no convencimento do julgador, onde sua finalidade é basicamente o alcance de uma tutela jurisdicional digna. No entanto, há sempre que buscar dar efetividade a tal direito.

Cambi (2001, p. 166), esclarece ainda que “nesse contexto, a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam.”

Tendo em vista o objeto de estudo da presente dissertação e a importância do tema em comento, dar-se-á maior ênfase à prova documental (Código de Processo Civil, artigos 364 a 399).

Ademais, percebe-se que por razões de segurança jurídica, as pessoas buscam documentar suas relações, e em razão da celebração verbal dos contratos estarem cada vez mais rara, onde suas hipóteses são quase sempre restritas a negócios de pequeno valor.

No tocante aos contratos eletrônicos, oportuno ressaltar que conforme preceitua o princípio da equivalência funcional, a compreensão de que o registro por meio eletrônico do contrato firmado cumpre todas as funções do papel, de modo que as certezas e incertezas que surgirem no contrato eletrônico não diferem daquelas possíveis nos contratos tradicionais.

Nesse sentido, a forma escrita do contrato não é pressuposto para sua validade probatória, e por carecer de normas específicas quanto ao tema em questão, os documentos eletrônicos podem ser admitidos como meio de prova com fundamento no art. 332, do Código de Processo Civil, que traz um rol meramente exemplificativo, sendo admitido qualquer meio de prova desde que legítimo, e portanto, estão incluídos os contratos eletrônicos.

2.2 Classificação da prova

As provas classificam-se de acordo com o objeto, sujeito e a forma pela qual são apresentadas.

Quanto ao objeto, podem ser *diretas* ou *indiretas*. Prova direta ocorrerá quando conservarem com o fato probando uma relação imediata, como por exemplo, o recibo de quitação, que é uma prova direta do pagamento, sendo que o instrumento é a prova direta da celebração de um contrato. Prova indireta ocorrerá quando se referir a fato diverso daquele que se pretenda provar, mas que admita, por meio de raciocínios e induções, alcançar à convicção a respeito do fato probando. As provas indiretas são vistas como presunções e indícios.

Nesse sentido, Santos (2000, p. 330), esclarece que:

Enquanto na prova direta a conclusão objetiva é conseqüente da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade maior do raciocínio, na indireta o raciocínio reclama a formulação de hipóteses, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim trabalhos indutivos maiores ou menores, para se atingir a verdade relativa ao fato probando.

Quanto ao sujeito, a prova pode ser **pessoal** ou **real**. Prova pessoal ocorrerá quando contiver em declaração ou afirmação prestada por alguém a respeito da veracidade de um fato, como por exemplo, o depoimento pessoal e a prova testemunhal. Prova real ocorrerá quando for obtida do exame de uma coisa ou pessoa, como acontece na perícia.

A título de corroborar com o entendimento acima, ainda o ilustre Santos (2000, p. 330, grifo do autor), conceitua e elenca alguns exemplos:

Prova *pessoal* é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados. A testemunha que narra fatos que viu, o documento de confissão de dívida, a escritura de testamento são provas pessoais. Prova *real* de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu. A carreira de bambus, nos limites entre dois imóveis; as trincas nas paredes; o ferimento, o terror, o desespero são autênticas provas reais.

Nesse contexto, pode-se verificar que apenas a parte pode prestar depoimento, sendo que não é permitido, em regra, que o advogado deponha em seu lugar, mesmo se tiver poderes expressos para tanto, tendo em vista que a finalidade é apresentar claramente os fatos vivenciados pela parte. Trata-se de atividade pessoal e indelegável.

Mas, como em toda regra, comportam exceções: se o procurador autorizado, mediante procuração com poderes expressos, passa a ter conhecimento dos fatos; pode depor em nome de quem lhe conferiu os referidos poderes. Outra exceção é a do preposto que representa uma pessoa jurídica. E, em determinadas situações, que usualmente a pessoa conheça os fatos conflituosos, mas que não é aquela cujo contrato social (ou estatutos) aponta para representá-la em juízo.

Por último, quanto à forma, a prova pode ser **testemunhal**, **documental** ou **material**, e aproveitando ainda dos ensinamentos de Santos (2000, p. 330, grifo do autor), como segue:

Testemunhal, no sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas testemunhais, ou *orais*, se compreende as produzidas por testemunha, depoimento de parte, confissão, juramento. *Documental* é a afirmação escrita ou gravada: as escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos fotografias etc. Diz-se prova *material* a consistente em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.

Deve-se ressaltar que, no processo civil, o documento ainda é considerado prova de muita valia, à qual é conferida certa preeminência, tanto que se provado o fato por documento, não se produz prova testemunhal, e existem determinados fatos que só por meio de documento podem ser provados.

No tocante à classificação da prova eletrônica, infere-se que o documento eletrônico está equiparado à prova documental, e portanto tem a mesma credibilidade¹².

2.3 Objeto da prova

Nem tudo o que se discute no processo precisa ser comprovado. O objeto da prova são exclusivamente os fatos. O direito não se prova, porque deve ser do conhecimento do juiz. Quando muito, ele pode exigir que a parte prove a vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário o que constitui exceção à regra do *jura novit curia*, que se justifica porque não é dado ao juiz conhecer normas jurídicas do mundo inteiro, de todos os Estados e Municípios e ainda as regras consuetudinárias (Código de Processo Civil, artigo 337).

¹² Contextualizando com o tema ora em comento e no tocante à credibilidade das transferências de documentos eletrônicos, ressalta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 15.597 - CE (2002/0155543-3) - Recorrente: Associação Cearense de Supermercados - Acesu e Outros - Recorrido: Estado do Ceará - Relator: Ministro Herman Benjamin - EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. TRANSMISSÃO ELETRÔNICA DE DADOS. LEGALIDADE. RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO DO SIGILO FISCAL NÃO-COMPROVADA. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO A ATACADISTAS. ISONOMIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

8. **O direito ao sigilo fiscal deve ser sempre garantido, qualquer que seja o meio pelo qual os dados fiscais são fornecidos pelo contribuinte (em papel ou por meio eletrônico).** Ausência de relação entre a forma de entrega das informações e o direito invocado.

9. **A impetrante não aponta caso concreto de violação do sigilo, apenas especula que "é do conhecimento geral da população que a transmissão eletrônica de dados é algo extremamente fácil de ser violado".** Inexiste prova de que o direito ao sigilo fiscal tenha sido desrespeitado. (grifos nossos)

Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=4655448&sReg=200201555433&sData=20090324&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 out. 2010.

Nesse sentido, Dinamarco (2009, p. 68, grifo do autor), adverte que:

[...] Nem sempre haverá acesso razoavelmente fácil aos atos e publicações dos Estados federados e, menos ainda, de Estados estrangeiros ou dos municípios em geral; o *direito costumeiro*, nem sempre objeto de registros idôneos e suficientemente divulgados, também pode ser uma incógnita para quem vai julgar [...].

Na verdade, o que se prova nesses casos não é basicamente o direito, mas a sua validade. Isso pode ser realizado por meio de certidões ou, no caso de direito estrangeiro, por pareceres de juristas do outro país ou ainda por juristas locais que tenham vasto conhecimento das leis estrangeiras.

Mas os fatos são necessariamente o objeto essencial da prova. Ademais, nem todos precisam ser demonstrados, pois se faz necessário, antes de tudo, que eles sejam importantes para o julgamento do processo. O juiz não deverá acatar a produção de provas quando elas não tenham qualquer importância para o julgamento da causa. São irrelevantes os fatos que não têm qualquer relevância, que não influenciarão o julgamento do pedido ou que não guardam pertinência com a questão litigiosa.

A doutrina mais atual, no entanto, nega a conclusão de que os fatos da causa constituem o objeto da prova.

Partilhando desse entendimento, Dinamarco (2009, p. 57, grifo do autor), leciona:

[...] *provar* é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O *fato* existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. Não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mentiras. As alegações, sim, é que podem ser verdadeiras ou falsas - e daí a pertinência de *prová-las*, ou seja, demonstrar que são boas e verdadeiras.

Mas, mesmo entre os fatos importantes, existem alguns que não necessitam da sua comprovação. O artigo 334, do Código de Processo Civil, os enumera:

a) Os notórios: os de conhecimento geral, tomando-se por base o homem médio, que pertence a uma coletividade ou a um círculo social, na região em que o processo tem o seu trâmite. Não é necessário que o fato seja conhecido por todos, bastando que as pessoas da região tenham conhecimento, no tempo em que o processo tramita e no momento em que o juiz deva decidir.

No tocante aos fatos notórios, Dinamarco (2009, p. 63, grifo do autor), destaca uma ponderação relevante:

Mas, como a notoriedade de fatos é em si excepcional, mesmo neste mundo das telecomunicações globais eletrônicas, não se pode liberalizar imprudentemente o seu conceito e extensão, a ponto de dispensar a prova à vista de meros rumores, *boataria* ou mesmo *certa publicidade pela imprensa*: é necessário que o conhecimento do fato *integre o comumente sabido, ao menos em determinado estrato social*.

Contextualizando com o tema em comento, ainda o referido autor (2009), relata o caso do jogador de futebol Edmundo, condenado por um juiz do Estado do Rio de Janeiro, que arbitrou a pena além do mínimo legal, sob o pretexto de que o mesmo possui personalidade desrespeitosa, agressiva e debochada, o que é do conhecimento geral de toda a população brasileira.

b) Os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária: não é preciso a prova dos fatos incontroversos, pois a confissão a que se refere este dispositivo pode ser aquela manifestada pela parte, ou a ficta, que advém da revelia ou do descumprimento do ônus da impugnação especificada dos fatos, quando eles produzirem efeitos (Código de Processo Civil, artigo 302).

Importante ressaltar as considerações de Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 46, grifo do autor), no sentido de que “quanto aos fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, há um equívoco do legislador em dizer que eles independem de prova. Na verdade, a própria confissão, conforme se verá mais adiante, é um meio de prova. Assim, mais correto seria dizer que, quando confessados, os fatos independem de *outro* meio de prova.”

c) Os admitidos no processo, como incontroversos: existe determinada superposição entre esta hipótese e a anterior, tendo em vista que os fatos confessados, expressa ou fictamente, são incontroversos.

A esse respeito, Theodoro Junior (2010, p. 424, grifo do autor), ressalta que “também o *fato incontroverso* não é objeto de prova, porque prová-lo seria inutilidade e pura perda de tempo, em detrimento da celeridade processual que é almejada como ideal do processo moderno.”

Mas há fatos incontroversos que se subordinam a produção de provas, como os enumerados nos incisos dos artigos 302 e 320, do Código de Processo Civil, em que a revelia não produz efeitos. Assim, mesmo que não haja contestação ou impugnação

especificada dos fatos, o juiz ordenará a produção de provas. Neste caso, nem sempre a incontroversa a dispensará.

d) Aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade: há casos em que o legislador faz supor, de forma absoluta ou relativa, a verdade de determinados fatos. A presunção relativa, *juris tantum*, é a que aceita prova em contrário, e a absoluta, *juris et de jure*, não.

A alegação em relação à qual busca uma presunção de veracidade não necessita ser provada. Se a presunção for relativa, a parte que a manifestou não precisará produzir provas, mas a parte contrária poderá fazê-lo, para demonstrar-lhe a inveracidade; porém, se a presunção for absoluta, não será aceita a produção de provas em contrário.

A revelia, por exemplo, ocasiona uma presunção de veracidade relativa, que pode sucumbir diante dos elementos contrários que ajudam na formação da convicção do juiz.

As presunções podem ser fixadas pelo próprio legislador, como as ocasionadas da revelia ou da culpa do patrão por ato do empregado. São as chamadas presunções legais. Mas podem, ainda, originar-se da observação do que normalmente ocorre, como se dá com a presunção de culpa daquele em que, em acidente de trânsito, colide na traseira do veículo que segue à frente. É a denominada presunção simples ou *hominis*.

Conforme Cambi (2001) as presunções não se misturam com os indícios, indicativos da veracidade de um fato, mas que, por si só, não seriam suficientes para prová-lo. A união de diversos indícios, ou a sua verificação em conjunto com as demais particularidades, pode levar à prova do fato. Também, as presunções não se confundem com as provas, pois conforme a melhor doutrina, nota-se que a primeira é um ponto de chegada (correspondente ao conhecimento angariado pelo juiz) e a segunda, um ponto de partida (algo que dá a faculdade ao juiz adquirir o conhecimento de algum fato).

Ressalta-se por oportuno que no âmbito das contratações eletrônicas, o próprio contrato eletrônico é o objeto de prova. E as decisões sobre os direitos originados recebem o foco deste objeto.

2.4 Fontes e meios de prova

Não se confundem os conceitos de fonte e meios de prova, pois as fontes são elementos externos ao processo, dos quais se podem colher informações importantes para a comprovação do alegado. Uma pessoa que conheça os fatos e que pode prestar o

seu depoimento é uma fonte de prova. Um objeto cuja análise permita resolver questões de fato relevantes para o processo também é uma fonte.

Nesse sentido, Dinamarco (2009, p. 87, grifo do autor), leciona que:

São fontes de prova admitidas no processo civil brasileiro *todos os seres materiais ou imateriais capazes de gerar informações, sem nenhuma exclusão em tese*. Esses seres geradores de prova são de toda natureza que se possa imaginar - desde pessoas ou animais vivos ou mortos, até papéis escritos, lançamentos contábeis, fotografias, fitas, CDs, DVDs, objetos ou peças deles, discos rígidos ou flexíveis de computador, o próprio computador se for o caso, sons, emanações odoríferas *etc*. Nenhuma espécie de fonte passiva é excluída *a priori* e sequer ao mais obscuro dos escritos ou reproduções gráficas é negada a condição de fonte probatória - até porque pode servir de prova de uma obscenidade alegada pela parte. As hipóteses de ilicitude da prova são outras e não se ligam ao próprio modo-de-ser das fontes.

Com elas não se confundem os meios de prova, que são os métodos gerais utilizados no processo para a averiguação do fato. Os meios de prova são internos ao processo e genéricos, enquanto que as fontes são externas e específicas.

Greco Filho (2007, p. 199), refere-se aos meios de provas como “[...] os instrumentos pessoais ou materiais trazidos ao processo para revelar ao juiz a verdade de um fato.”

Para que os meios de provas sejam aceitos, não devem estar viciados pela imoralidade, que os tornam ilegítimos. Tal condição se transfere não somente aos meios de prova expressamente elencados no Código de Processo Civil, mas também àqueles que não estão previstos.

Interessante ressaltar o posicionamento de Carnelutti (2002, p. 99, grifo do autor), no sentido de que só pode falar-se na contraposição entre meio e fonte de prova quando se estão estudando as chamadas *provas indiretas*¹³. O referido autor italiano conclui que:

Não tenho necessidade de acrescentar, como é natural, que não faço aqui uma questão de palavras e que, portanto, não atribuo importância alguma a como sejam chamados os dois conceitos, senão ao fato de que sejam designados com nomes distintos ou, pelo menos, a que se acentue de algum modo a diferença entre eles. Enquanto isso, e até

¹³ Para Francesco Carnelutti, *provas indiretas*, são aquelas provas por meio das quais o juiz tem acesso ao fato que se quer provar a partir da percepção de outro fato, que o representa. Por exemplo: o depoimento de uma testemunha por si só já é um fato da vida; é por meio dele que o magistrado chega ao fato que se pretende provar. Portanto, o objeto de percepção do juiz aí é o depoimento; o objeto da prova, contudo, é o fato sobre o qual se presta o depoimento.

que não se proponha uma terminologia melhor, chamo por minha conta *meio de prova* a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e *fonte de prova* do qual se serve para deduzir a própria verdade.

O Código de Processo Civil não elencou, taxativamente, os meios de provas, estabelecendo no artigo 332 que, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” São meios típicos o depoimento pessoal das partes, a prova documental, a prova testemunhal, a confissão, a exibição de documento¹⁴ ou coisa, a prova pericial e a inspeção judicial. Porém, além desses, outros meios atípicos são permitidos, desde que lícitos e moralmente legítimos.

A confissão, que por um bom tempo foi vista como a ‘rainha das provas’, não é necessariamente um meio de prova. Na verdade, ela é uma manifestação da parte, que reconhece a verdade de um fato que não lhe é favorável, o que torna desnecessária a produção de provas a seu respeito.

Cada um dos meios tem a forma e o momento conveniente para sua produção. Hoje, se discute a respeito da possibilidade de produção de provas atípicas, como as que não estão previstas no ordenamento jurídico, desde que lícitas. O nosso artigo 332 não admite quaisquer dúvidas a respeito, onde o rol de provas mencionado na lei é *numerus apertus*. Como exemplos de provas atípicas podem-se citar a prova cibernética, a prova emprestada, a reconstituição de fatos, as constatações feitas por oficial de justiça e até, em casos excepcionais, o comportamento extraprocessual das partes, como entrevistas concedidas à imprensa, que, a princípio não são importantes, mas podem eventualmente auxiliar na formação da convicção judicial.

Nesse sentido, os contratos eletrônicos podem ser utilizados tanto como fonte, quanto meio de prova, pois conforme visto acima, outros meios atípicos são permitidos,

¹⁴ Contextualizando com o tema da presente dissertação, oportuno mencionar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apelação nº 0174657-69.2007.8.19.0001 - 9ª Câmara Cível - Apelante: Itaú Unibanco S.A. - Apelado: Gizelda Dias da Silva - Relator: Roberto de Abreu e Silva - Data do Julgamento: 28/09/2010 - EMENTA: EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. **CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS ELETRÔNICOS E PLANILHAS. DECISÃO. ART. 557, “CAPUT” DO CPC. AGRAVO LEGAL. A exibição de documentos tem como escopo assegurar a prova e evitar o risco de uma ação mal proposta ou deficientemente instruída, não comportando qualquer outra discussão. Demais, princípio do acesso à Justiça (art. 5º, LV, da CRFB/88) pressupõe o cumprimento do devido processo legal em regular instrução do processo. RECURSO PRINCIPAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO LEGAL.** (grifos nossos)

Disponível em:

<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000387945E9775CD20E92C561A8EFFB84642DEC40251184C>>. Acesso em: 17 out. 2010.

desde que lícitos e moralmente legítimos.

2.5 Direito à prova no processo civil

Encontra-se na doutrina uma forte inclinação na defesa da natureza constitucional do direito à prova, que, apesar de não estar expressamente previsto no texto maior, seria em razão da moderna visão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, disposto no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, atualmente verificado à luz do acesso à ordem jurídica justa.

De acordo com Dinamarco (2009), no centro dessa recente visão do princípio constitucional, notadamente preocupada com a qualidade da prestação jurisdicional, está o direito à prova, que resguardará o efetivo exercício do devido processo legal, em especial o respeito ao contraditório. A garantia do devido processo legal e do contraditório, ambos resguardados de maneira expressa por nossa Constituição Federal, alcançam o direito à prova no processo civil ao patamar constitucional.

Nesse contexto, o direito à prova é sem sombra de dúvidas um dos mais reverenciados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo, pois engloba as garantias do justo processo, enunciada na Constituição Federal nos princípios do contraditório e da ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o *due process of law*. (Constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV)

Nery Júnior (1997, p.27) adverte que bastaria que fosse acolhido o *due process of law* para que estivessem asseguradas aos litigantes todas as garantias e o direito a um processo e a uma sentença justa. “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”. Portanto, este é o princípio que constitui a base de todos os demais.

Esse direito à prova, no entanto, apesar de erguer-se ao patamar constitucional, normalmente não é soberano, aliás, como qualquer outro direito, encontra restrições tanto no plano constitucional como no infraconstitucional. A eliminação de uma prova no processo judicial sempre trará prejuízos, causando, assim, um mal, que somente se justificará quando for considerado um mal menor se correlacionado com os outros valores e garantias que seriam maculados para a aceitação da prova. Reconhece-se que a

restrição à procura da verdade seja algo maléfico, mas que em diversas hipóteses pior seria a permissão no caso concreto de sua utilização.

Nesse diapasão, Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 20), ressaltam que:

Deve-se assegurar, pois, o emprego de todos meios de prova imprescindíveis para a corroboração dos fatos. Mas tal assertiva não deve ser encarada de modo absoluto; não se trata de direito fundamental absoluto. O direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, excepcionalmente, quando colida com outros valores e princípios constitucionais. Em tais casos, invocar-se-á o princípio da proporcionalidade e, à luz do caso concreto, decidir-se-á qual dos valores merece prevalecer.

Além da verificação de que nenhum direito é absoluto, e dessa maneira também não poderia sê-lo o direito à prova, há outro relevante elemento a afastar qualquer pensamento que direcione em sentido contrário. A obtenção da verdade não é um fim em si mesmo, e para ser alcançada deve ser valorada e ponderada sobre os outros alvos buscados pelo processo.

Por mais relevante que seja a procura e obtenção da verdade alcançável, jamais poderá ser aceito que a busca da verdade seja o único objetivo no processo. Tal pensamento, além de não ser devido, limita-se a tão somente um dos diferentes escopos do processo. Faria com que a procura pela verdade fosse algo soberano, sem fronteiras, admitindo-se qualquer espécie de prova, produzida de qualquer forma, e em qualquer fase do processo, o que inclusive nos levaria de volta à época da barbárie, com a admissão, por exemplo, da prova angariada por meio de ameaça ou tortura. A busca da verdade é o que legaliza a atividade jurisdicional, mas não deve ser considerada um fim em si mesmo.

A obtenção da verdade, ou da meia verdade, faz parte de uma classe de escopos do processo, e com eles precisará conviver da melhor maneira possível. A função satisfeita pela prova no processo, no entanto, não deve ser atingida a algo absoluto ou que não necessita sofrer limitações, sob pena de complicadas e inaceitáveis distorções. A verdade nem sempre será considerada a grande preocupação do operador no caso concreto, e nem assim poder-se-á apontar que a atuação jurisdicional tenha sido viciada. A mera procura pela verdade já será o bastante para legitimar a decisão judicial.

Guardadas as devidas proporções ao meio eletrônico, ressalta-se que a aceitação do contrato eletrônico como instrumento válido de prova no processo civil, deve ser pautada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, em obediência à

garantia do devido processo legal.

2.6 Poderes instrutórios do juiz

O disposto no artigo 130, do Código de Processo Civil deixa evidente que ao julgador não cabe mais o papel passivo, de simples espectador, que se restrinja à busca pela verdade formal dos fatos, na forma como ela é trazida pelas partes.

Nesse sentido, Silva (2005, p. 34), ressalta que:

É certo que o processo não é um jogo onde vence o mais forte, o mais poderoso o mais esperto, o processo é um instrumento de justiça através do qual espera-se entregar o direito a quem de direito, de modo que a inércia do julgador certamente poderá comprometer a pacificação social pretendida pela atividade jurisdicional.

A solução mais adequada ao deslinde do processo, objeto de busca incessante pelo magistrado, requer que ele deixe essa posição passiva e passe a intervir diretamente na produção da prova. A busca necessita ser sempre a da verdade real, mesmo que o processo consista exclusivamente sobre interesse disponível. Mesmo assim, há sempre um interesse não disponível de que o juiz não deve abrir mão, onde o processo tenha a solução mais justa possível.

Segundo Bedaque (1994) o resultado do processo interessa às partes e também ao Estado, razão pela qual a iniciativa probatória deve ser recomendada ao juiz e não somente deixada nas mãos dos litigantes.

Ademais, é sempre bom lembrar que o juiz que se esquiva em decretar a produção de uma prova importante para o processo, estará sendo parcial ou realizando sua função sem esmero; enquanto que o juiz que ordena a realização da prova de ofício, especialmente por que necessite apenas a descoberta da ‘verdade’, e não àquele que procede vitorioso (o autor ou o réu). Estará assim, almejando a verdadeira efetividade do processo.

Nesse diapasão, Wambier e Talamini (2010, p. 483), ressaltam a intenção do processo:

Ademais, é dever processual da parte, colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339), dever do qual ninguém se exime. Recorde-se que o escopo do processo não é o de meramente solver pendengas pessoais, mas o de dar razão a quem efetivamente a tem, o que constitui interesse público relevante.

Apenas quando não se conseguir apurar a verdade real, em razão de se ter esgotadas as provas que conduziriam ao seu esclarecimento, é que o juiz poderá julgar com base nas regras do ônus da prova. Se ainda existir meios que lhe permitam esclarecer a verdade dos fatos, ele não pode ser intimidado pela inércia das partes, devendo determinar de ofício a sua produção.

O tradicional princípio dispositivo que confere às partes, de forma exclusiva, a atividade probatória, deve ser mitigado. A jurisdição é uma atividade pública, e a solução dos conflitos de interesse de forma pacífica é um objetivo a ser alcançado de maneira incessante. Se o juiz aceitasse de maneira omissa, contentando-se com a verdade formal, quando existem meios para conseguir a verificação da verdade real; haveria grave risco à execução da função jurisdicional, e a ameaça de eventuais injustiças se faria presente com muito mais frequência do que se poderia imaginar.

A intervenção na produção de provas pelo juiz pode também ser empregada para garantir a igualdade real entre as partes, que é reclamada pela Constituição Federal e pelo inciso I, do artigo 125, do Código de Processo Civil. Pode acontecer que uma das partes esteja em posição de inferioridade em relação à outra. A dificuldade econômica, por exemplo, pode dificultar que a parte contrate um bom advogado para lhe assegurar o pleno exercício de seus direitos processuais e não requeira as provas suficientes para a apuração do seu direito.

O juiz, verificando essa particularidade, não deverá ter receio de intervir na atividade probatória, pois a igualdade reclamada pela lei processual não é a meramente formal, mas a real.

Contextualizando com o tema, Silva (2005, p.35), ressalta a importância do tratamento igualitário entre as partes:

O princípio da isonomia não admite que o juiz contemporâneo tenha uma posição complacente, uma visão puramente formal do princípio, se constatar a existência de desigualdade entre as partes deve atuar de forma concreta e efetiva, promovendo a igualização, procurando, assim, manter o equilíbrio dos interessados, conferindo amplas e iguais oportunidades para alegar e provar.

Por isso, pode ele, de ofício, ordenar a elaboração daquelas provas que não tenham sido solicitadas pela parte mais indefesa, por desconhecimento ou indolência de seu procurador. A negligência do juiz, em casos como esse, é que colocaria em risco a sua imparcialidade, tendo em vista ser possível que a razão venha da parte mais

indefesa, e que ela não esteja conseguindo demonstrá-la em decorrência da desigualdade que se estabeleceu no processo.

Comungando deste entendimento, Dinamarco (2009, p. 52, grifos do autor), ressalta o dever do magistrado em observar a paridade de armas entre as partes no processo:

Além disso, as *desigualdades econômicas e culturais* são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processo à produção de resultados distorcidos em razão de insuficiências probatórias resultantes das desídias daquele que não se defendeu melhor porque não pôde; e, por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a *paridade em armas* que o princípio isonômico exige.

Portanto, tem o juiz ampla liberdade para ordenar, de ofício, as provas que lhe pareçam elementares e necessárias ao esclarecimento da verdade, e ainda para assegurar a igualdade real de tratamento entre as partes.

Da mesma forma, no intuito de esclarecer pontos obscuros, contraditórios ou ambíguos dos contratos eletrônicos, recomenda-se ao juiz uma postura ativa na produção de provas, possibilitando assim trazer à tona a verdade real.

2.7 Ônus da prova

As partes não têm a obrigação de produzir as provas, mas o dever de fazê-lo. Ônus são atividades que as partes produzem no processo em seu próprio proveito. A lei não obriga as partes a realizarem provas, entretanto, se isso ocorrer, obterão o benefício de demonstrar suas alegações, e, se omitirem, sofrerão os efeitos da ausência disso.

Antes do ônus de provar, as partes devem primeiramente alegar. Cabe ao autor, na petição inicial, informar os fatos que são constitutivos do seu direito¹⁵; e ao réu, na

¹⁵ Contextualizando com o tema da presente dissertação e objeto de estudo do próximo capítulo, oportuno ressaltar que a prova do contrato eletrônico não é indispensável no momento da propositura da petição inicial, conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Agravo de Instrumento 991090463219 (7405559300); Relator: Alexandre Lazzarini; Comarca: São Paulo; Orgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/10/2009; Data de registro: 10/11/2009.

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de Cobrança. **Exigência de apresentação do contrato eletrônico para admissão da petição inicial.** CPC, art. 283. **Documentos que embora importantes, não são indispensáveis.** Recurso provido. (grifos nossos)

Disponível em:

<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=E57B50347107D0EB478F41494CE12222>>

Acesso em: 18 set. 2010.

contestação, demonstrar eventuais fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Isso é de muita relevância, porque o juiz fica adstrito ao decretar o julgamento, aos fatos alegados pelas partes. Ele não pode levar em conta fatos que não tenham sido solicitados por elas.

O ônus da prova pode ser visto sob o aspecto **subjetivo** e o **objetivo**. Do ponto de vista subjetivo, ele representa uma distribuição de encargos entre as partes, cabendo a cada qual provar as alegações que manifestou, no sentido de convencer o juiz da sua veracidade. Sob esse aspecto, as regras do ônus da prova são direcionadas às partes. O legislador aponta a cada uma de quem é a incumbência de apresentar determinada prova. A parte a quem ele compete já tem a consciência, então, que se desobrigar do referido ônus, sofrerá os efeitos negativos do descumprimento.

Mas este também deve ser verificado sob o aspecto objetivo, pelo qual as regras do ônus da prova não seriam direcionadas às partes, mas ao juiz, para guiar o julgamento, pois ele não pode omitir-se de dar sentença, aduzindo que não estava totalmente convencido a respeito dos fatos que embasam o pedido e a defesa. Não pode proferir o *non liquet*.

Nesse sentido, Moreira (1988, p. 74, grifo do autor), tece comentários a respeito do ônus subjetivo ou formal e do ônus objetivo ou material:

O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, a propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (*ônus subjetivo ou formal*). A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (*ônus objetivo ou material*).

Se o juiz não estiver convencido, deve solicitar as provas que entender necessárias para a verificação do ocorrido. Porém, se faz necessário reconhecer que existem casos de dúvida que não se pode sanar, mesmo após o encerramento da instrução, e não havendo mais provas possíveis de esclarecer os fatos, o juiz ainda não se convenceu, não formou sua convicção a respeito do ocorrido.

Como ele tem de decidir, a sentença será embasada no ônus da prova. O juiz então se questionará qual das partes tinha a incumbência de fazer a prova. Se era o autor, e ele não o fez, o litígio será julgado improcedente; se era o réu, será procedente. Mas, antes de pronunciar o seu veredicto aplicando essa regra, o juiz deverá tentar esclarecer o ocorrido. Somente quando houver dúvida invicta é que recorrerá ao ônus da prova.

É sob esse aspecto bifronte que a matéria deve ser observada com cautela. A princípio, o ônus da prova é a regra da decisão, que precisa ser empregada pelo juiz apenas em casos de dúvida invencível quanto aos fatos apresentados pelas partes; mas, estabelece também um norte para elas, que já têm o conhecimento antecipado de quais serão os efeitos, caso não sejam produzidas provas suficientes para a formação da convicção do juiz.

A aplicação ampla e irrestrita do princípio dispositivo demandaria examinar o ônus da prova somente sob o ponto de vista subjetivo, o que não justifica que o juiz dê o seu parecer sobre o pedido em prejuízo de uma das partes apenas se ela não solicitou provas, quando ele ainda não tem plena convicção a respeito da veracidade real. Mesmo que a parte interessada em realizar a produção da prova não a tenha solicitado, o juiz que ainda não se convenceu deverá ordenar a produção da prova de ofício, lembrando que o ônus da prova é regra de julgamento que só deve ser utilizada em caso de dúvida invencível.

Essa é a concepção atual, ou seja, o juiz precisa utilizar primeiro os poderes que o artigo 130, do Código de Processo Civil lhe confere e só então, em caso de impossibilidade de apuração da verdade real, utilizar-se das regras do artigo 333, do mesmo diploma legal.

Contextualizando com o ônus da prova nos contratos eletrônicos, oportuno ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁶, no sentido de que cabe

¹⁶ Nesse sentido, contextualizando com o tema ora em comento, ressalta-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1.300.668-9 - Comarca: São Paulo - 11ª Câmara de Direito Privado - data do julgamento: 12/06/06 - Relator: Gilberto Pinto dos Santos.

EMENTA: CONTRATO – CARTÃO DE CRÉDITO – COBRANÇA DE SALDO DEVEDOR – AUSÊNCIA DE PROVA HÁBIL DA ADESÃO AO SISTEMA, BEM COMO DA EFETIVA UTILIZAÇÃO DO CARTÃO PELA RÉ – IRRELEVÂNCIA DE QUE OS NEGÓCIOS TENHAM SIDO POR MEIO ELETRÔNICO, POIS CABE AO FORNECEDOR SUPOSTAR OS RISCOS DE INFORMAÇÃO, IDENTIFICAÇÃO E IMPUTAÇÃO ERRÔNEA DE UMA VONTADE NEGOCIAL, BEM COMO OS ÔNUS DE PROVA INERENTES AO MEIO ESCOLHIDO PARA A CONTRATAÇÃO – AÇÃO IMPROCEDENTE – RECURSO DESPROVIDO.

Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4752267&v1Captcha=zjxKe>>.

Acesso em: 27 out. 2010.

ao fornecedor suportar os riscos de informação, identificação e imputação errônea de uma vontade negocial, bem como os ônus de prova inerentes ao meio escolhido para a contratação.

2.7.1 Inversão do ônus da prova

A regra comum é a de que cabe à parte a quem a demonstração do fato interessa o ônus de comprová-lo. Acontecerá inversão quando houver uma modificação da regra natural de distribuição do ônus da prova. Ela pode ter três origens distintas, quais sejam, as legais, as convencionais ou as judiciais. Nas três situações o efeito será o mesmo, a alteração da distribuição legal do ônus.

Considerando-o sob o prisma subjetivo, pode-se afirmar que a inversão é feita em favor de uma das partes e em desfavor da outra. Se feita em favor do autor, não precisará mais o mesmo ter que provar os fatos constitutivos de seu direito, pois bastará alegá-los, encarregando ao réu provar a sua inveracidade. Se em favor do réu, ficará dispensado o mesmo de provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor que forem citados na contestação, cabendo a este último provar que eles não são verdadeiros.

Sob o prisma objetivo, pode-se dizer que a inversão do ônus modifica as consequências negativas que o juiz imputará quando do julgamento, à falta da produção de certa prova que o leva a uma dúvida invencível.

Normalmente, empregadas as regras do ônus da prova, ele decide improcedente o pedido, se a dúvida pairar sobre os fatos constitutivos do direito do autor, e procedente, se recair sobre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito. Mas, se ocorrer inversão do ônus da prova, o juiz inverterá esses efeitos naturais. A falta de provas que levaria basicamente à procedência conduzirá, com a inversão, à improcedência, e vice-versa.

2.7.1.1 Inversão legal

A inversão legal vem disposta expressamente em lei, não requerendo o preenchimento de requisitos legais no caso concreto.

Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 82, grifo do autor), a inversão legal

(*ope legis*) trata de uma exceção da regra prevista no artigo 333, do Código de Processo Civil e lecionam que:

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 333 do CPC.

Nesse contexto, fica claro que a hipótese do referido artigo, não se referem necessariamente a uma inversão, mas tão somente a uma exceção normativa ao regramento genérico do ônus da prova.

A inversão legal (*ope legis*) pode também ser entendida como aquela que se origina de uma presunção legal relativa. As presunções não são meios de prova, mas modos de raciocínio que por meio do conhecimento de um fato, atribui-se a existência de outro, deduz-se de um fato sabido e provado outro, que se quer evidenciar.

Aquilo que se pressupõe não necessita ser comprovado, tendo em vista que quando a presunção é absoluta, não se aceita prova em contrário, enquanto que quando é relativa, desobriga-se da produção de provas por quem faz a alegação, mas admite a prova contrária pela parte adversa. Apenas no caso da presunção relativa é que se pode mencionar, propriamente, em inversão, pois aí sim resultará na possibilidade do adversário realizar prova da inveracidade do fato citado. Na absoluta, o que acontece é a desnecessidade completa da produção da prova, e não propriamente inversão.

O fato presumido não precisa necessariamente ser comprovado por quem o alega. As presunções simples ou judiciais são as que se localizam no âmbito da valoração judicial. Elas nascem da observação do que geralmente acontece. As legais são as fixadas pelo próprio legislador. São inúmeras as hipóteses de presunção legal, sendo usadas com muita frequência no campo da responsabilidade civil. Por exemplo, presume-se a culpa do dono do animal, pelos prejuízos por ele motivados, a das prestadoras de serviço público, pelos prejuízos ao particular, a do fornecedor, pelos danos ao consumidor, a daquele que desempenha atividade de risco, pelos danos causados a terceiro (Código Civil, artigo 927, parágrafo único).

2.7.1.2 Inversão convencional

Salvo as duas hipóteses do parágrafo único, do artigo 333, do Código de Processo Civil, o ajuste sobre o ônus da prova é admitida. A primeira limitação

configura-se quando o direito em litígio for indisponível (relações de direito de família etc), porque este não é passível de transação, nem de confissão, e a inversão do ônus da prova admitiria uma fraude indireta a essas proibições.

Segundo Dinamarco (2009, p. 78), “a segunda limitação é de caráter puramente processual e consiste no veto ao fechamento ou excessivo estreitamento das vias de acesso à justiça (art. 333, par., inc. II).”

Pois, não se admite o ajuste quando ele se tornar extremamente difícil a uma parte o exercício do direito. Sendo ele acessível, o interessado pode até abrir mão ou sobre ele transigir, mas não pode assumir o encargo de fazer uma prova muito embaraçosa. O processo é público, e o juiz não pode prestar-se a conduzi-lo quando uma das partes, por convenção, assumiu o ônus de produzir a *probatio diabolica*¹⁷.

2.7.1.3 Inversão judicial

Ocorre quando a legislação admite que o juiz, ao pronunciar o julgamento, modifique as regras legais de distribuição do ônus da prova. É o que se dá no inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, no qual admite inverter o ônus da prova em favor do consumidor sempre que, a critério do juiz, for provável a alegação ou quando for ele hipossuficiente, conforme as regras ordinárias de experiência.

Seguindo a mesma linha de raciocínio dos processualistas modernos, Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 85), lecionam que a inversão judicial no Código de Defesa do Consumidor, atende ao princípio da isonomia:

A previsão da inversão dos ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor) - desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim, a inversão pode dar-se em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC.

Haverá a inversão judicial (*ope iudicis*), particularmente, quando o magistrado entender que o consumidor não tem condições financeiras. A hipossuficiência a que se

¹⁷ *Probatio diabolica* ou Prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida. Segundo Alexandre Freitas Câmara, “(...) é a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração” (CÂMARA, 2005, p. 12).

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo.

refere a lei não é somente a econômica, mas em especial a de informações (técnica). O juiz determinará a inversão sempre que entender que a produção da prova seria penoso ao consumidor, pois requer conhecimentos técnicos ou de informações que, geralmente, estão em poder do fornecedor. É ele que aprecia o produto ou o serviço que foi colocado no mercado, e seria difícil ao consumidor realizar prova, por exemplo, da causa ou origem de um defeito. Em casos assim, o magistrado inverterá o ônus.

Conforme preleciona Góes (2005) a doutrina majoritária compreende que o dispositivo legal necessita ser interpretado literalmente, de maneira que a hipossuficiência e a verossimilhança sejam vistas como elementos alternativos, bastando a presença de um deles para que se justifique a inversão do ônus probatório.

Registre-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que, ao interpretar o inciso VIII, do artigo 6º, da Lei nº 8.078/1990 c/c o artigo 21, da Lei nº 7347/1985, combinado com o princípio da precaução, ordenou a inversão do ônus da prova em causa em que o objetivo é a reparação de dano ambiental. Nesse julgamento o Tribunal acatou que não é a hipossuficiência do autor que admite a inversão do ônus, mas o caráter público e coletivo do bem jurídico protegido.¹⁸

2.7.2 Momento de inversão do ônus da prova

A possibilidade demonstrada pelo Código de Defesa do Consumidor de inverter o ônus da prova em favor do consumidor tem provocado a importante questão de saber quando o magistrado deve considerar a inversão. A concepção objetiva do ônus da prova, que o considera como norma de julgamento, a ser empregado em caso de dúvida invencível na formação da convicção do juiz, aponta que a inversão do ônus só poderia acontecer na sentença, pois só então o juiz, valorando a prova apresentada, poderia concluir se ela foi ou não bastante para a formação de sua convicção.

Ademais, deve-se lembrar que, embora modernamente se analise o ônus da prova mais pela concepção objetiva, não se distanciou por completo a concepção subjetiva, em que ele determinará um norte para as partes. As partes, por meio da distribuição legal dos ônus, poderão ter o conhecimento antecipado, a quem compete a produção de determinada prova. Ora, se o magistrado proceder à inversão somente na decisão poderá haver surpresa para elas. A norma legal relata que é da competência do autor realizar a prova do fato constitutivo do seu direito.

¹⁸ *Informativo* 404/STJ: 2ª Turma, REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.08.2009.

Assim, possivelmente o réu deva se omitir na produção de provas no que diz respeito a ele, com a certeza de que o ônus cabe ao autor. Se o magistrado inverte o ônus na sentença, o réu poderá ficar surpreso. Por isso, apesar de o ônus da prova representar norma de julgamento, tem-se interpretado que, mediante o princípio do contraditório e para evitar eventual cerceamento de defesa, o julgador deve avisar com antecedência as partes sobre a possibilidade de inversão.

O momento que tem sido considerado apropriado para que o magistrado o faça é na audiência preliminar, que ocorre antes do início da chamada fase instrutória, em que será dada às partes a possibilidade de produção de prova pericial e testemunhal. Nessa audiência o juiz deverá, além de estabelecer os pontos que geram discussão e sentenciar sobre as provas a serem apresentadas, alertar as partes sobre os ônus da prova e sobre a possível inversão, informando-as acerca dos efeitos da omissão na produção daquelas.

Diante da polêmica iniciada, identificam-se, nitidamente, duas correntes sobre o exato momento para a inversão do ônus da prova:

a) os que defendem que deve se dar quando do proferimento da decisão, tal como Nery Júnior; Andrade Nery (2003, p. 915), que afirmam:

O juiz, ao receber os autos para proferir sentença, verificando que seria o caso de inverter o ônus da prova em favor do consumidor, não poderá baixar os autos em diligência e determinar que o fornecedor faça a prova, pois o momento processual para a produção dessa prova já terá sido ultrapassado. Portanto, caberá ao fornecedor agir no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda.

b) os que acham que deve se dar antes do resultado da sentença, tal como Marinoni, máxime da fase de saneamento (ou probatória), sob a alegação de que se assim não for, a inversão do ônus da prova significará a imposição de uma pena e, não, a simples transferência de um ônus.¹⁹

E ainda, segundo Carpes (2007), sob a alegação da necessidade de resguardar o contraditório para se evitar uma sentença surpresa para os litigantes, e da cooperação

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2010, p. 06, 07, 13 e 14.

para estabelecer o dever de prevenção das partes para o magistrado, permitindo que cooperem na procura de elementos de prova necessários para se evitar o uso da regra de julgamento.

Isso não representa que o ônus da prova deixe de ser norma de julgamento. Os efeitos do seu descumprimento só surgirão quando da prolação da sentença, embora o juiz deverá avisar as partes, antes do julgamento, sobre tais efeitos.

2.8 Valoração e hierarquia entre as provas

Modernamente, não se cogita mais em ordálias (ou juízos de Deus), sistema probatório no qual a valoração de provas era instituída em desafios físicos, assim como atravessar uma fileira de brasa ou despejar óleo quente, e em consultas aos deuses. De fato, tais ‘meios de prova’ nada comprovam, evidenciando tão somente uma ainda incipiente técnica processual, se é possível entender tal sistema de técnico. O desenvolvimento do processo, e da própria humanidade, com a desvinculação do direito da religião, deixou claro o absurdo de tais atividades, sendo que o sistema das ordálias tem relevância histórica.

Nesse sentido, Dinamarco (2009), menciona que segundo jocosamente se relata, a mulher acusada de *bruxaria* pelos Tribunais da Inquisição seria lançada a um poço com uma pesada pedra atada ao pescoço. Se salvasse, isso seria prova de suas relações com o Demônio e ela iria para a fogueira. Se fosse ao fundo e morresse por afogamento, é porque seria inocente.

Em tempos remotos, essas regras gerais de valoração da prova tiveram muito peso no processo civil, sendo fruto da superstição dos povos e, em alguma medida, da experiência do legislador.

No sistema da prova legal, ou prova tarifada, a carga probatória já vem preestabelecida em norma escrita, tornando o juiz um simples matemático, que somava as provas produzidas para verificar a ocorrência dos fatos alegados. Nesse sistema, valendo a prova testemunhal 1 (um) ponto; a documental 2 (dois) pontos; e a confissão 3 (três) pontos, basta ao juiz somar a prova produzida e declarar vitorioso aquele que somar um maior número de pontos. Obviamente que tal sistema não é adequado, privilegiando a quantidade da prova, e não sua qualidade. Entretanto, tal sistema não foi totalmente abandonado por nosso ordenamento, ainda que atualmente exista apenas de forma excepcional.

Contextualizando com o sistema da prova legal ou tarifada, Silva (2006, p. 330), ressalta o peso que tinha um depoimento de um nobre, em detrimento de um servo:

O depoimento de um servo jamais poderia ter o mesmo valor do testemunho de um nobre, mas o depoimento de dez servos equivalia ao de um nobre ou senhor feudal, embora intimamente o juiz tivesse sobradas razões para crer que o nobre mentira e o servo dissesse a verdade.

O sistema da prova tarifada tinha como ponto principal a ausência total de liberdade ao magistrado na valoração da prova, onde no caso concreto o seu convencimento pouco importava, já que era coagido a obedecer ao fixado em lei no que diz respeito à carga de convencimento das provas. O sistema diametralmente contrário, denominado de livre convencimento ou persuasão íntima, no qual a liberdade do magistrado é plena, também peca pelo excesso.

Nesse sistema o que tem valor é o convencimento íntimo do juiz, que não se sente coagido a justificar suas escolhas, podendo até mesmo decidir contra a prova apresentada caso assim lhe pareça correto. Nota-se que os extremos de nenhuma liberdade e de liberdade total ao magistrado na valoração da prova formam sistemas de valoração viciados.

Modernamente, o sistema de valoração acolhido pelo sistema processual brasileiro é o da *persuasão racional*, também entendido pelo *princípio do livre convencimento motivado*, no qual o juiz tem liberdade para formar seu convencimento, dando às provas apresentadas o peso que entender cabível em cada processo, não existindo uma hierarquia entre os meios de prova. Basicamente isso, não significa que o magistrado possa sentenciar fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos apresentados a devida importância diante das provas produzidas (Código de Processo Civil, artigo 131).

Nesse diapasão, Santos (2000, p. 381), leciona que:

[...] Efetivamente, o juiz brasileiro é livre na apreciação dos elementos de prova, no sentido de que deve pesar as provas colhidas, apreciá-las e submetê-las aos rigores do seu raciocínio esclarecido e desapaixonado, e formar convicção, quanto à verdade daí surgida, ao abrigo de qualquer constrangimento moral. É livre, porque, como investigador da verdade, não está sujeito de forma absoluta a seguir

regras que atribuam valor qualitativo aos meios da prova, mas, ao contrário, tem a faculdade de atribuir-lhes a eficácia que resultar da influência que exercem em sua consciência. Mas a sua liberdade na formação da convicção não vai ao arbítrio, pois deverá exercê-la com respeito a condições que a lei lhe impõe.

Em tese, por conseguinte, não há uma hierarquia estabelecida previamente da carga probatória dos meios de prova. Diante disso, seria impossível atestar que um meio de prova é mais relevante do que outro, ou que não seja suficiente para evidenciar a ocorrência de certo fato. É provável, por exemplo, que num determinado processo a prova testemunhal suplante a prova pericial, ou até mesmo a confissão.

A inexistência de hierarquia entre os meios de prova, no entanto, não é regra absoluta em nosso ordenamento jurídico. Observa-se, como exemplo, o artigo 401, do Código de Processo Civil, praticamente repetido pelo *caput* do artigo 227, do Código Civil e as hipóteses de presunção legal absoluta, resquícios do sistema da prova tarifada.

Também os artigos 215 e 225, do Código Civil, com a menção da prova plena no caso de escritura pública e das reproduções mecânicas²⁰. A ideia de prova plena ataca frontalmente o princípio do livre convencimento motivado, não devendo ser vista como regra soberana, mas como mero parâmetro para a decisão judicial. Aceitar que a verdade que decorre da fé pública do oficial público é absoluta, é incidir em grave equívoco, tratando-se de presunção relativa, podendo basicamente ser deixada de lado por meio de outras provas produzidas.

Assim, apesar da previsão expressa do Código Civil, o sistema de análise da força probatória dos instrumentos públicos e das reproduções mecânicas, se conserva sem alterações (Código de Processo Civil, artigos 364 e 383).

Verifica-se que o sistema do **livre convencimento motivado** deixa o magistrado parcialmente livre na apreciação da prova. Se o valor probatório deve ser

²⁰ Referindo-se à amplitude do artigo 225 do Código Civil, pode-se ressaltar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 95689 - Órgão julgador: 2ª Turma - Recorrente: João Carlos da Rocha Mattos - Recorrido: Ministério Público Federal - Relator: Ministro Eros Grau - Data do Julgamento: 02/09/2008 -EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ABUSO DE PODER. REVOGAÇÃO DO ART. 350 DO CÓDIGO PENAL PELA LEI N. 4.895/65. INOCORRÊNCIA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. SOLUÇÃO. PRETENSÃO DE QUE O TERMO "DOCUMENTO" SE REFIRA A "QUALQUER ESCRITO OU PAPEL". PROCEDÊNCIA: CONCEITO ABRANGENTE.

2. O termo "documento" não se restringe "a qualquer escrito ou papel". O legislador do novo Código Civil, atento aos avanços atuais, conferiu-lhe maior amplitude, ao dispor, no art. 225 que "[a]s reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão". Ordem denegada. (grifos nossos) Disponível: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 30 out. 2010.

produzido pelo juiz no caso concreto, não pode livremente resolver sobre tal carga probatória, devendo obrigatoriamente motivar sua sentença. Nesse sentido, o disposto no artigo 436, do Código de Processo Civil, que afirma não estar o juiz restrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros dados ou fatos provados nos autos. Mesmo porque, até a confissão precisa receber a carga necessária no caso concreto, podendo perfeitamente ser confrontada por outras provas produzidas nos autos. Ademais, dará, portanto, a carga probatória que achar cabível, mas deverá dar motivo à sua decisão, demonstrando as razões pelas quais enfatizou maior força probatória a uma prova produzida, em prejuízo de outra.

No tocante aos contratos eletrônicos, e em relação à valoração e hierarquia probatória, deve-se ressaltar a aplicação do princípio da equivalência funcional, pois o escrito sob forma eletrônica será admitido como prova, com o mesmo valor que o escrito em suporte de papel. Assim, a prova eletrônica está em igualdade com os outros meios, sejam aqueles descritos na lei ou outros obtidos de forma atípica. Infere-se ainda, que não há hierarquia entre eles, podendo o magistrado formar o seu convencimento de forma livre, desde que, devidamente fundamentada a sua decisão.

2.9 Prova emprestada

A regra referente à produção da prova é que se produza dentro do processo em que será aproveitada como meio de convencimento do juiz. Em certos casos, todavia, em atenção ao princípio da economia processual, é possível empregar no processo prova já produzida em outro processo, em fenômeno conhecido por ‘prova emprestada’. Essa utilização atende aos anseios de economia e celeridade nos trâmites processuais, dispensando a produção de prova desnecessária, e também da busca da verdade possível, em especial quando não é possível apresentar novamente a prova.

Corroborando com o tema em comento, Dinamarco (2009, p. 95, grifo do autor), enfatiza que:

Provas emprestadas, conceito elaborado na doutrina e tribunais sem qualquer previsão legal específica, são *traslados da documentação da prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional*. Através dela aproveitam-se em um processo os atos de *realização da prova* já consumados em outro, sem necessidade de repetição e com a vantagem de tornar possível o conhecimento oriundo de fontes talvez até não mais disponíveis quando o processo destinatário dessa prova é realizado (testemunhas que morrem ou desaparecem, vestígios que não existem mais *etc.*).

Parece honrado entender-se que o contraditório é o limite do emprego da prova emprestada, mas este deve ser verificado no caso concreto, sendo possível que a parte que não participou da produção da prova tenha a pretensão de utilizá-la contra a parte que o fez.

Nesse sentido, Talamini (1998, p. 97), adverte que há necessidade da participação em contraditório daquele contra quem a prova é utilizada, pois “não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo.”

A título exemplificativo pode-se imaginar em uma ação civil pública impetrada pelo Ministério Público contra uma empresa de petróleo em decorrência de poluição ambiental em determinada região litorânea. A perícia efetuada é fracamente favorável ao Ministério Público, apontando a poluição e a responsabilidade da empresa. Se os pescadores da região tenham ações individuais contra a empresa poluidora cobrando seus prejuízos em razão do mesmo acontecimento, é evidente que poderão emprestar a prova pericial produzida em processo do qual não tiveram participação.

Outra situação relevante é aquela na qual a prova apresentada em outro processo simplesmente não pode mais ser produzida, como no caso do falecimento de uma testemunha ou do bem que serviria de elemento da perícia. Nesse caso, o magistrado se encontrará diante de um choque inevitável de princípios, onde a qualidade da prestação jurisdicional (com a utilização da prova em seu convencimento) e o contraditório (onde a parte que não esteve presente na produção da prova, fica impossibilitada de reagir contra a sua formação). Assim, a única maneira de resolver esse caso, seria por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, valorando o magistrado os interesses envolvidos e procurando a melhor solução com o fito de causar o menor prejuízo possível às partes.

Na eventualidade de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), é provável que o Ministério Público instaure inquérito civil anteriormente ao ajuizamento de demanda judicial. Neste procedimento administrativo, invariavelmente o contraditório não é obedecido, de maneira a serem repetidas em juízo todas as provas já apresentadas em tal procedimento.

De qualquer maneira, se a prova for de impossível produção no exato momento do processo, ou ainda ser demais onerosa a produção probatória, o magistrado, sempre à

luz do princípio do livre convencimento motivado, poderá empregar as provas produzidas no inquérito civil para formar o seu convencimento.

É mister enfatizar que a prova emprestada, respeitado ou não o contraditório, terá do juiz julgador o valor que achar adequado à situação concreta, aplicando-se ao caso o determinado no artigo 131, do Código de Processo Civil. Inegável que, quanto mais o contraditório for obedecido, maior será o valor das provas produzidas, em decorrência de sua maior confiabilidade.

Contextualizando com o tema da presente dissertação, ressalta-se que não há proibição expressa no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de utilizar-se o documento eletrônico, e mais especificamente, o contrato eletrônico como prova emprestada. Pois, tendo em vista que a prova emprestada é espécie de prova documental (e a prova eletrônica equipara-se à prova documental), e ainda, sua força probatória será valorada pelo juiz, que não está obrigado a dar-lhe idêntico valor ao que teve nos autos em que foi produzida.

Deve-se ressaltar ainda, que não há na doutrina, legislação e jurisprudência o entendimento em sentido contrário, ou seja, do não cabimento da prova eletrônica emprestada. Nesse sentido, entende-se cabível, desde que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa²¹.

2.10 Provas ilícitas

A terminologia "prova ilícita" foi empregada pela Constituição Federal de 1988, tendo sido lapidada pela tradicional corrente doutrinária, que teve em Pietro Nuvolone, citado por Lopes (2002) e Avolio (2003), como o seu grande expoente. Para esse autor, prova ilegal (gênero) é toda prova produzida com ofensa à norma legal,

²¹ Contextualizando com o tema em debate, oportuno ressaltar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - Agravo de Instrumento: AG 10210 RS 2005.04.01.010210-1 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Relator: Álvaro Eduardo Junqueira - Julgamento: 08/06/2005 - Publicação: DJ 29/06/2005 PÁGINA: 494

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. DO DEVEDOR. PERÍCIA CONTÁBIL. PROVA EMPRESTADA.

1. Não há óbice à utilização da prova emprestada quando foi produzida com a observância do contraditório e com a participação daquele contra quem deve operar.

2. O emprego da prova emprestada, por si só, não macula o contraditório e a ampla defesa.

3. Se porventura considerar insuficiente a prova emprestada, o juízo pode determinar a realização de nova perícia contábil ou lançar mão de outro meio de prova. (grifos nossos)

Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php>. Acesso em: 28 out. 2010.

podendo ser dividida em duas espécies: prova ilegítima, que viola norma de direito processual; e prova ilícita, que viola norma de direito substancial.

Segundo Avolio (2003, p.43), um critério adicional para identificar essas distintas modalidades de provas vedadas é o momento da violação à norma: “[...] enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção [introdução] no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova [acesso à prova], anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.”

Marinoni e Arenhart (2005), por outro lado, entendem que a prova é ilícita quando viola uma norma de direito material ou de direito processual. E consideram como prova moralmente ilegítima a que atenta contra regras de direito que foram instituídas para proteger a moral e os bons costumes.

Oportuno ressaltar que adota-se a terminologia empregada pela Constituição Federal, que, a propósito, foi colhida pela melhor doutrina, que é a do Professor Pietro Nuvolone, da Universidade de Milão, no sentido de que as provas ilícitas são colocadas como espécies das "provas vedadas ou ilegais", que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas.

Insta mencionar, que não há unanimidade a respeito da terminologia aplicável ao instituto ora estudado, divergindo os autores sobre a exata terminologia aplicável. A doutrina se utiliza de uma nomenclatura heterogênea, que muitas vezes enseja confusão. Nas inúmeras obras sobre o tema, encontra-se expressões como "prova proibida", "prova ilegal ou ilegalmente obtida", "prova ilícita ou ilicitamente obtida", "prova ilegitimamente admitida" e, ainda, "proibições probatórias".

Ultrapassando essa divergência terminológica, já que tanto a prova ilícita, quanto a ilegítima são, em regra, vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, convém analisar a questão da prova ilícita e até onde vai a proibição de sua utilização no processo.

A ilicitude da prova pode sobrevir ou da maneira como ela foi obtida, ou da forma empregada para a demonstração do fato. A obtenção da prova por meio ilícito, é a causa mais frequente de ilicitude, como por exemplo, a violação de sigilo bancário sem autorização judicial, as interceptações de conversas telefônicas, a violação do sigilo de correspondência. São caminhos indevidos ainda: a coação, o emprego de violência ou grave ameaça, a tortura, entre outros.

Segundo Cambi (2006, p. 69), o conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que “[...] contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto aos bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito.”

Debate-se muito sobre a eficácia da prova ilícita, ou seja, a respeito da possibilidade dela ser empregada pelo juiz para embasar a sua convicção. Existem muitas correntes doutrinárias, que vão desde aquelas que permitem a produção de prova ilícita até as que negam, de forma absoluta, a sua eficácia.

O inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, entende que são inadmissíveis as provas obtidas de maneira ilícita, sem fazer qualquer ressalva. Mesmo antes da Constituição atual, já não se admitiam essas provas, por força do artigo 332, do Código de Processo Civil, que dá permissão somente para a utilização de meios probatórios legais e moralmente legítimos. Diante da falta de qualquer ressalva na Constituição e na lei processual, tem prevalecido o entendimento de que a proibição ao uso de prova ilícita é absoluta.

E a preocupação com a sua utilização é tal que o Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria dos frutos da árvore contaminada²², como mencionado pelo ilustre Dinamarco (2009, p. 50, grifo do autor), com algumas ressalvas:

[...] Mas o Supremo Tribunal vai além, ao adotar integralmente a conhecida teoria dos *frutos da árvore contaminada* e assim tachar de ineficazes as fontes de prova obtidas por meio ilícito e também os meios probatórios realizados em *desdobramento* de informações obtidas ilicitamente. Essa extremada radicalização compromete o acesso à justiça e constitui grave ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional a quem tiver razão (Const., art. 5º, inc. XXXV). Reprimir fraudes ou violência na obtenção de provas, sim; mas fazê-lo à custa do sacrifício de direitos de extrema relevância constitucional, não. Melhor seria seguir a moderna tendência da Corte Suprema norte-americana, que desde o ano de 2006 aceita as *provas ilícitas por derivação* em casos nos quais estejam em jogo valores de elevada dignidade constitucional (princípio da proporcionalidade - Hudson VS. Michigan).

Observa-se, também, que a vedação constitucional ao emprego da prova ilícita não deve ser compreendida a tal ponto que impossibilite provas lícitas em razão da sua produção decorrer de um desdobramento da produção da prova proibida.

²² A teoria dos frutos da árvore envenenada prega que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos (tem origem na jurisprudência americana).

Melhor seria que se empregasse a teoria da proporcionalidade, que confere eficácia jurídica à prova, se sua ilicitude causar uma ofensa menor ao ordenamento jurídico do que a que poderia suceder da sua não produção. Essa teoria, nascida do direito alemão, dá a faculdade ao magistrado de ponderar entre os efeitos negativos que resultarão do uso da prova ilícita e as que surgirão de sua vedação, cabendo-lhe analisar qual o maior prejuízo.

O seu acolhimento admitiria usar, por exemplo, uma interceptação telefônica, que é proibida por lei, para, em ação de alteração de guarda, apresentar prova de que uma criança vem sendo sempre torturada e espancada. É fato que a interceptação viola o princípio constitucional da intimidade, mas o peso jurídico que, nesse exemplo, a ele se contrapõe, qual seja a proteção à vida e a integridade física da criança, merece prevalecer, sendo proporcionalmente mais importante. Nesses casos, o magistrado deveria acatar, excepcionalmente, a prova ilícita.

Imensa polêmica sempre existiu sobre o emprego de gravação telefônica como prova, pois, a prova é ilícita, quando a gravação é realizada por um dos protagonistas, mesmo que o seu emprego aconteça sem o consentimento do outro. A presente situação assemelha-se à carta apresentada em juízo pelo próprio destinatário, onde não há violação de correspondência, nem ofensa do direito à intimidade. É válida, tendo em vista que a prova motivada por um dos protagonistas da comunicação por carta ou telefone, ainda que sem a permissão da outra parte. Diferentemente é o que ocorre com a interceptação telefônica, ou seja, com a gravação de conversa telefônica realizada por terceiro que não os participantes. Realizada sem a permissão dos protagonistas, gera a prova ilícita que não pode ser utilizada no processo.

Nesse sentido, interessante destacar as oportunas lições de Didier Jr, Braga e Oliveira (2009), no sentido de que preleciona que ainda com referência ao direito fundamental à intimidade/privacidade e o seu ponto de tensão com o direito à prova, existe uma discussão relevante e corriqueira, que é a que tem relação com o sigilo das comunicações telefônicas. Há, basicamente, duas posições bastante expressivas: (i) quando a conversa existente entre duas pessoas é interceptada/gravada por uma delas, sem o aval/consentimento da outra, caso em que se verifica a chamada *escuta telefônica*; (ii) quando a conversa entre duas pessoas é interceptada/gravada por um terceiro, sem o aval/conhecimento dos interlocutores, o que chama-se de *interceptação telefônica*.

Nota-se que, no primeiro caso, tem-se admitido a escuta telefônica como prova lícita, porém, somente nos casos em que a propagação do seu conteúdo ocorrer por motivo justificado, como por exemplo, na defesa de legítimos interesses em juízo. Já no segundo caso, tem-se entendido que a interceptação telefônica faz prova ilícita, exceto se tiver sido precedida de autorização judicial.

Há uma única situação em que a interceptação telefônica poderá ser utilizada de maneira válida, ou seja, quando ela for autorizada pelo magistrado para instrução em processo-crime. O inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal autoriza a interceptação telefônica, por ordem judicial, para investigação criminal ou instrução processual penal. A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, fez uso das hipóteses de cabimento e da forma de requerimento e autorização para que a interceptação seja realizada²³.

Oportuno ressaltar uma questão interessante: é possível que um juízo cível autorize a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de instrução processual civil? Em sentido contrário, Bueno (2007), entende que não, embora admita a utilização, como prova emprestada, da interceptação autorizada por um juízo penal. Em sentido favorável, Didier Jr, Braga e Oliveira (2009), entendem que é perfeitamente possível a quebra de sigilo telefônico para outras modalidades processuais, como no processo civil, bastando que o magistrado, no exercício do seu controle difuso de constitucionalidade, interprete e aplique adequadamente o inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

²³ Nesse contexto, interessante contextualizar com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - Pet 3683-QO / MG - Minas Gerais - Questão de ordem na petição - Relator: Min. Cezar Peluso - Julgamento: 13/08/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido.

Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas. (grifos nossos)

Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000090337&base=baseAcordaos>>.
Acesso em 28 out. 2010.

Deve-se destacar a título de conclusão, nas sábias palavras de Dinamarco (2009), que no sistema probatório, a oposição às provas ilícitas constitui restrição ao direito à prova. No plano constitucional, o direito à prova é considerado como um instrumento democrático de garantia à liberdade e à intimidade das partes contra atos arbitrários.

Nesse contexto é imprescindível definir a gravidade da violação. É o caso da noção de provas inconstitucionais, apresentadas com ofensa a normas materiais ou processuais, sempre que transgredir direito fundamental amparado pela Constituição Federal, certo de que a ofensa à norma de direito processual (publicidade) pode ser tão inconstitucional quanto a violação a uma norma de direito material (preservação do direito de intimidade-privacidade).

Frise-se que, atualmente, a doutrina e a jurisprudência dominante no Brasil posicionam-se de forma contrária à admissibilidade das provas ilícitas, mas balizam esse entendimento pela teoria da proporcionalidade. Com efeito, o princípio da proibição da prova ilícita não é absoluto - até porque, reitere-se, não existe nenhum direito fundamental absoluto - podendo ceder, quando em colisão com outro direito fundamental de maior peso, no caso concreto.

Nesse sentido, Alexy (2008) adverte que a proporcionalidade exige do juiz a compreensão e interpretação da norma e do contexto social, no intuito da menor intervenção possível no âmbito de atuação dos direitos fundamentais, protegendo o seu núcleo essencial, visa afastar um dos direitos colidentes na resolução do caso concreto. A proporcionalidade deve ser pautada por três parciais (que também podem ser chamados de sub-princípios, postulados ou critérios), representados pela *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* ou *ponderação propriamente dita*. Tais parciais representam o parâmetro para regular a conduta do juiz quando se estejam em pauta conflitos e fundamentações de direitos fundamentais.

O critério da *proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, da *ponderação propriamente dita*, norteia-se por um sistema de valoração dos conteúdos dos direitos em conflito, onde será necessário que o conteúdo valorativo do direito protegido seja superior ao do direito restringido, ou seja, onde se verifica a relevância e peso dos bens envolvidos no conflito, criando uma ilusão de precedência de direito sobre outro para solução do caso concreto. Esse critério baseia-se na lei da ponderação de Alexy (2008), cujo requisito determina que, quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tão maior tem que ser a importância da satisfação do outro.

O conceito de ponderação foi desenvolvido a partir da diferença qualitativa entre normas e princípios, destacando-se a contribuição de Robert Alexy (2008) na afirmativa de que a ponderação resulta do reconhecimento necessário da proporcionalidade²⁴. Conforme preceitua o referido autor, aceitar a proporcionalidade significa que os princípios são mandatos de otimização, ou seja, que determinadas normas poderão ser cumpridas em maior ou menor grau dependendo das possibilidades jurídicas e das possibilidades fáticas, devendo ser objeto de uma ponderação quando colidirem com outros princípios. O conceito de princípio, portanto, não decorre da abstração, generalidade ou mesmo da fundamentalidade da norma, mas da sua forma de aplicação, que é oposta àquela das regras.

O conflito entre princípios são superados mediante a restrição parcial de um ou de ambos os princípios envolvidos, servindo a ponderação como um procedimento racional para resolver a colisão, fixando critérios para estabelecer a prevalência de um princípio em detrimento de outro naquelas determinadas circunstâncias verificadas no caso concreto. A preocupação é preservar a segurança jurídica a partir do estabelecimento de um procedimento para a realização da ponderação.

Depois de realizadas as considerações necessárias à teoria geral da prova (Capítulo 2), passa-se a discorrer sobre a Prova Eletrônica (Capítulo 3), mais especificamente sobre o contrato eletrônico e seus aspectos técnicos particulares, feitos à luz dos dispositivos normativos já existentes no ordenamento jurídico pátrio e outros que possam vir a ser criados, e ainda, da possibilidade ou não de os contratos eletronicamente gerados serem admitidos como meio de prova no processo.

No tocante às provas eletrônicas, e mais especificamente, sobre os contratos eletrônicos, poderia-se fazer a seguinte indagação: A gravação de dados eletrônicos, assim como de contratos eletrônicos pode ser utilizada como meio de prova válido no processo civil? Tendo em vista que não há jurisprudência nesse sentido específico, mas somente admitindo a gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles,

²⁴ É relevante apontarmos a confusão terminológica que envolve a noção de proporcionalidade. Diferentes autores classificam a proporcionalidade ora como máxima, princípio, regra, postulado normativo. Alexy refere-se à proporcionalidade como regra, o que se afirma em razão de leitura de sua obra: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

Prefere-se, entretanto, a definição da proporcionalidade como um postulado aplicativo normativo, ou seja, uma categoria normativa autônoma, o que afasta a confusão terminológica e permite que a argumentação necessária à aplicação das regras e princípios ocorra num canal de comunicação próprio e não no plano das próprias normas que se pretende ponderar.

sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa²⁵.

Na atualidade, embora não haja lei expressa a respeito do assunto, tornou-se bastante sólido o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da admissibilidade, em alguns casos, da gravação clandestina (telefônica ou ambiental) como meio lícito de prova.

Devido à ausência de lei, nenhum direito fundamental pode ser restringido ou limitado. A aplicação analógica não é válida para a restrição de direito fundamental. Não havendo lei restritiva do direito à intimidade, previsto no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal, prevalece o seu sentido mais amplo, assegurador dessa liberdade. Deve-se ressaltar ainda, que qualquer prova obtida hoje por meio de gravação clandestina, em regra, viola a Constituição Federal. É prova ilícita, e, portanto, inadmissível no processo civil ou penal.

Mas, em algumas hipóteses, apesar da falta de lei, a jurisprudência vem admitindo a gravação clandestina como prova. A título exemplificativo, pode-se mencionar a vítima que grava o teor de uma ofensa a bens jurídicos seus. A gravação (ou filmagem) pode ser feita inclusive sem ordem judicial, quando se trata de local público no qual não haja expectativa de privacidade ou quando feita em legítima defesa, estado de necessidade ou com justa causa.

Portanto, muito em breve, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve se posicionar em sentido favorável (por analogia), aceitando a gravação de provas

²⁵ EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE RESERVA DE CONVERSAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. **A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita.** Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (grifos nossos) (AI 578858 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01674 RTJ VOL-00211- PP-00561 RDDP n. 80, 2009, p. 150-151) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000164865&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 out. 2010.

eletrônicas obtidas ilicitamente, mas que pelos motivos acima mencionados tornam-se lícitas.

CAPÍTULO 3 - DA PROVA ELETRÔNICA

“A análise dos contratos eletrônicos tem a ver, num primeiro momento, com o próprio entendimento jurídico da validade dos documentos eletrônicos. Aonde, de todas as relações digitais atuais, que vão desde uma transferência bancária no internet banking até uma compra num site de e-commerce, se passa pela existência de uma tecnologia capaz de produzir uma forma segura de transmissão, via Internet, dos documentos e registros que representam um determinado negócio jurídico.”

Patrícia Peck²⁶

3.1 Contrato eletrônico

Com a chegada da Internet, as informações e as relações entre as pessoas tornaram-se muito mais velozes e eficientes. Foi por meio deste recurso, conhecido como uma forma para se contratar, que nasceu o contrato eletrônico, que é tido como uma nova técnica contratual existente no mercado moderno. A celebração de negócios por meio da rede mundial de computadores, mediante o entendimento da maior parte dos juristas, não é um modelo novo de contrato e sim somente uma técnica moderna de constituição dos mesmos, restando idênticos os elementos, princípios e requisitos elementares dos contratos convencionais.

Lucca (2001) preleciona que, na verdade, não se deseja com o emprego da expressão ‘contrato eletrônico’ o estabelecimento de uma nova modalidade de contrato no âmbito da teoria geral dos contratos, onde a única novidade é que se concretiza por meio eletrônico. Não existe um novo modelo de contrato, tendo em vista que ele sempre será de compra e venda, locação, prestação de serviços e assim por diante, ou seja, de uma das espécies de contratos dispostas no Código Civil. Do mesmo modo, contratos

²⁶ Patrícia Peck, *in* Revista do Advogado, *in* Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII - n° 69 - Maio de 2003.

eletrônicos via Internet, são dessa forma denominados apenas por levarem em consideração o emprego do computador para a sua constituição.

No entanto, como todo novo modelo contratual que se insere no ordenamento jurídico, é claro, traz consigo diversos questionamentos relacionados com determinados pontos, tais como, a definição dos requisitos para a validade respectiva, que ainda será incentivo para inúmeros posicionamentos da doutrina brasileira e estrangeira, assim como a definição dos elementos que antecedem a sua formação. Agregam-se a estas, a discussão sobre a assinatura digital e da sua validade como instrumento de prova em juízo, e ainda sobre o problema da jurisdição.

Em decorrência da vulnerabilidade das alegações sobre pagamento, assim como do fornecimento de números de documentos pessoais, senhas bancárias, quanto pela incerteza a respeito da qualidade dos produtos expostos de forma virtual em monitores, diversos consumidores têm receio de realizar compras pela *web*. A celebração de contratos por meio da Internet, por melhor que os *sites* se apresentem de modo organizado, ainda não se tem o condão de verificar o coeficiente de confiabilidade e segurança inseridas nas transações presenciais.

Desse modo, para que os documentos eletrônicos, com destaque para a Medida Provisória nº 2.200/2001²⁷ e a Lei Federal nº 11.419/2006²⁸ tenham eficácia probatória, normas específicas vêm sendo instituídas.

Embora no Brasil ainda existam alguns projetos de lei tramitando a respeito da presente matéria²⁹, e questões relacionadas às recentes modificações no Código de Processo Civil para dar amparo à possibilidade de empregabilidade de documentos eletrônicos, a utilização desta modalidade de prova, em comparação com as demais, está se iniciando.

Isso acontece em virtude de três aspectos fundamentais, segundo o entendimento de Queiroz (2001, p. 384):

²⁷ Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 27 set. 2010.

²⁸ Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm>. Acesso em: 27 set. 2010.

²⁹ Para maiores detalhes e acompanhamento dos projetos de lei acerca do tema, poderá ser consultado o *site*. Disponível em: <<http://ce.mdic.gov.br>>. Acesso em: 27 set. 2010.

Os problemas fundamentais relativos à viabilidade da adoção de um conceito de documento eletrônico - necessário para outorgar-se força probante à relação jurídica nele representada, que é imprescindível para a viabilização do comércio eletrônico - estão basicamente ligados a três requisitos: autenticidade, integridade e perenidade do conteúdo.

Para que se possa atribuir peso probatório aos documentos eletrônicos, e conseqüentemente aos contratos eletrônicos, se faz necessário verificar o grau de segurança e de certeza que se pode ter, principalmente quanto à sua *autenticidade*, que possibilita identificar a sua autoria, e à sua *integridade*, que permite assegurar a inalterabilidade do seu conteúdo. Apenas a certeza quanto a esses elementos é que poderá garantir a eficácia probatória desses documentos³⁰.

Deve-se ressaltar que com a propagação do comércio eletrônico, a realidade do incipiente emprego dos documentos eletrônicos, que se deve em parte pelos altos custos e pela ausência de conhecimento das formas de certificação digital, está se alterando. Cada vez mais o contrato eletrônico, desde que instituído mediante os requisitos mínimos de segurança pré-estabelecidos, ganha força probatória, tanto quanto às escrituras públicas.

Vale aqui mencionar que, nas relações comerciais do século XXI, os mencionados contratos eletrônicos estão propensos a ganhar relevância singular. Compreender a sua formação, regulação, e ter o conhecimento de maneira profunda, no Brasil e no mundo, é condição necessária diante do cenário de crescimento do *e-commerce*, que se modifica espantosamente.

É muito importante se fazer uma análise do conceito clássico de contrato, antes mesmo de abordar o conceito de contrato eletrônico, onde Pereira (2005, p. 7, grifo do autor), enfatiza que o "contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos."

Dessa forma, o conceito de contrato se mostra perfeitamente aplicável aos negócios celebrados por meio do uso da Internet.

³⁰ Nesse sentido, oportuno ressaltar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. HC nº 200401109973 - Habeas Corpus nº 37493 - Órgão Julgador: 6ª Turma - Relator: Paulo Medina - Data do julgamento: 28/09/2004 - EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A HONRA. TIPICIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. BIS IN IDEM. - **Registro de mensagens eletrônicas, em tese ofensivas, "atribuíveis" a um autor determinado não traz certeza quanto à materialidade e à autoria, mas é bastante como elemento indiciário que autoriza a instauração da ação penal, sujeitando-se à prova sobre sua autenticidade.** Ordem denegada. (grifos nossos) Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 30 out. 2010.

Assim, conforme nos ensina as palavras de Lorenzetti (2004, p. 287), "uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um contrato eletrônico."

Observa-se que, o contrato eletrônico se diferencia do contrato convencional, especialmente por ser firmado à distância, fora do estabelecimento comercial. Mas, referindo-se ao conteúdo, não diverge de nenhum outro, na maioria dos aspectos.

Conforme define Marques (2004, p. 38), a contratação eletrônica é definida como à distância:

Comércio eletrônico é uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica. De maneira ampla, podemos visualizar o comércio eletrônico como um meio atual de convencionar negócios através de sistemas e redes eletrônicas.

Esse comércio eletrônico nada mais é do que o comércio 'clássico' de atos negociais ocorridos entre consumidores e fornecedores, para a realização da venda de produtos e serviços, sendo atualmente realizado por meio de contratações à distância, podendo ser firmados por meio de recursos eletrônicos (*e-mail*, *chat*, mensagens de texto, etc.), por Internet (*on-line*) ou por meio de telecomunicação em massa (telefones fixos, telefones celulares, televisão a cabo etc.).

Segundo Coelho (1999, p. 32), o estabelecimento eletrônico, ou virtual *store*, "possui idêntica natureza jurídica que o físico, podendo-se falar em fundo de comércio e título de estabelecimento (este expresso no nome de domínio)."

Mesmo tendo a Internet as características peculiares de se relativizar os conceitos de tempo e espaço, de dar maior liberdade para seus usuários e fazer cessar as barreiras geopolíticas, os contratos eletrônicos advindos deste meio, devem ter suas relações jurídicas preservadas e respeitadas.

Corroborando com o tema ora em comento, Glanz (RT, 757/72, grifo do autor), define que:

Contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas. Dispensa assinatura ou exige assinatura codificada ou senha. A segurança de tais contratos vem sendo desenvolvida por processos de codificação secreta, chamados de criptografia ou encriptação. Tal método vem sendo aperfeiçoado, porque foi verificado que certos técnicos, mal-intencionados, chamados em inglês *hackers* ou *crackers*, conseguem descobrir as senhas e penetrar nas contas ou operações secretas, inclusive transferindo dinheiro de contas bancárias.

Oportuno ressaltar que, para que os contratos eletrônicos sejam aceitos e vistos com credibilidade, atributos necessários ao comércio eletrônico, devem cumprir determinados requisitos de segurança, tais como a criptografia, que será esclarecida mais adiante.

Na visão de Andrade (2004, p. 31, grifo do autor), contrato eletrônico, também denominado cibernético por alguns autores, pode ser conceituado da seguinte forma:

É o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, e cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma, entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, *Internet*, (...) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo.

Oportuno mencionar que, a utilização da expressão contrato eletrônico não é aceita por todos de maneira unânime, e, sobretudo entre os juristas pátrios. Amparados em preciosismos técnicos, diversos autores defendem como mais correto a utilização de termos tais como: contratos cibernéticos; contratos digitais; contratos por computador; contratos *on-line*, ou ainda, contratos informáticos ou por meio de informática.

Tendo em vista a uniformização do presente trabalho e por entender que todos os termos têm os mesmos significados, procurar-se-á adotar a expressão contrato eletrônico ou contratação eletrônica. Mas, deve-se ressaltar que em algumas situações serão utilizados os termos sinônimos acima referidos, com o intuito de não tornar o texto repetitivo e maçante ao leitor.

3.2 Contrato eletrônico como relação de consumo

Atualmente, com a popularização dos PCs e a utilização da Internet para fins comerciais, o comércio eletrônico transformou-se num mercado mundial, quase não inimaginável. No entanto, qualquer modelo de operação para a compra de um produto ou de um serviço pode ser ajustado por meio de contratação eletrônica. O B2C (*Bussiness-to-Consumer*) alavancou de uma forma espantosa, impulsionando grandiosos investimentos.

Nas transações realizadas por meio da Internet, sempre há a figura do fornecedor de bens ou serviços; um consumidor-usuário que compra na qualidade de consumidor final os produtos ou serviços colocados à disposição num *website* pelo

fornecedor; e por fim, uma contratação bilateral, a qual se baseia num contrato eletrônico.

Nesse sentido Schoueri (2001, p. 97), define os contratos de consumo virtuais, eletrônicos ou, ainda, B2C, como sendo “[...] os negócios efetuados através da Internet entre as empresas, na qualidade de produtoras, fabricantes, fornecedoras e etc., e o consumidor final, destinatário derradeiro dos respectivos produtos ou serviços.”

As definições de consumidor e fornecedor elencadas no Código de Defesa do Consumidor são perfeitamente empregáveis ao comércio eletrônico. É por meio delas que se pode constatar a formação da relação de consumo, onde o *site* pode também se visto como estabelecimento do fornecedor de bens ou serviços.

Observa-se que, para que esta relação de consumo não tenha reflexos judiciais (em caso de descumprimento de alguma das partes), o fornecedor precisa ser claro e informar ao consumidor como proceder na contratação virtual, de maneira que este possa encerrar a contratação sem aborrecimentos³¹. Esta obrigação se deve ao fato de que o consumidor, sem dúvida, é o elo mais vulnerável da relação consumeirista, e assim, não pode ser surpreendido por ofertas e publicidades abusivas e enganosas realizadas pelo fornecedor.

No mesmo sentido, o empresário ou industrial brasileiro que noticiar os seus produtos no comércio eletrônico deve observar as normas do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que diz respeito à oferta. Exigindo-se esclarecimentos sobre os produtos, destacados em português, com referência aos prazos de validade, preço, qualidade, garantia, origem e eventuais riscos à saúde ou segurança do consumidor (Lei nº 8.078/90, artigo 31). Ademais, exige-se informações relacionadas à identificação dos fabricantes pelo nome e endereço (Lei nº 8.078/90, artigo 33). Se os

³¹ Nesse sentido, interessante mencionar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS - Apelação Cível Nº 70026683938 - 9ª Câmara Cível - Comarca: Porto Alegre - Apelante: Kathleen Fraga Keenan - Apelado: B2W COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO (Americanas.com) - Relator: Tasso Caubi Soares Delabary - Data do julgamento: 29/04/2009 - EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. COMPRA E VENDA PELA INTERNET. ERRO. COBRANÇA DUPLICE NA FATURA DO CARTÃO DE CRÉDITO. ATENDIMENTO ON LINE. DESCASO COM O CONSUMIDOR. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS.

Supera o mero dissabor a situação dos autos em que a autora, ao adquirir produtos pela internet, teve lançado em duplicidade os valores em seu cartão de crédito. Diversos contatos entre o consumidor e o fornecedor sem que o impasse fosse solucionado. Descaso com o consumidor verificado. Cessação da cobrança atingida apenas mediante ação judicial. Dano moral caracterizado. (grifos nossos)

Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 27 out. 2010.

dados transmitidos são incompletos ou obscuros, tende a prevalecer a condição que melhor beneficie ao consumidor (Lei nº 8.078/90, artigos 30 e 47). E, se não forem verídicas, representa-se vício de fornecimento, sendo que a desigualdade entre a realidade do produto ou serviço e os apontamentos constantes da mensagem publicitária, na forma dos artigos 18 e 20 do mencionado Código, caracteriza vício de qualidade.

O consumidor que contrata por meio eletrônico, assim como em todo e qualquer negócio, é passível de ser surpreendido por prejuízos. Têm-se como exemplos, os riscos de erros e manipulações no exato instante de fechar ou de se arrepender do negócio; falsos fornecedores, que não cumprem com os pactos; a demora exagerada na entrega do produto ou serviço; entre outros.

Nesse prisma, Blum (2002, p. 71), adverte que em razão do princípio da solidariedade legal da responsabilidade objetiva, o prestador de serviços na rede, como um Banco, poderá ser compelido a responder pela reparação do dano decorrente de falha na prestação desse serviço, ainda que a falha seja originária do provedor de acesso do cliente consumidor:

Caso a empresa se disponha a efetuar comércio eletrônico, ofertando produtos e serviços na rede, deverá previamente munir-se dos recursos da chamada tecnologia de informação a fim de criar em seu site um ambiente seguro para suas transações com os consumidores.

Nesse sentido, Gonçalves (2008, p.88), reforça o entendimento de que somente os anunciantes e fornecedores de produtos e serviços devem responder pelas informações inseridas no meio eletrônico:

Anote-se que essas cautelas devem ser tomadas pelo anunciante e fornecedor dos produtos e serviços, como único responsável pelas informações veiculadas, pois o titular do estabelecimento eletrônico onde é feito o anúncio não responde pela regularidade deste nos casos em que atua apenas como veículo. Do mesmo modo, não responde o provedor de acesso à Internet, pois os serviços que presta são apenas instrumentais e não há condições técnicas de avaliar as informações nem o direito de interceptá-las e de obstar qualquer mensagem³².

³² Nesse mesmo sentido, interessante mencionar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: Apelação Cível nº 1.0105.02.069961-4/001 em conexão 1.0105.02.065800-8/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Universo Online S/A - Apelado: José Ribeiro de Freitas e outro - Relator: Elpídio Donizetti; Data do julgamento: 18/11/2008; Data da Publicação: 10/12/2008. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PUBLICAÇÃO DE TEXTO OFENSIVO EM SÍTIO VIRTUAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - APLICAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA - IMPOSSIBILIDADE - PROVEDOR DE HOSPEDAGEM - AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR - AÇÃO CAUTELAR - NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - ABSTENÇÃO DE PUBLICAR TEXTOS FUTUROS -

O emprego de cláusulas abusivas nos contratos eletrônicos provém de uma prática muito comum. O fato do contrato ter sido celebrado eletronicamente, não distancia a incidência da regra disposta no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser consideradas nulas de pleno direito.

Oportuno ressaltar a aplicabilidade aos contratos eletrônicos da regra contida no artigo 46 do referido diploma, conforme a qual os contratos que regem as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for concedida a oportunidade de

IMPOSSIBILIDADE - À falta de legislação específica, comumente tem-se aplicado às relações travadas na rede mundial de computadores o regramento atinente à lei de imprensa, equiparando-se o sítio virtual - ou site, para os menos apegados à língua pátria - à figura da "agência noticiosa" contemplada nos artigos 12 e 49, § 2º, da Lei nº. 5.250/67.- No entanto, essa exegese do referido artigo não pode ser feita de forma irrestrita, devendo-se atentar para as peculiaridades do meio de comunicação considerado. - A internet consiste em um conglomerado de redes de computadores dispersos em escala mundial, com o objetivo de realizar a transferência de dados eletrônicos por meio de um protocolo comum (IP = internet protocol) entre usuários particulares, unidades de pesquisa, órgãos estatais e empresas diversas.- Ainda que a internet seja um meio de comunicação relativamente recente, não há que se falar em necessidade de norma especial para sua regulamentação, salvo casos que versem sobre especificidades técnicas de sistemas de informática.- O provedor de hospedagem permite que o usuário publique informações a serem exibidas em páginas da rede. A relação jurídica aproxima-se de um contrato de locação de espaço eletrônico, com a ressalva de que poderá ter caráter oneroso ou gratuito. - **Em regra, o provedor de hospedagem não é responsável pelo conteúdo das informações que exhibe na rede, salvo se, verificada a ocorrência de ato ilícito, se recusar a identificar o ofensor ou interromper o serviço prestado ao agente. Isso porque não há que se falar em dever legal do provedor de fiscalizar as ações de seus usuários.** Destarte, a responsabilidade civil do provedor de hospedagem é regida pelas normas do Código Civil, afastando-se a aplicação da lei de imprensa. - A sentença destituída de fundamentação é nula de pleno direito, por faltar-lhe um dos requisitos indispensáveis, insculpidos no art. 485 do CPC. Todavia, o fato de a fundamentação ser exposta de forma concisa não macula a decisão.- **Não se pode perder de vista que, além de inexistir norma que impute ao provedor de hospedagem o dever legal de monitoramento das comunicações, esse procedimento seria inviável do ponto de vista jurídico, pois implicaria fazer letra morta da garantia constitucional de sigilo (art. 5º, XII da CF/88).** (grifos nossos)

Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=105&ano=2&txt_processo=69961&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=Contratoeletrônico&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 16 out. 2010.

Ainda com relação ao mesmo tema em comentário, deve-se ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação nº 991090265433 (7385781700) – 22ª Câmara de Direito Privado - Comarca: Adamantina - Relator: Matheus Fontes - Data do julgamento: 30/09/2010 - Data de registro: 15/10/2010. EMENTA: INDENIZAÇÃO - COMERCIO ELETRÔNICO - COMPRA DE MERCADORIA PELA INTERNET - DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELO VENDEDOR - PAGAMENTO MEDIANTE BOLETO BANCÁRIO - PRETENDIDA RESPONSABILIDADE DO BANCO - INADMISSIBILIDADE - CONDIÇÃO DE MERO PROCURADOR DO CEDENTE - APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

Ocorreu que o autor comprou mercadoria pela internet, pagou e não recebeu. Foi vítima de golpe aplicado pela vendedora, **mas não pode pretender responsabilizar o banco pelo prejuízo. O banco tinha apenas contrato de prestação de serviços com a lojista** - sua cliente tanto como o apelado -, incumbindo-lhe receber os títulos para cobrança e efetuar os depósitos na conta-corrente da cedente, **não passando de mero intermediário**, na qualidade de procurador do cedente. **Com efeito, nada contratou com o autor, não podendo ser responsabilizado se ele deixou de receber o produto ou mercadoria da vendedora.** (grifos nossos)

Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4752267&vlCaptcha=zjxKe>>. Acesso em 17 out. 2010.

saber sobre o seu conteúdo, ou se os relativos instrumentos forem confeccionados de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Ante o exposto, se faz necessário concluir que as práticas de ofertar e adquirir produtos e serviços pelo meio eletrônico resultam em relações de consumo, e se submetem ao crivo do Código de Defesa do Consumidor.

3.3 Requisitos de validade do contrato eletrônico

A contratação eletrônica é juridicamente legítima desde que cumpra os elementos fundamentais (requisitos de validade) do negócio jurídico; haja possibilidade de identificação do emitente da vontade validada; e, ainda, obediência aos princípios da autenticidade e da integridade do documento eletrônico empregado, ou seja, a *equivalência funcional* (art. 6º da Lei Modelo de Comércio Eletrônico da UNCITRAL) que iguala a mensagem eletrônica a qualquer documento tradicional.

Consoante já mencionado no Capítulo 1, a nossa lei civil dispõe, no plano da validade, a existência simultânea de quatro elementos do negócio jurídico, que são: manifestação da vontade livre e de boa-fé, forma prescrita ou não defesa em lei, agente capaz e legítimo, objeto lícito, permitido, determinado ou determinável. Estes requisitos alcançam os contratos produzidos por meios eletrônicos.

Dessa forma, para que os contratos tenham validade, necessariamente precisam levar em consideração a figura do contratante, que deve possuir capacidade de direito e de fato. Assim, contrato eletrônico firmado por pessoa relativamente ou absolutamente incapaz é inválido, exceto se, em referência à primeira deficiência, isto for suprido.

Ocorre que na prática, no que diz respeito aos contratos eletrônicos, a verificação deste requisito de validade é bem complexo, o que lhe concede atenção. É sabido que diversos contratos são firmados por absolutamente incapazes, como, por exemplo, crianças que adquirem jogos para computador, equipamentos eletrônicos, CD's, DVD's etc.

Mas, o que fazer perante esses fatos, em que, não raras vezes, citados negócios não tem a concordância dos responsáveis legais, e quando tomam conhecimento do ocorrido, já não há mais tempo para fazer nada?

Entende-se que, conforme os preceitos dispostos na legislação consumeirista, dispondo o mundo tecnológico de meios hábeis a garantir a veracidade dos dados informados durante uma contratação *on-line*. Nesse sentido, o fornecedor que se

favorece deste canal de venda, deve tomar cautelas para uma negociação efetiva e segura, sob pena de responsabilização.

Prosseguindo na análise dos requisitos legais de validade dos negócios jurídicos pactuados eletronicamente, o segundo a ser evidenciado é o objeto contratado. Também este requisito pode causar sérios problemas. Uma contratação virtual, por exemplo, torna fácil a comercialização de produtos defeituosos, falsos, viciados etc. Isto ocorre em razão do consumidor normalmente avaliar o produto que irá comprar por meio de meras fotos e informações emitidas exclusivamente pelo fornecedor. Também, deve-se somar a isso, a incerteza quanto à pessoa do fornecedor.

Apenas a título de ilustração, imaginem a seguinte ocorrência: O consumidor pactua a contratação, paga o preço, e quando recebe o produto, vê que não é verdadeiro. Procurando o fornecedor com o intuito de reaver o dinheiro, descobre ainda que as informações dispostas sobre a sua qualificação e endereço no *site* eram falsas. Então, o que fazer?

A mencionada situação é mais corriqueira do que se possa imaginar. Conforme o ordenamento jurídico vigente, a solução para tanto é bastante simples, pois em todos os casos referidos, ou seja, referente aos produtos falsos, viciados ou até mesmos ilícitos, a responsabilidade recairá sempre na pessoa do fornecedor. Dessa forma, se o objeto contratado não atendeu a necessidade do contratante porque não correspondeu àquele ofertado, tem o consumidor direito de ser indenizado, sendo que esta solicitação não necessita obedecer ao prazo de reflexão disposto no CDC, uma vez que a contratação originou-se de dolo e má-fé do fornecedor, obstando por esta razão à formação de uma vontade livre do consumidor.

No que concerne a falsidade das informações do fornecedor e dificuldade de encontrá-lo para solicitação do ressarcimento, entende-se que este obstáculo é de ordem tecnológica. Com base nos recursos tecnológicos existentes atualmente, isso pode ser facilmente superado³³.

O terceiro pressuposto, que não é menos relevante, diz respeito à forma. Nossa lei civil, segundo já foi esboçado, dispõe como regra a liberdade de forma. Presta-se a

³³ Através do IP (“número único que identifica um determinado computador conectado à internet em um determinado momento. Este número, atualmente, é dividido em quatro partes com três dígitos cada. Toda vez que um usuário se conecta à rede, seu computador recebe automaticamente de seu provedor de acesso um determinado número de IP que é único durante aquela conexão”) é possível saber a localização dos computadores dos contratantes. “Em razão de guardarem os dados cadastrais de seus usuários e das conexões por eles realizadas, os provedores de serviços de internet detêm todas as informações que possibilitam sua identificação e localização”. *In*: LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2005. p. 7.)

forma, conforme especifica Rodrigues (2006), a favorecer a prova, assegurar a autenticidade do ato e obstar o vício de vontade por dolo ou coação.

Um último requisito a enfatizar é o do consentimento, que se cuida de um elemento relevante, tendo em vista que é ele que estabelece a relação jurídica e vincula às partes sobre determinado objeto.

Por outro lado, existem fatos que devem ser considerados, pois é de conhecimento de todos, que uma compra e venda por meio eletrônico, por exemplo, não raras vezes ocorre por meio de um mero *download*, ou senão por meio de um simples clique no *link* 'aceito'. Isto é considerado um ato instantâneo, que, pela sua simplicidade, quase sempre não corresponde à verdadeira intenção do comprador contratante.

Sobre esta questão, manifesta-se Marques (2002a, p. 45, grifo da autora):

Entrando no mundo virtual dos *sites* (imagens), o caminho é repleto de imagens (e linguagens), e um simples tocar no teclado significa aceitação, um simples continuar um caminho virtual de imagens, de sons e de mínimas palavras significa uma declaração de vontade tácita, um simples continuar no *site*, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva.

Logo, eis uma linha realmente tênue entre o consentimento verídico e o ignorante. Apesar de parecer evidente este requisito, é delicado a sua aplicação na prática.

Não resta dúvida de que a principal restrição para a aceitação do documento eletrônico como meio de prova lícito e válido tem a ver com a sua integridade e autenticidade. Por isso, especialistas têm produzidos esforços sem cessar no setor tecnológico, tendo em vista que somente por meio dele que poderá obter as garantias necessárias.

Estes questionamentos a respeito da autenticidade e integridade de documentos eletrônicos, não se referem somente à confiabilidade transmitida entre as partes contratantes, mas atingem diretamente a questão de sua força probante, ou seja, haveria a possibilidade de um documento eletronicamente produzido ser empregado como meio de prova em juízo? Seria ele efetivamente um 'documento'?

Chiovenda (2001) conceituou documento como sendo a representação material direcionada a tornar pública certa demonstração do pensamento, como uma voz efetivamente permanente.

Ocorre, porém, que o referido conceito evoluiu, o que faz com que não seja razoável persistir-se na ideia de que somente o documento escrito possa ser utilizado como prova no processo civil.

Então, nota-se que nada dificulta que o documento eletrônico, que é composto e identificado por uma sequência coordenada de *bits*, estabelecida por meio de um programa de computador, seja acolhido de forma efetiva como documento, capaz de criar fatos, e ter valor probante.

Retomando o posicionamento já externado no início deste tópico, reitera-se o entendimento de que a legislação posta é completamente aplicável e bastante para a disciplina e garantia das transações *on-line*, como veremos mais adiante quando tratarmos da legislação aplicável aos contratos eletrônicos. Resta-nos, porém, bem observá-la e interpretá-la em sua complexidade na prática.

Tem-se, portanto, que nada restringe a aceitação do contrato eletrônico como um instrumento válido de prova no processo, desde que obedecidos todos os requisitos à contratação válida. Entende-se assim que, além de ser considerado um desafio jurídico, é também uma questão tecnológica, uma vez que é objeto dos especialistas produzirem meios cada vez mais seguros e capazes de resguardar o armazenamento do contrato eletrônico pactuado entre as partes.

3.4 Formação dos contratos eletrônicos

Não há no Código Civil qualquer restrição à elaboração do contrato por via eletrônica, exceto nas hipóteses legais em que se requer forma solene para a validade e eficácia negocial. As ofertas nas *homepages* acompanham as normas dos artigos 427 e 428, do Código Civil, e uma vez concluída a proposta e a aceitação, por exemplo, pela entrega do número de cartão de crédito ao peticitante, o negócio virtual passa a ter vida, validade e eficácia.

Nesse sentido, Diniz (2006, p. 766, grifo da autora), reforça o entendimento de que o contrato eletrônico em nada difere de um contrato comum, produzindo os mesmos efeitos.

[...] Assim, p.ex., na empreitada virtual, em caso de encomenda de confecção de *site*, se o teleempreiteiro, ao realizar o trabalho técnico, se afastar ou não seguir as instruções do contratante, sofrerá as consequências previstas no Código Civil. Quem usar *site* para divulgar produtos ou serviços deve acatar o Código de Defesa do Consumidor [...].

Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 51, I, considera abusiva e não permite a existência de cláusula que reduza, por qualquer forma, os direitos do consumidor (cláusula de não indenizar). Entretanto, o consumidor brasileiro pode ter conferido sua adesão a uma proposta de empresa estrangeira, sediada em país onde as leis admitam tal espécie de cláusula. E, assim, não terá o aderente como evitar a restrição de seu direito.

3.4.1 Lugar

Com o acesso a mercados estrangeiros pela *internet*, surge o problema de estabelecer o lugar de celebração do contrato para todos os efeitos legais. A adoção do critério do *locus regit actum*³⁴, previsto no artigo 435, do Código Civil em harmonia com § 2º, do artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil, preceitua que o direito empregável aos contratos em geral é aquele do lugar de onde originou a proposta. Assim, se um brasileiro adquire um produto ofertado pela Internet de empresa estrangeira, o contrato então pactuado rege-se pelas leis do país do contratante que fez a oferta ou proposta.

É certo, todavia, que o Código de Defesa do Consumidor expressamente estabelece que os consumidores brasileiros têm o direito de ingressar com ações contra os fornecedores estrangeiros perante o foro de seu próprio domicílio. Assim, o consumidor poderia impetrar a ação no Brasil, mas o direito a ser empregado pela corte brasileira teria de ser o alienígena, ou seja, do país de onde se originou a proposta.

Essa situação, como se nota, traz vários problemas. Assinala a propósito, e com razão, Silva Júnior (2001) que o emprego de direito estrangeiro pelos tribunais brasileiros não traz segurança nem para as partes e nem para o próprio Judiciário. A inclinação seria, assim, em princípio, a aplicação da *lex fori*, ou seja, a lei brasileira. Porém, do ponto de vista estritamente jurídico, tal solução não seria cabível. Além disso, para que a decisão de tribunal brasileiro seja honrada em países como os Estados Unidos, por exemplo, necessitaria ela ser confirmada pelas cortes americanas, o que

³⁴ ***Locus regit actum*** - O lugar regula o ato. Princípio segundo o qual a forma extrínseca ou relativa à prova dos atos jurídicos deve ser regida pelas leis do lugar onde eles se celebram, qualquer que seja a nacionalidade dos estipulantes. Disponível em: <<http://www.saberjuridico.com.br>>. Acesso em: 18 jan. 2011.

impõe ao consumidor, promover outra ação naquele país para que estas saibam da decisão decretada no Brasil.

Ressalta o citado autor a carência da legislação para a solução dessas questões, levando em conta que, em decorrência dessa dificuldade, surgem mecanismos criados pelo próprio mercado de consumo, como maneira de responder à necessidade de se garantir proteção institucional às relações consumeiristas. São os chamados ‘Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas’ (ADR: *Alternative Dispute Resolution*). Caso manifestações como essas se tornassem realidade, o consumidor que enfrentasse problemas no meio eletrônico, em vez de recorrer às cortes tradicionais, teria a opção de encaminhar-se a um fórum, criado basicamente com a finalidade de solucionar esse tipo de situação. A inclinação é que, num futuro bem próximo, todos os *sites* de *e-commerce* filiem-se a algum órgão de resolução de disputas.

Enquanto isso não ocorre, o consumidor brasileiro terá dois rumos a seguir, no caso de compra efetuada pela rede, em que a empresa vendedora esteja sediada em país estrangeiro: a) impetrar a ação judicial no país onde se localiza a empresa; ou b) ajuizá-la no Brasil, amparado pelo inciso XXXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, § 2º, do artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil, inciso II, do artigo 88, do Código de Processo Civil, e inciso I, artigo 101, do Código de Defesa do Consumidor.³⁵

³⁵ À título de contextualização, interessante trazer o Informativo nº 0434 do Superior Tribunal de Justiça - Período: 10 a 14 de maio de 2010. Quarta Turma - Competência. Ação Indenizatória. Imagem. *Internet*. Trata-se, na origem, de ação de reparação civil por danos materiais e morais proposta pela recorrida, alegando que foi contratada na Espanha para fazer *show* no exterior e meses depois, já no Brasil, local onde reside, viu, no endereço eletrônico da empresa contratante, ora recorrente, sediada na Espanha, imagens recortadas de várias fotografias dos *shows* nos quais havia trabalhado, além de outras utilizadas para propaganda. Alega, ainda, que havia cláusula expressa vedando a utilização das imagens sem prévia autorização, bem como cláusula de foro na Espanha. Assim, a Turma, entre outras questões, entendeu, com ressalva do Min. Aldir Passarinho Junior, que, **em razão de não haver lei que regulamente a jurisdição no ciberespaço, a ação mencionada pode ser promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, mesmo que a ré, ora recorrente, seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é no local em que reside e trabalha a pessoa supostamente prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão. Ademais, a cláusula de eleição de foro existente no referido contrato, embora admitido no sistema jurídico brasileiro, não impede que a ação seja proposta no Brasil, ainda que se trate de competência concorrente. A competência concorrente do juiz brasileiro não pode ser afastada pela vontade das partes.** Logo, a Turma, ao prosseguir o julgamento, negou provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag 989.921-SP, DJe 5/9/2008; REsp 533.556-SP, DJ 17/12/2004; REsp 191.169-DF, DJ 26/6/2000, e REsp 251.438-RJ, DJ 2/10/2000. [REsp 1.168.547-RJ](#), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11/5/2010. (grifos nossos)

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=Contrato+eetr%F4nico&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>.

Acesso em: 16 out. 2010.

Ressalta-se ainda, que o foro competente poderá ser deliberado pelas partes. Os contratantes têm liberdade para tomar esta decisão, podendo, até mesmo, instituir o juízo arbitral (Lei nº. 9.307 de 1996) como forma preponderante de resolução de litígios.

3.4.2 Momento

Outra questão importante, no que diz respeito à contratação eletrônica, versa sobre a sua caracterização como negociação entre ausentes ou entre presentes. Como já mencionado no Capítulo 1, é custoso saber exatamente quando se aperfeiçoa o contrato nestas circunstâncias, considerando-se presentes os que contratam por telefone (Código Civil, artigo 428).

Entende Venosa (2006, p. 522), que a contratação por meio de computador, pode ser realizada entre presentes, desde que a contratação seja simultânea:

[...] Na contratação via computador, somente podemos reputar entre presentes a formação do contrato quando cada pessoa se utiliza de seu computador de forma simultânea e concomitante, como se ocorresse uma conversa ordinária, materializada na remessa recíproca de dados: remetemos a proposta, o destinatário está à espera, lê-a no monitor e envia a aceitação ou rejeição, ou formula contraproposta.

Ademais, apesar de se utilizar a linha telefônica, cabo, fibra ótica, satélite, antena ou outro sistema, se faz necessário lembrar que na maioria das vezes, essa contratação não se faz entre presentes.

Nesse sentido, adverte o insigne civilista paulista:

Quem opera com esse sistema sabe que não é isso que geralmente ocorre. As transmissões são normalmente decorrentes de pré-programação, com horários acertados de transmissão, que procuram, por vezes, os momentos de menor sobrecarga na rede telefônica. Por sua vez, o receptor, o oblato no caso, raramente estará à espera da mensagem, a postos diante de seu equipamento eletrônico. Destarte, a contratação, nesse caso, é feita entre ausentes. Existem fases de apresentação da proposta e de aceitação bem nítidas (VENOSA, 2006, p. 522).

Assim, a contratação celebrada por meio de computadores, assim como, por meio de aparelhos de *fax*, ocorrerá entre presentes ou entre ausentes, dependendo

basicamente do posicionamento das partes quando dos envios das mensagens e documentos.

Wielewicki (2001) esclarece que, levando em consideração a rapidez do envio e recebimento de mensagens eletrônicas, dá para concluir que, independentemente do contraponto entre ausentes e presentes, a constituição dos contratos eletrônicos está subordinada a regimes diversos, conforme a duração do período existente entre a oferta e aceitação contratuais. Na constituição do contrato de forma *imediata*, o vínculo contratual eletronicamente formado dá-se instantaneamente com o envio de breve aceitação. Na formação contratual *ex intervallo*, quem manifesta a sua concordância eletrônica, emite a mensagem confirmatória depois de certo prazo de reflexão. Já na formação *ex intervallo temporis*, o emissor da aceitação passa-se a ser emitente de nova proposta, sob a forma de uma contraproposta.

Nesse sentido, não é razoável admitir o contrato como perfeito e acabado pelo simples envio do *e-mail* do aceitante ao proponente, uma vez que, por problemas técnicos diversos, alheios à sua vontade, o ofertante pode estar impossibilitado de receber *e-mails* ou conectar-se à Internet. Dessa forma, entende-se que a manifestação de vontade do aceitante só poderá ser reputada adequadamente transmitida quando alcançar o sistema de computador do proponente e seu acesso estiver disponível a este, restando, assim, configurado o vínculo contratual entre as partes.

Deve-se ressaltar que o acordo de vontades dá-se entre seres humanos e não entre máquinas. Os sistemas computacionais interligados são apenas os canais de comunicação entre as partes contratantes, sendo que não operam sozinhos e precisam ser previamente programados por uma pessoa, que estabelecerá as regras, condições e procedimentos para a contratação.

Nesse sentido, independentemente do regime de contratação adotado (*imediata*, *ex intervallo*, e *ex intervallo temporis*), os referidos sistemas são pré-programados por seres humanos, que utilizam a Internet como ponto convergente de vontades preexistentes, estabelecidas em uma negociação prévia.

Ademais, oportuno mencionar que o pagamento não constitui o momento de formação do contrato eletrônico, mas tão somente uma fase, ou seja, a do cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes. (Código Civil, artigo 481)

3.5 Classificação dos contratos eletrônicos

Sempre é bom lembrar, que os contratos eletrônicos não devem ser vistos como um novo modelo ou uma nova classe autônoma de contrato, mas tão-somente uma recente tecnologia de constituição contratual. Sua especificidade se origina somente pelo fato de que a contratação se perpetua mediante a utilização de computadores interligados em rede. Sob este aspecto, têm-se contratos eletrônicos de mútuo, contratos eletrônicos de compra e venda, contratos eletrônicos de comodato, contratos eletrônicos de prestação de serviço, dentre outros, desde que sejam pactuados por meio de uma rede de computadores.

Apesar de existirem diversas classificações demonstradas por pesquisadores do tema, todas relatam a mesma opinião e tem como ponto de partida as diferentes maneiras prováveis de contratação eletrônica. Divergem, portanto, das classificações tradicionais, tendo em vista que se baseiam nas diversas formas de emprego do computador, conectado em rede, para a manifestação de vontade das partes.

3.5.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos

Barbagalo (2001) define os contratos eletrônicos como intersistêmicos, ou seja, os constituídos por meio da utilização do computador como ponto convergente de vontades preexistentes, onde as partes apenas transferem para o computador as vontades decorrentes de prévia negociação, sem que a constituição dessas vontades sofra interferência de um equipamento interligado em rede.

Nesta classe de contrato, as partes, antecipadamente, empregando em geral a forma contratual clássica convencionam as cláusulas e regras que deverão orientar as negociações que serão efetuadas de maneira automática entre elas, por intervenção de dois sistemas de computador interligados. Pode-se mencionar a título exemplificativo, o débito automático em conta bancária.

Convém notar que, a contratação principal é realizada previamente, sem o auxílio de nenhum equipamento de informática, onde nessa fase, as partes expressam as suas declarações de vontade, seguindo sempre o modelo tradicional dos contratos, e fixam os critérios e protocolos de ajustes futuros que serão realizados automaticamente, ou seja, por meio dos sistemas de computador de cada um dos contratantes. Os presentes sistemas serão previamente programados para efetuar de forma eletrônica os negócios jurídicos acessórios, vinculados e regidos por um contrato escrito e combinado anteriormente entre as partes.

Portanto, tem-se a utilização da rede de computadores, mormente como canal de comunicação entre os sistemas informáticos das partes, sendo que a intervenção humana em cada uma das negociações secundárias posteriores, são dispensáveis.

Rossi (1999) esclarece que, na contratação intersistêmica, a demonstração de vontade das partes ocorre no exato momento em que os sistemas de computador de cada uma são programados para que a comunicação entre elas seja fixada, e, assim, tornar possível a realização de futuras, e, de modo geral, sucessivas transações eletrônicas, que poderão transformar-se em contratos derivados.

A contratação intersistêmica, desvia do objetivo deste trabalho, tendo em vista que as declarações iniciais de vontade das partes envolvidas são realizadas de maneira tradicional, com o emprego da escrita ou verbal, fixando as regras gerais de funcionamento dos acontecimentos futuros, que serão concretizados em um momento posterior, por meio de computadores interligados em rede.

3.5.2 Contratos eletrônicos interpessoais

Diferente do que acontece com a modalidade contratual intersistêmica, nos contratos eletrônicos interpessoais o computador não é somente um canal de comunicação entre as partes, mas tem uma participação elementar na constituição de vontade dos contratantes e na elaboração técnica da transação jurídica.

É sabido que a principal característica dessa categoria, nos dois extremos da relação, é a necessária interação humana, a partir do início da manifestação de vontade até o pronto estabelecimento do contrato, sendo que tudo é realizado eletronicamente, por meio de uma rede de computadores, na qual as partes envolvidas no contexto estão interconectadas.

Os contratos eletrônicos interpessoais, atentando-se para o aspecto da simultaneidade entre a emissão e a recepção da declaração de vontade de uma parte para outra, podem ser subdivididos em duas categorias distintas: os simultâneos e os não-simultâneos.

Os simultâneos são os constituídos entre partes que conectadas simultaneamente à rede de computadores, na qual a interconexão admita que a declaração de vontade de uma parte seja recebida pela outra no mesmo instante, ou em um mínimo espaço de tempo, em que for emitida, assim como ocorre nos contratos realizados em tempo real ou *on-line*. Como exemplo de contratação eletrônica

interpessoal simultânea, temos os contratos firmados em ambientes de conversação (*chats*) e aqueles celebrados com a utilização da tecnologia da videoconferência.

Barbagalo (2001) leciona que os contratos eletrônicos interpessoais simultâneos podem ser entendidos como realizados entre presentes, por analogia aos celebrados por telefone, pois, apesar das partes não estarem presentes fisicamente, as declarações de vontade são expressas e recebidas de maneira simultânea.

Já os contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos, são aqueles em que a demonstração de vontade pronunciada por uma parte não é recebida no mesmo instante pela outra, havendo, entre a declaração e a recepção, um período de tempo razoável, não havendo, portanto, simultaneidade entre a emissão e o recebimento de certa manifestação de vontade. Nessa modalidade de contratação eletrônica, pode-se citar um exemplo claro que é a celebração de negócio jurídico por meio do correio eletrônico (*e-mail*)³⁶. Os contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos, por analogia, são celebrados entre partes ausentes.

O *caput*, do artigo 434, do Código Civil, acrescenta a hipótese de novas maneiras de contratação entre ausentes, ao substituir a expressão ‘contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica’ pelo texto genérico ‘contrato entre ausentes’, sugerindo, assim, uma ampliação no objetivo dos contratos estabelecidos entre partes ausentes.

Por fim, se faz necessário esclarecer sobre a existência de doutrinadores que levam em consideração a utilização do correio eletrônico como uma ferramenta de contratação eletrônica simultânea, se as partes estiverem conectadas ao mesmo tempo à rede de computadores.

³⁶ Nesse diapasão, oportuno mencionar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: Apelação Cível nº 70013028261 - 12ª Câmara Cível - Comarca de Santa Cruz do Sul - Apelante: Vídeo System Ltda. - Apelada: Brasil Telecom S.A. - Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira - Data do Julgamento: 30/03/2006 - EMENTA:

AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. CONTRATO ELETRÔNICO. INEXISTÊNCIA DE FORMA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Em se tratando de contrato eletrônico interpessoal, no qual as partes interagem na manifestação de suas vontades, para a formação do próprio vínculo, independentemente de forma especial, não há como exigir-se a apresentação do contrato por parte da demandada, até porque a própria demandante demonstra que os termos do contrato foram livremente deliberados mediante proposta e aceitação por meio de correio eletrônico. (grifos nossos)

Apelo desprovido.

Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 17 out. 2010.

Nesse caso, Basso (2003) menciona que como as informações trocadas ocorrem instantaneamente, não se admite que se considere uma celebração ocorrida entre ausentes.

Logo, os contratos eletrônicos que se constituem por meio da permuta de manifestações de vontade realizadas por correio eletrônico há de serem vistos e consagrados como contratos entre ausentes, ou, empregando a classificação demonstrada, como contratos eletrônicos interpessoais não simultâneos.

3.5.3 Contratos eletrônicos interativos

Se nos contratos intersistêmicos tem-se essa ação exercida entre os sistemas de computadores e nos contratos interpessoais é imprescindível a interação entre duas ou mais pessoas, nos contratos eletrônicos interativos está presente um *mix* dos dois aspectos, ou seja, uma parte age reciprocamente com um sistema dedicado ao processamento eletrônico de informações.

Trata-se da classe mais inferior de contratos eletrônicos, onde se tem de um lado, uma parte que está ansiosa para estabelecer um determinado negócio jurídico, e, de outro, um computador já pronto para tornar disponível produtos e/ou serviços a todos que se conectarem à rede de computadores. É importante verificar que a preparação do sistema computacional, que está presente em um dos pólos da futura relação jurídica, é realizada num momento anterior, por uma parte, que imporá regras, condições e procedimentos em seu computador, para a celebração do negócio. De modo geral, quando efetivada a celebração do contrato, realizada entre uma parte interessada e o meio eletrônico programado, a pessoa responsável por este último não terá conhecimento instantâneo de que o negócio jurídico foi fixado.

Note-se que o sistema aplicativo onde a comunicação se firma, é um programa de computador que permite que diversos bancos de dados sejam acessados, pois contém funções múltiplas que torna possível que o usuário, escolha, por exemplo, itens de compra desejados, preencha formulários de dados pessoais e, especialmente, manifesta sua aceitação aos termos de fornecimento.

Os contratos eletrônicos interativos são os que mais normalmente são encontrados na rede mundial de computadores, onde geralmente a conclusão dos mesmos é realizada por meio do acesso aos chamados *web sites*, que, mediante a utilização de suas *páginas eletrônicas*, ofertam produtos e/ou serviços pela rede de computadores.

Os contratos interativos firmados pela rede de computadores, na maioria das vezes, apresentam-se como contratos de adesão, onde as suas cláusulas e condições são estabelecidas previamente e por apenas uma das partes que é a responsável pelo sistema de computador. Não é conferido à outra parte, o direito de modificar estas disposições, fazendo com que tenha que acatar as condições preconcebidas, se porventura houver interesse em realizar o negócio jurídico disponibilizado no *website*. Se os termos do contrato forem aceitos, a parte contratante terá que informar ao sistema de computador dados imprescindíveis para a finalização do negócio, assim como com relação à identificação da própria parte, bem como com relação à especificação do objeto.

3.6 Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos

Uma das grandes questões com que se depara o comércio eletrônico diz respeito à autenticidade dos documentos, que para a sua validade jurídica é preciso que seja devidamente assinado. Essa modalidade de assinatura, nada tem que ver com a manuscrita, conhecida e utilizada com frequência por muitos. Na classe de assinaturas eletrônicas enquadram-se diversos tipos de processos técnicos, que somente são aplicados pelos meios informáticos, como, por exemplo, a assinatura digital (criptográfica), o código secreto, a assinatura digitalizada, criptografia com chave privada (simétrica, com emprego de uma senha comum), criptografia com chave pública (assimétrica, com emprego de uma senha privada).

A doutrina, em decorrência do alto grau de convicção jurídica no que diz respeito a autenticidade da assinatura digital, tem recomendado a sua equiparação a um documento original escrito e devidamente assinado pelo seu subscritor, independentemente de lei específica ou lei complementar³⁷.

Diversos projetos de lei foram demonstrados com o propósito de disciplinar essa questão, sendo o Projeto nº 1.589/99³⁸, que atualmente tem o nº 4.906/2001, de iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil, o mais completo deles. Nesse projeto aparece a proposta de equiparação do documento eletrônico assinado pelo

³⁷ Na jurisprudência podem ser citados os seguintes precedentes: “Inventário. Certidão negativa quanto à dívida da União, obtida por meio da Internet. Não aceitação, com ordem de juntada de outra, fornecida pela Secretaria da Receita Federal. Portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Portaria 414/98) que concede a esse documento os mesmos efeitos da certidão negativa comum. Aplicação do disposto na Lei Fed. 9.800/99. Recurso a que se dá provimento” (TJSP, 1ª Câmara. Dir. Priv., AgI 139.645-4, rel. Dês. Luís de Macedo, j. 16-11-1999). No mesmo sentido acórdão da 8ª Câmara. Dir. Priv. da mesma Corte, AgI 105.464.4/7-SP, rel. Dês. César Lacerda, j. 17-3-1999.

³⁸ Dispõe sobre o comércio eletrônico.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=29955>. Acesso em 27 set. 2010.

seu autor, pelo ‘sistema criptográfico de chave pública’, àquele escrito e assinado, disposto no artigo 368 do Código de Processo civil. O citado projeto trata, ainda, da maneira pela qual ocorre a certificação da assinatura digital, de forma clara e detalhada³⁹.

Os principais problemas relacionados a aceitação de forma pacífica dos documentos eletrônicos, como meio de prova lícito e válido, referem-se à autenticidade e à integridade deles, que, pela alta volatilidade dos meios magnéticos, buscam tecnologias específicas, com capacidade de assegurar de modo preciso, o reconhecimento legítimo da autoria do documento e a inalterabilidade de seu conteúdo com referência ao que foi originalmente celebrado.

Acerca do tema, esclarece Blum (2001, p. 299), *in verbis*:

Entendemos, como ponto fundamental para a confiabilidade dos documentos eletrônicos, que se concentrem os esforços jurídicos em dois pontos para validá-los: primeiro, o de sua assinatura, ou seja, autoria. Nesse contexto já ressaltava Carnelutti sobre a importância de meios comprobatórios da correspondência trocada entre o autor aparente e o autor real de um documento. Assim, a assinatura que hoje firmamos em documentos materializados em meios físicos e através da qual nos identificamos, devem ter sua equivalência eletrônica, permitindo que documentos virtuais também possam guardar uma identificação positiva de autoria. Porém, não se pode dizer que apenas a identificação da autoria baste, pois mesmo que determinado documento seja apresentado e não se discuta sua autoria, é preciso que este seja seguro, isto é, capaz de ser protegido contra modificações posteriores, a não ser que assim deseje seu autor.

A autenticidade, logo, relaciona-se com a possibilidade de se reconhecer, com certeza ou com o alto grau de segurança, a autoria do documento eletrônico e, conseqüentemente, a demonstração de vontade nele representada. A integridade mostra a certeza de que o documento eletrônico não foi alterado em nenhum momento, sendo que, se qualquer modificação houve, esta será perfeitamente identificável, tendo a parte

³⁹ Podem ser mencionados ainda outros projetos relacionados indiretamente com o tema: PL 2.589/2000, que altera o parágrafo único do art. 541 do CPC, para validar as decisões disponíveis em mídia eletrônica; PL 2.765/2000, que dispõe sobre a adoção de mecanismos de segurança para o IR via web; PL 3.692/97, que dispõe sobre a publicação de listas de assinaturas da Internet; PL 1.489/99, que dispõe sobre a validade de registros magnéticos para elaboração de denúncias contra o Poder Público; PL 674/99, que altera a Lei n. 8.666/93, para incentivar o uso da Internet para licitação; PL 1.530/99, que obriga a Administração Pública a manter dados sobre licitações na Internet; PL 84/99, que dispõe sobre os crimes de informática; PL 3.016/2000, que trata do registro de transações de acesso a redes de computadores de uso público; PL 1.809/2000, que dispõe sobre a segurança nas transações bancárias por meios eletrônicos.

interessada a faculdade de se manifestar contra a mesma, se constatar que dela não teve participação, não teve ciência ou não relata a realidade dos fatos.

Os documentos tradicionais possuem garantia razoável conquistada ao longo do tempo. As autenticações mecânicas que conferem integridade ao documento, e os métodos de reconhecimento de firma, com o fim de analisar a autenticidade de uma assinatura, são atos corriqueiros nos cartórios brasileiros e, por razões que envolvem a segurança dos mesmos, já se tornaram quase que obrigatórios em todos os escritos relevantes. Já nos casos mais extremos, geralmente no âmbito judicial, a maioria das questões controvertidas relativas aos documentos, seja de autenticidade ou de integridade, podem ser solucionadas por meio de exames técnicos periciais fundados na grafologia.

Não obstante, os métodos de segurança referidos só se aplicam aos documentos clássicos, escritos, demonstrados em meio físico, palpável. Versando-se sobre documentos eletrônicos, o elevado grau de volatilidade do meio magnético, obsta o emprego dos procedimentos convencionais, sendo necessários, como já foi abordado, métodos modernos, com alto grau de tecnologia, capazes de conferir a autenticidade e a integridade desses documentos.

Por isso, o posicionamento de alguns autores não deve ser estranho, em razão do alto grau de volatilidade do meio magnético, pois se negam a imputar qualquer validade jurídica aos documentos eletrônicos. No entanto, não é possível compartilhar desta opinião, visto que tal entendimento teve origem em fato diverso dos próprios avanços tecnológicos e científicos que, num primeiro instante, fizeram surgir os documentos gerados e armazenados em meio magnéticos, que demonstram atualmente, soluções capazes de solucionar, com altíssimo grau de convicção, todas as intempéries geradas pela volatilidade do meio magnético, concedendo aos documentos eletrônicos, autenticidade e integridade até além do que as conquistadas com os documentos tradicionais.

É com base nesse pensamento que se passa a discorrer sobre o desenvolvimento de uma tecnologia, que, apesar de suas valiosas benesses, especialmente no que diz respeito ao manuseio dos documentos eletrônicos, ainda não foi regulamentada pelos nossos legisladores: a *assinatura digital*.

3.7 Assinatura digital

Uma declaração de vontade só tem relevância para o Direito quando for possível que o receptor identifique o seu emissor. A declaração obtida por um sujeito indeterminado não é tida como verdadeira demonstração de vontade, para fins jurídicos.

Nesse caminho, ensina-nos Queiroz (2001) que somente quando alguém exterioriza uma mensagem para outrem é que se configura uma verdadeira declaração, tornando-se emitente daquela demonstração. A identificação de quem transmite a declaração é, assim, elemento constitutivo da própria declaração.

Nos documentos tradicionais, ou seja, naqueles difundidos em meio físico, tangível, a identificação de seu emissor é realizada por meio de mera aposição da assinatura autográfica no instrumento onde está manifestada a declaração de vontade. Julga-se assinatura autográfica a inscrição manual comum que se faz normalmente há décadas, em algum documento, do próprio nome, completo ou abreviado, pseudônimo ou alcunha conhecidos, ou de outro sinal que identifique a pessoa.

Para Carnelutti (2002) a assinatura escrita deve fazer parte dos documentos com o intuito de cumprir três funções básicas, quais sejam: a indicativa, a declarativa e a probatória.

Já Correia, *apud* Blum (2001, p. 47, grifos do autor), esmiúça as funções da assinatura explicando que:

O termo assinatura significa, numa acepção ampla, qualquer ato pelo qual o autor de um documento se identifica e manifesta a sua concordância com o conteúdo declarativo dele constante, isto é, o ato de autenticação pelo próprio autor do documento por ele gerado ou gerado por terceiro e cujo conteúdo este aprova ou aceita. Portanto, a assinatura constitui um sinal ou meio, suscetível de ser usado com exclusividade e aposto a um documento, através do qual o autor deste: • revela a sua identidade pessoal de forma inequívoca; • manifesta a sua vontade de gerar o documento e emitir as declarações de vontade ou conhecimento dele constantes ou ainda, aderir ao seu conteúdo; e, • na medida do possível, procura preservar a integridade do documento, isto é, a sua inalterabilidade, máxime quando é objeto de comunicação com outra pessoa.

Apesar de ser o modelo de autenticação mais empregado, a assinatura feita pelo próprio autor não pode ser contemplada como um procedimento seguro, visto que, por mais que se esforce, seu autor nunca conseguirá reproduzi-la exatamente duas vezes de maneira idêntica. Tanto é verdade, que uma assinatura é tida como não verdadeira pela grafologia, somente pelo fato de nela faltar traços que na escrita autêntica podem ser individualizados e que são de difícil reprodução.

Carnelutti (2002) ressalta que é relevante verificar que a eficácia da assinatura autográfica se limita aos documentos tradicionais, onde o seu emprego nos documentos eletrônicos jamais poderia responder às finalidades básicas.

Parece evidente que a mera digitação de um nome, disposta ao final de um documento gerado em meio eletrônico, não pode ser considerada igual à assinatura autográfica, sendo que mais uma vez a volatilidade do documento eletrônico não traria segurança à validade da assinatura digitada, visto que sua modificação seria possível ser realizada por qualquer pessoa, a qualquer tempo, sem deixar rastros.

De fato, o emprego em documentos eletrônicos, de uma assinatura basicamente digitada torna insegura a prova a respeito da aceitação de quem emitiu a manifestação de vontade contida no documento com referência a seu conteúdo. Isto ocorre, pela possibilidade técnica de alteração de cláusulas, termos, datas, horas e até mesmo da própria assinatura, de maneira não perceptível, sem que nenhum vestígio seja deixado.

Queiroz (2001) leciona que a questão da assinatura em documentos eletrônicos, vem se arrastando há anos. Desde 1985, quando se pensava na constituição de um documento que pudesse ser realizado e guardado em meio magnético, procurava-se ainda uma tecnologia com a finalidade de substituir todas as funções relevantes da assinatura tradicional, assegurando toda sua importância face à autenticidade e à integridade do texto em apreço, visando, dessa forma, conceder validade jurídica aos documentos eletrônicos.

No decorrer dos anos, diversas técnicas e tecnologias foram apresentadas, mas todas foram contempladas insatisfatórias num ponto ou noutro, para assegurar o que um documento deva ter para ser válido juridicamente. Felizmente, com a união de esforços de diversos segmentos da ciência, pode-se afirmar que, atualmente, a questão da autenticidade e da integridade dos documentos eletrônicos foi resolvida com o emprego da então denominada *assinatura digital*. Esta nova tecnologia veio trazer segurança e credibilidade aos documentos criados e armazenados em meio eletrônico, dando-lhes confiabilidade em relação à sua autoria e ao seu conteúdo.

Para que o remetente possa assinar digitalmente um documento se faz necessário utilizar a sua chave privada, bem como a chave pública do destinatário, enquanto que o destinatário precisa de sua chave privada e ainda da chave pública do remetente. Mas antes de discorrer mais detalhadamente sobre as chaves públicas e privadas, que possibilitaram o emprego seguro dos documentos eletrônicos em quase

todo o mundo, é mister explicar sobre a tecnologia que serviu de parâmetro para seu surgimento e aprimoramento, que é a *criptografia*.

3.8 Criptografia simétrica e assimétrica

Tecnicamente falando, criptografia representa a proteção de uma mensagem conforme a utilização de um dos métodos (código ou cifrado) que modifica um texto em linguagem natural de computador, em texto cifrado ou vice-versa. O primeiro ou método primário, se baseia na troca de cada elemento individual do texto cifrado em código, por ser elemento que corresponde em linguagem natural. A lista dessas alterações ganha o nome de código de chaves e deve ser mantida em segredo com o propósito de assegurar a informação. O processo de cifragem se funda em modificar um texto em linguagem natural para texto em linguagem cifrada (criptografada), por meio da alteração criptográfica, mormente de tal forma que cada bit, caractere ou palavra do texto normal seja alterado por bit, caractere ou palavra do texto cifrado (criptografado).

Esta definição é extremamente técnica, o que, num primeiro contato, poderia motivar certa confusão aos operadores do Direito, não habituados com os termos das ciências informáticas. Em assim sendo, apresenta-se a seguir a conceituação apresentada por Queiroz (2001, p.389), definindo de forma clara:

Criptografia é a técnica utilizada para garantir o sigilo das comunicações em ambientes inseguros ou em situações conflituosas. Atualmente, sua aplicação se expandiu para além do mero sigilo, tornando-se um elemento essencial na formação de uma infraestrutura para o comércio eletrônico e a troca de informações.

Nesse sentido, criptografar uma mensagem está correlacionada a codificá-la, tornando-a assim protegida no caso de interceptação não desejada. Na verdade, criptografia é o método empregado para se obter uma comunicação segura. Para tanto, o usuário tem a faculdade de usar recursos simples, como os empregados pelas crianças ao trocar cada letra do alfabeto por um símbolo estabelecido. Cuida-se em modificar um texto legível em um conjunto de caracteres indecifráveis.

Acompanhando o posicionamento do ilustre professor Lucca (2001), esclarece que a criptografia é a ciência de escrever em código. Leciona que são duas as operações básicas da criptografia: o *encriptar*, que é transformar uma informação de fácil compreensão em uma forma incompreensível; e o *decriptar*, que é exatamente a

operação inversa, ou seja, transformar uma informação que não é possível ser compreendida em uma maneira fácil de compreensão.

A criptografia simétrica e a assimétrica, são os dois tipos de criptografia mais comuns e eficientes empregados nas redes de computadores.

Entende-se por *criptografia simétrica* ou chave privada, a que em uma mesma senha, mais habitualmente denominada de chave, é empregada para encriptar e decriptar um dado, ou seja, o conteúdo de certo documento ou texto poderá ser compreendido e incompreendido, codificado e decodificado, a partir de uma mesma chave. Cabe aqui informar que é considerada *chave* todo código secreto constituído por uma sequência de valores numéricos, dispostos por computador a partir da aplicação de algoritmos. É ela que abre ou permite o acesso a uma mensagem codificada ou lhe bloqueia o mesmo, criptografando-a.

A criptografia simétrica, porém, não tem valor para o mundo jurídico. Em que pese um determinado nível de segurança adquirido pela sua utilização, a criptografia de chave privada somente obstrui que o conteúdo do documento seja conhecido na eventual hipótese de ser captado por terceiro, quando da sua emissão pelo emissor ao receptor.

Blum (2001) alerta que um dos grandes problemas desse método é a necessidade de transferir a chave criptográfica a todos que tem interesse em ler e entender o que dispõe o documento. Assim, qualquer um que souber da existência da chave poderá modificar o documento ou até mesmo gerar novos documentos em nome do dono da chave, sem que qualquer rastro seja deixado. Dessa forma, a segurança desejada no que diz respeito à autenticidade e à integridade do documento inexistente, o que dificulta a utilização do documento como um meio de prova válido e eficiente para fins jurídicos.

A *criptografia assimétrica*, que também é denominada de criptografia de chave pública, é aquela em que chaves públicas e privadas são empregadas ao mesmo tempo, de maneira ordenada, nos procedimentos de encriptar e decriptar um documento. Esta modalidade de criptografia é normalmente utilizada como sinônimo de assinatura digital e, quando empregada a um documento eletrônico, confere a este o grau de segurança necessário e bastante para sua admissão jurídica como meio de prova.

Utilizando como parâmetro os apontamentos do professor Marcacini (2002), pode-se constatar que a criptografia assimétrica, ao contrário da simétrica, emprega duas chaves criadas por computador. Uma das chaves, conhecida como chave privada,

precisa ser mantida em segredo pelo usuário e em seu exclusivo poder, e a outra, a chave pública, que como o próprio nome diz, precisa ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números ligados entre si de tal forma que uma desfaz o que a outra faz. Encriptando a mensagem com a chave pública, cria-se uma mensagem cifrada, que não tem como ser decifrada com a própria chave pública que a criou. Somente com a utilização da chave privada é que se pode decifrar a mensagem que foi codificada com a chave pública, enquanto que o contrário também é verdadeiro, ou seja, o que for encriptado com o emprego da chave privada, só poderá ser decriptado com a chave pública.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que com a utilização da criptografia assimétrica, é possível criar assinaturas pessoais de documentos eletrônicos, cifrando a mensagem com a chave privada. Depois do emprego da chave pública, é possível verificar a autenticidade da assinatura, mas não é possível produzir uma assinatura com esta chave. As assinaturas digitais assim geradas ficam de tal sorte associadas ao documento eletrônico subscrito que, perante a menor modificação, a assinatura se torna inválida. A técnica não só admite comprovar a autoria do documento, como fixa uma imutabilidade lógica do seu conteúdo. Por imutabilidade lógica entende-se que o documento ainda pode ser modificado, sem deixar vestígios no meio físico onde está gravado (esta, aliás, é uma característica relevante do documento eletrônico, que permitirá desvinculá-lo do meio físico e transmiti-lo por meio eletrônico); contudo, a modificação posterior do documento invalida a assinatura, o que faz com que o documento perca a sua validade como prova.

Convém salientar que a assinatura produzida por um sistema de criptografia assimétrica em nada se parece, visivelmente, a uma assinatura manuscrita. A Assinatura Digital é, na verdade, um número, provindo de uma operação matemática, que tem como variáveis o documento eletrônico e a chave privada, guardada pelo signatário com exclusividade. Como a chave privada está sob a guarda restrita do seu titular, somente ele pode ter atingido o número reproduzido pela assinatura. A assinatura digital de uma mesma pessoa será diversa para cada documento assinado, tendo em vista que esta se trata de uma das variáveis da função matemática, tendo o seu resultado (assinatura), como diverso para cada documento. Isto impede que uma mesma assinatura seja empregada em outros documentos.

Diferentemente do que acontece com a assinatura manual, que apresenta traços sempre semelhantes, e assim é verificada. A conferência da assinatura digital é realizada

com a utilização da chave pública, empregando o documento subscrito também como variável: se, com a chave pública, conseguir-se decifrar a assinatura e relacioná-la ao documento, representa que foi a chave privada que a criou para aquele documento, que não foi modificado desde então.

Atentando-se para o atual estágio do progresso tecnológico, pode-se afirmar que a única forma conhecida, demasiadamente segura para assinar documentos eletrônicos e mantê-los inalterados, é por meio de processos criptográficos de chave pública.

Convém ressaltar, como nos alertou o professor Marcacini (2002) que a presente assinatura digital não conserva semelhanças capazes de emparelhá-la visualmente à assinatura formal, tradicional ou manuscrita. Em contrapartida, as atribuições inerentes à assinatura digital são plenamente resguardadas, admitindo-se que se identifique com clareza o autor do documento e a certeza de que o conteúdo do texto continua inalterado.

Conforme esclareceu o festejado professor, assinado um documento eletrônico com a utilização de uma chave privada (exclusiva ao assinante), sua autoria pode ser verificada com facilidade, empregando-se a chave pública de livre distribuição. O sistema de chave privada admite, no entanto, exclusividade ao seu proprietário no manejo com sua assinatura, aspecto elementar para a sua confiabilidade.

Conforme já salientado, além de solucionar a questão da insegurança referente à autoria, a assinatura digital assegura a plena inalterabilidade do conteúdo de um documento eletrônico. Isto porque, de acordo com o que já foi dito, cada documento eletrônico é na verdade uma sequência lógica e ordenada de *bits*, que está correlacionado, conforme uma linguagem própria dos computadores, à demonstração de vontade disposta no mesmo. Assim, cada documento eletrônico é demonstrado por uma sequência de *bits* diversa. Exceção à regra somente acontece quando se está perante os dois documentos contendo textos idênticos, caso em que a sequência de *bits* também será a mesma.

Relevante salientar que qualquer modificação no texto do documento eletrônico, por mínimo que seja, acarretará na invalidade da assinatura digital a ele vinculada. O controle da integridade do documento é tão rigoroso que a mera inserção de um espaço entre duas palavras ou mesmo a correção de um erro de grafia ou pontuação que, por acaso, faz parte no texto do documento eletrônico, dará ensejo, obrigatoriamente, na perda do vínculo deste com a assinatura digital original. Em que

pese às alterações referidas não modificarem o conteúdo do documento, ensejarão, contudo, uma sequência de *bits* diferente da anterior que, por sua vez, não achará correspondência com a assinatura digital do documento, certo que esta foi produzida a partir da sequência de *bits* original.

No que se refere à confiabilidade da própria tecnologia criptográfica assimétrica, ou, em outras palavras, da produção de assinaturas eletrônicas, pode-se considerar que, atualmente, não existem meios técnicos capazes de fraudar a segurança da metodologia de chave pública. Em suma, não há ainda tecnologia avançada o bastante para se conseguir, ilegalmente, a chave privada ou pública a partir do documento eletrônico.

Diante do exposto, não há como contestar o alto grau de segurança ofertado pela tecnologia da criptografia, no que se refere à constatação da autoria de um documento eletrônico e da transparência de que seu conteúdo permanece sem ser modificado desde sua produção pelo autor. Dessa forma, não existem barreiras para que um documento eletrônico, uma vez assinado digitalmente, seja igualado a um original escrito e assinado de maneira autógrafa pelo seu subscritor, em razão de que os pressupostos de autenticidade e de integridade, elencados nos artigos 371, 368 e 373, do Código de Processo Civil foram plenamente cumpridos, não havendo, por conseguinte, motivo para que o documento eletrônico não tenha força probante.

3.9 Autoridade certificadora e o certificado digital

Compreendido o conceito, os procedimentos e as inegáveis vantagens da assinatura digital para aumentar a confiabilidade das transações realizadas em meio eletrônico, se faz necessário tecer alguns comentários breves a respeito de dois relevantes sistemas de efetivação de tal tecnologia.

Tendo em vista justamente evitar possíveis problemas de fraude no emprego das assinaturas digitais é que se estabeleceu a chamada *autoridade certificadora*, o segundo e mais relevante sistema de efetivação da criptografia assimétrica. Este logicamente é o método mais garantido e divulgado, principalmente quando as partes envolvidas não se conhecem ou não se comunicam com frequência.

De acordo com Blum (2001, p. 51, grifo do autor), é a autoridade certificadora que reunirá os dados necessários para identificar cada portador de chaves, seja pública ou privada. Vejamos o que diz o eminente professor:

O papel da autoridade certificadora é criar, ou possibilitar a criação de um par de chaves criptográficas (a chave pública e a chave privada) para o usuário, além de atestar a identidade do mesmo (conferindo, minuciosamente, sua identidade física, pelos meios tradicionais). A certificadora emite um “certificado” contendo a chave pública do usuário e esse certificado acompanhará os documentos eletrônicos assinados, conferindo as características essenciais da integridade e da autenticidade.

Logo, a autoridade certificadora é um terceiro, estranho à transação eletrônica, responsável por uma autenticação digital da chave pública realizada logo em seguida a constatação da autenticidade de seu emitente. A verdadeira identidade das partes é realizada após a obtenção de informações adicionais que lhe são solicitadas pela autoridade certificadora, tais como nome ou razão social, CPF/MF ou CNPJ/MF, endereço residencial, domicílio ou sede, e outros que se fizerem necessários.

Assim que evidenciada a válida vinculação entre a chave pública e seu emitente, ou seja, destarte comprovada a identidade física da parte, a autoridade certificadora emitirá um *certificado digital* onde comprovará todas as informações colhidas e imprescindíveis para garantir a plena segurança à transação eletrônica. O certificado emitido é composto de informações que associam a assinatura e a sua respectiva chave pública à certa pessoa, reconhecida como proprietária das chaves, com fundamento em registros que necessariamente precisam ser conservados pela autoridade certificadora em lugar seguro e a salvo de adulteração.

Além do já exposto, a autoridade certificadora, também denominada de tabelião virtual, normalmente é incumbida de publicar as chaves públicas certificadas, guardando-as em lugares seguros com facilidade para serem verificadas por qualquer pessoa interessada.

Convém ressaltar que a autoridade certificadora somente lida com chaves públicas, conservando-as e conferindo-as publicidade; sendo que a chave privada apenas deve ser de conhecimento do seu titular. A este cabe guardá-la em lugar seguro e completamente confidencial, pois o documento eletrônico somente será digitalmente assinado com ela, assegurando assim, que qualquer modificação posterior possa ser prontamente verificada.

Para ilustrar como seria a atuação prática de uma autoridade certificadora numa transação efetuada via *internet*, trazemos à colação um exemplo didático publicado por

Lauro Rutkowski, no jornal *Correio Braziliense*, numa matéria onde é discutido o papel e a necessidade de criação do que o autor chamou de *cartórios eletrônicos*. Vejamos:

Um estudante deseja comprar um livro pela Internet. Depois de selecionar o produto, ele preenche o formulário padrão de compra apresentado na *homepage* da livraria e ‘assina’ o pedido com uma seqüência de números e letras. Essa seqüência deve ter sido previamente registrada em uma empresa certificadora, encarregada de armazenar as assinaturas eletrônicas.

Depois de preenchido, o formulário é enviado a uma empresa pública ou privada de certificação indicada pelo estudante. Essa empresa funciona como um cartório: registra as seqüências de números e letras correspondentes a cada usuário em bancos de dados altamente protegidos. A mensagem enviada à certificadora é criptografada, ou seja, só pode ser lida pelo computador da certificadora.

Se não houver coincidência entre a seqüência fornecida e a seqüência registrada, a certificadora envia uma mensagem ao estudante e à livraria avisando que há problemas, o que inviabiliza a compra.

Se houver coincidência, a livraria receberá uma mensagem atestando a autenticidade da assinatura eletrônica do estudante. O negócio só estará fechado no momento em que a livraria enviar mensagem ao estudante confirmando a venda. Essa mensagem também passará por uma empresa certificadora, que dirá se a seqüência de números e letras informada pela livraria coincide com a assinatura eletrônica registrada.

O estudante recebe a mensagem da livraria, confirmando a operação. Se houver necessidade, essa mensagem poderá ser impressa por qualquer uma das partes e terá valor legal, pois se tratará de um contrato como qualquer outro. A diferença é que no lugar das assinatura (SIC) a punho haverá um selo da certificadora identificando os contratantes, com nome, CPF ou CNPJ. Essa mensagem é imune a alterações posteriores e fica armazenada no banco de dados da certificadora para ser usada como prova judicial. (RUTKOWSKI, Lauro. **Cartórios eletrônicos**. *Correio Braziliense*, Brasília, 01.10.2000, caderno Economia, p. 24).

Para os incrédulos das novas inclinações mundiais de documentação eletrônica, assinaturas digitais e autoridades certificadoras, tem-se uma grande notícia: o Brasil já dispõe de uma organização privada, denominada *Certisign*⁴⁰, que acompanhando

⁴⁰ A *Certisign* é a maior empresa brasileira em tecnologia com foco exclusivo nas soluções que utilizam Certificação Digital, sendo precursora no Brasil e no mundo.

Fundada em 1996, foi a primeira Autoridade Certificadora a entrar em operação em solo brasileiro e a terceira no mundo.

Com a mais avançada tecnologia para gestão do ciclo de vida e uso de Certificados Digitais, provemos soluções, produtos, consultoria e treinamentos que garantem autenticidade, sigilo, integridade e validade jurídica aos documentos eletrônicos. Por meio desse processo, há redução de riscos, perdas e custos para as organizações.

Nossos pontos de atendimento estão presentes em todas as capitais e principais cidades do Brasil, inclusive no exterior. Composta por Autoridades Certificadoras e Autoridades de Registro, a *Certisign* tem a maior Rede de Distribuição de Certificados Digitais do Brasil.

práticas internacionais, procede à identificação daqueles interessados em contrair um par de chaves. Esta autoridade certificadora estabelece um contrato de emissão de assinaturas digitais, registrado no cartório de registro de títulos e documentos, com o escopo de assegurar a todos àqueles que têm o anseio de encaminhar, receber e trocar documentos por meio da rede mundial de computadores a identidade daqueles com quem contratam.

Havendo interesse entre duas pessoas de permutarem entre si documentos eletrônicos, cada qual precisará verificar com antecedência o registro do certificado da outra, de tal modo que tenham a possibilidade de comprovar a identidade do parceiro contratante. No Brasil, a organização é a afiliada exclusiva da *Verisign*⁴¹ líder mundial na prestação de serviços de confiança - identificação, autenticação, validação e pagamento - em redes de comunicação.

3.10 Legislação vigente e tentativas de proteção no Brasil

No País não existe uma legislação ajustada especificamente à matéria, embora haja a preocupação em se conferir segurança à contratação eletrônica, de modo que, o que se observa é que o inciso XXXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, ampara a proteção estatal do consumidor por meio de lei ordinária, o Código de Defesa do

Exclusividade Certisign: Única Autoridade Certificadora no mercado brasileiro operando em múltiplas hierarquias, como ICP-Brasil, VeriSign Trust Network (VTN) e Privada.

Disponível em: <<http://www.certisign.com.br/a-certisign/sobre-a-certisign>>. Acesso em: 07 out. 2010.

⁴¹ A *VeriSign*, Inc. (NASDAQ: VRSN) é a fornecedora confiável de serviços de infra-estrutura de Internet para o mundo digital. Bilhões de vezes ao dia, nossos serviços de SSL, proteção de identidade e autenticação, e registro de domínio permitem que empresas e consumidores de todas as partes do mundo a se comunicar e realizar transações com segurança. Por mais de 10 anos, a infra-estrutura de Internet da VeriSign é central para a Internet, permitindo a realização de transações importantes e protegendo dados valiosos.

Disponível em: <<http://www.verisign.com.br/corporate/information/index.html>>. Acesso em: 07 out. 2010.

À título de contextualização, trago um exemplo de site seguro, utilizando o certificado de garantia *Verisign*:

O Shoptime trabalha com as tecnologias mais avançadas de proteção de dados para que você possa realizar suas compras com tranquilidade. A privacidade e a segurança dos clientes são compromissos do Shoptime.com. Garantimos que seus dados não serão trocados ou vendidos para parceiros ou quaisquer outras empresas sem sua prévia autorização. Todas as informações fornecidas durante o processo de compra são codificadas antes de serem transmitidas. O ícone "cadeado fechado" na parte inferior do seu monitor durante o seu pedido é um símbolo da criptografia das informações. O Shoptime.com possui o certificado de garantia da Verisign, a maior autoridade em segurança na Internet, o que garante a nossos clientes segurança e tranquilidade durante o processo de compra. As alterações sobre nossa política de privacidade serão devidamente informadas neste espaço. Disponível em: <<http://www.shoptime.com.br>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Consumidor (Lei nº 8.078/1990), o qual, por analogia, é perfeitamente aplicável nas relações transacionadas pela Internet (contratos eletrônicos).

Apesar de não estabelecer de forma expressa a proteção das relações de consumo virtuais, o Código de Defesa do Consumidor regula genericamente acerca da garantia do direito do consumidor que contrata e comercializa pelo meio eletrônico. Portanto, não se julga oportuno e necessário confrontar a norma em questão, mas sim compatibilizá-la analogicamente aos contratos eletrônicos.

Nessa esteira, a analogia tem sido considerada o fundamental meio empregado, que assegura a segurança jurídica nas relações advindas de contratos eletrônicos ao se infligir normas e princípios que orientam a relação de consumo como um todo, independentemente das várias formas de contratação hoje existentes no mercado.

No que diz respeito à Internet, diversas são as relações contratuais eletrônicas encontradas, contudo, a que nos chama a atenção neste trabalho, são as conhecidas como B2C (*Business-to-Consumer*), em que, de um lado, estão os fornecedores de serviços e produtos e, de outro, os consumidores, assim conhecidos de acordo com a significação dada nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que o consumidor esteja amparado pelo Código de Defesa do Consumidor, questões diferentes ocasionadas pelo comércio eletrônico, não foram até o presente momento, totalmente previstas na legislação brasileira, trazendo com isso, muitas dúvidas e questionamentos aos seus usuários, gerando insegurança e medo.

Ao contrário do que se possa imaginar, o Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que passou a vigorar no ano de 2003, trouxe mínimas inovações sobre a normatização das transações eletrônicas. As poucas disposições legais relativas ao tema, trazidas pelo novo Código, foram mencionadas, quando se discorria sobre os contratos eletrônicos interpessoais.

Oportuno ressaltar uma relevante regulamentação no plano internacional, conferida pela Lei Uniforme da Comissão de Direito do Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas (UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade Law*)⁴², regulamentada no ano de 1996, surgiu com a finalidade de orientar e resolver as dúvidas despontadas a respeito do comércio eletrônico.

⁴² A UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) consiste em uma comissão especial da ONU (Organização das Nações Unidas), que trata da legislação comercial internacional, elaborou e tem divulgado uma lei modelo de comércio eletrônico, que tem sido um ponto de partida para a legislação de muitos países. Tal lei seria aplicável a todos os tipos de informação em forma de

Essa ‘Lei Modelo’ não tem relação com uma lei propriamente dita, mas sim, a um plano de recomendações que auxiliarão como um norte para levar aos países de todo o mundo, quando da constituição de leis sobre o comércio eletrônico, bem como a respeito da assinatura digital e do certificado digital. Tem como finalidade a delimitação de regulamentações e parâmetros sobre a contratação eletrônica em diversos países, inclusive o Brasil.

A referida lei, de natureza principiológica, contou com o auxílio de juristas de todo o mundo, bem como de grupo técnico de especialistas, com grande força de vontade em demonstrar um conjunto de regras internacionalmente aceitas, capazes de orientar o legislador de cada país a extinguir as barreiras referentes ao comércio eletrônico e admitir como válidas as suas transações, especialmente às oriundas do contrato eletrônico.

Vale aqui ressaltar que a Lei Modelo da UNCITRAL não objetiva intrometer-se no direito interno dos países, mas tão-somente, em conjunto com este, espalhar certezas a respeito do envio e o recebimento de manifestações de vontade providas por meios eletrônicos de comunicação.

Queiroz (2001) notou que a Lei Modelo acolheu o denominado *critério do equivalente funcional*, ou seja, uma vez cumpridos os requisitos essenciais previstos em lei para a legitimação de um determinado ato, este deve ser tido como válido, apesar de ter sido realizado sob uma forma não disposta em lei, desde que, obviamente, não seja por esta vedada. É relevante observar que tal critério já se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico, em especial no que tange aos artigos 154, 244 e 332 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Em que pese a Lei Modelo da UNCITRAL ter sido formada com o escopo de nortear e fixar regras gerais de normatização das negociações eletrônicas comerciais, não se pode negar sua preciosa contribuição para o fomento, a divulgação e a aceitação em nível mundial das mensagens, documentos e contratos firmados pela via eletrônica. O caráter internacional e orientador das disposições propostas na Lei Modelo tem conduzido diversos países, entre eles o Brasil, a implantar uma atividade legislativa com o fim especial de submeter às normas internas aos fatos atuais e circunstâncias jurídicas advindas da utilização em massa dos meios eletrônicos de comunicação.

mensagem de dados, utilizados no contexto de atividades comerciais. Tem caráter internacional e visa promover a uniformidade de sua aplicação e a observância da boa-fé.

Oportuno ressaltar, que a doutrina criticou à Lei Modelo da UNCITRAL, tendo em vista que se omitiu em alguns aspectos relevantes à época, tal como em relação à criptografia assimétrica, a qual se tornou uma necessidade diante dos avanços tecnológicos e dos meios de contratação.

Nesse sentido, Marcacini (2002), disserta com propriedade:

[...] a "lei-modelo" já se mostrava insuficiente para dar uma resposta adequada aos muitos problemas que haviam vindo à tona com a rápida expansão da Internet, que se daria nos anos de 1996 a 1999. E também não servia para regular o documento eletrônico, por mostrar-se muito vaga e imprecisa, embora prolixa.

Apesar das críticas doutrinárias, é fato que vários países já adotaram o modelo da UNCITRAL, como os Estados Unidos, a Alemanha, a França, a Argentina, Colômbia e outros que estão ultimando as suas legislações. O Brasil, não obstante seja um dos países que mais utiliza a Internet, ainda não tomou a iniciativa de legislar sobre o assunto, como por exemplo, converter o Projeto de Lei nº 1.589/1999, inspirado na Lei-Modelo.

3.10.1 Projetos de Lei em tramitação no Brasil

Não obstante a Lei Modelo da UNCITRAL ter sido aprovada há quatorze anos, o Brasil, até o momento, não conseguiu sancionar uma lei específica destinada a dar garantia às transações eletrônicas e seus principais elementos de garantia. Isso não significa que o Poder Legislativo brasileiro não esteja fazendo nada com referência a temas tão relevantes quanto os documentos eletrônicos, as assinaturas digitais e as autoridades certificadoras. Ao contrário, existem disposições normativas esparsas e diversos projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, correlacionados, direta ou indiretamente, ao assunto. Alguns deles são:

-PL nº 4.102-A/1993: define crimes praticados por meio de computador, relacionados à inviolabilidade de dados e informações (PLS nº 151/1991, na origem);

-PLS nº 22/1996: dispõe sobre os documentos produzidos e os arquivados em meio eletrônico;

-PLS nº 234/1996: define crime contra a inviolabilidade de comunicação de dados de computador;

-PL nº 1.713/1996: dispõe sobre o acesso, a responsabilidade e os crimes cometidos nas redes de computadores;

-PL nº 2.644/1996: dispõe sobre a elaboração, o arquivamento e o uso de documentos eletrônicos;

-PL nº 3.173/1997: dispõe sobre os documentos produzidos e arquivados em meio eletrônico;

-PL nº 3.258/1997: dispõe sobre crimes cometidos por meio de redes de computadores;

-PL nº 3.692/1997: regulamenta a publicação de listas de assinaturas da internet;

-Lei nº 9.528/1997: possibilita a constituição eletrônica do crédito previdenciário;

-PL nº 84/1999: dispõe sobre os crimes de informática, prevendo sete modalidades de delitos relativos a danos causados aos dados armazenados em computador e acessos indevidos e não autorizados ao sistema computacional de terceiros;

-IN SRF nº 156/1999: atribui validade probante ao documento eletrônico;

-PLS nº 672/1999: regula o comércio eletrônico no que tange às informações geradas, enviadas, recebidas ou arquivadas eletronicamente no contexto das atividades comerciais;

-PLS nº 674/1999: altera a Lei nº 8.666/1993 com vistas a incentivar o uso da internet para licitação;

-PL nº 1.483/1999: institui a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de comércio eletrônico;

-PL nº 1.489/1999: dispõe sobre a validade de registros magnéticos para elaboração de denúncias contra o poder público;

-PL nº 1.530/1999: determina a obrigatoriedade de a Administração Pública manter dados sobre licitações na internet;

-PL nº 1.589/1999: dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital;

-Lei nº 9.800/1999: possibilita a transmissão de peças ao Poder Judiciário por meios eletrônicos;

-PL nº 2.589/2000: altera o parágrafo único do artigo 541, do Código de Processo Civil para também admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica;

-PL nº 2.765/2000: dispõe sobre a adoção de mecanismos de segurança para o Imposto de Renda via *web*;

-PL nº 3.016/2000: trata do registro das transações de acesso a redes de computadores de uso público;

-PL nº 3.587/2000: estabelece normas para a infra-estrutura de chaves públicas do Poder Executivo Federal;

-PL nº 4.906/2001: dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital e institui normas para as transações de comércio eletrônico; e,

-MP nº 2.200-2/2001: institui a ICP-Brasil (Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras) e dá outras providências relativas à comunicação eletrônica.

Diante dos inúmeros instrumentos legais, observa-se que diversas são as tentativas de nossos legisladores introduzir no contexto do ordenamento jurídico pátrio, regras que regulamentem com abrangência e da maneira mais segura possível as negociações jurídicas realizadas pelo meio eletrônico. Exemplos marcantes disso estão dispostos nos artigos 5º, 11 e 12, do PLS nº 672/1999, que evidenciam a validade das informações sob formato eletrônico e também do contrato firmado por meio de troca de mensagens eletrônicas, levando em conta que são verdadeiras as declarações de vontade assim expressas. Outro exemplo claro está no artigo 16, do Decreto nº 3.587/2000, que promete estabelecer aos documentos armazenados e emitidos eletronicamente, óptico, magnético ou similares, a mesma validade, reconhecimento e autenticidade atribuídos aos escritos em papel.

Nesse contexto, deve-se dar especial atenção aos Projetos de Lei nº 1.589/1999 e nº 4.906/2001, por constituírem os mais completos e organizados, e por estarem fundados nas orientações internacionais propostas pela Lei Modelo da UNCITRAL, o que oferecerá maior compatibilização do ordenamento jurídico brasileiro com as inclinações que têm sido mundialmente acolhidas para as transações eletrônicas e seus pressupostos de validade.

O Projeto de Lei nº 1.589/1999 foi uma ação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, que, por meio de uma Comissão de Informática, produziu o anteprojeto e o enviou ao Deputado Michel Temer, à época, Presidente da Câmara dos Deputados. O principal objetivo deste Projeto de Lei era principalmente estabelecer regras ao comércio eletrônico, à validade jurídica dos documentos eletrônicos e à questão da assinatura digital, tratando de temas complexos, como o

estabelecimento de um sistema de certificação de chaves públicas e privadas. Em razão da sua complexidade e relevância, a ele foi apensado o PL nº 1.483/1999, que, como mencionado, também prescrevia sobre a assinatura digital.

Nas justificativas do Projeto de Lei da OAB/SP, como é mais conhecido pelos juristas o PL 1.589/1999, pode-se notar a preocupação do legislador brasileiro em igualar as normas de direito interno de nosso país com as diretrizes internacionais relativas às negociações eletrônicas. Oportuno ressaltar alguns trechos da justificação demonstrada pela OAB/SP quando da entrega do projeto à Câmara dos Deputados:

O Projeto de Lei 1.589/1999 da OAB/SP, que versa a respeito da validade jurídica do documento eletrônico, o comércio eletrônico e a assinatura digital, foi de maneira especial inspirado na Lei Modelo da UNCITRAL. Propõe a equiparação do documento eletrônico assinado por meio do emprego do sistema de criptografia, ao escrito, conferindo aos documentos eletrônicos o mesmo valor probante de um papel, ou seja, dos documentos tradicionais.

Esse projeto viabiliza o emprego do juízo arbitral, estabelece princípios gerais, versando ainda que a presente lei necessita ser interpretada com base no contexto internacional do progresso tecnológico, bem como do comércio eletrônico e a boa-fé das relações comerciais. No que diz respeito ao consumidor, o projeto assegura ainda todas as garantias já asseveradas no CDC, orientando-se a este diploma e fixando regras de amparo adicionais notadamente para as negociações virtuais. É apenso ao Projeto Legislativo n.º 4.906/01, por cuidar-se do mesmo tema.

Atenta-se que o legislador reconhece a necessidade de aplicação subsidiária do CDC (art. 30), de forma que os consumidores sejam amparados contra eventuais práticas abusivas sucedidas das empresas virtuais, as quais necessitam oferecer suas informações, seus bens ou serviços em ambiente protegido contra qualquer invasão, e servir todas e quaisquer informações de forma evidente e clara (art. 31).

É preciso ainda assegurar a privacidade dos usuários, obrigando aos provedores e portais eletrônicos, à imposição de multa no caso do emprego e divulgação de informações confidenciais, sem o consentimento prévio do consumidor. Assim, estabelece o artigo 33 a respeito da responsabilidade do ofertante, caso tenha que tornar público, solicitar ou ceder informações sigilosas, com referência ao destinatário, as quais deverão ser guardadas em sigilo, salvo se expressa e devidamente autorizado pelo titular a fazê-lo ou mediante ordem judicial.

Outro embaraço diz respeito à transferência dos dados do consumidor na Internet (artigo 35). Observe-se que o provedor de acesso (organização que hospeda o *site* eletrônico do fornecedor) não detém o conhecimento de maneira alguma sobre o conteúdo dos documentos eletrônicos emitidos pelo fornecedor e pelo consumidor virtuais, dificultando dessa forma que os dados do consumidor sejam divulgados indevidamente pelo *website*. A presente medida restringe também a reprodução do lixo eletrônico, mais conhecido como *Spam*.

O *Spam* representa mensagens publicitárias não solicitadas, que entram na caixa de e-mail e são enviadas com base em uma lista de endereços. Esse lixo eletrônico além de não ser desejado, é improdutivo e ainda pode acarretar danos ao consumidor que perde tempo e dinheiro para deletá-los⁴³.

Com o objetivo de bloquear a adoção do *Spam*, diversos países como os EUA e alguns da União Européia, já adotam a punição civil e buscam pela criminal. Uma das características do Projeto de Lei nº 4.906/01, o já referido PL nº 1.589/99, no Brasil, pressupõe que aquele que produzir *Spam*, necessita comunicar o caráter de sua mensagem, sob pena de vir a responder por perdas e danos por propagar, requerer ou ceder informações (art. 33 PL nº 4.906/01). Convém ressaltar ainda que, o PL nº 367/2003⁴⁴ (Senado), tem o escopo de obstar o emprego de mensagens comerciais não requeridas mediante a rede eletrônica, assim como o PL nº 2186/2003⁴⁵.

Com referência à MP 2.200-2/2001, que instituiu a ICP-Brasil (Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileiras) e outras providências relativas à comunicação eletrônica, foi muito criticada pelo meio jurídico em decorrência da não compatibilidade

⁴³ Deve-se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o envio de *spam*, mesmo que indevidamente, não configura dano moral. Recurso Especial nº 844.736 - DF (2006/0094695-7) - Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Júnior - Recorrido: WB Restaurante Ltda - Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - EMENTA: INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

2 - Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa - SPAM - por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou simplesmente a recusa de tais mensagens.

3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar emnexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. (grifos nossos)

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7384360&sReg=200600946957&sData=20100902&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 30 out. 2010.

⁴⁴ Coíbe a utilização de mensagens eletrônicas comerciais não solicitadas por meio de rede eletrônica. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=60901 >. Acesso em: 07 out. 2010.

⁴⁵ Dispõe sobre o envio de mensagem não solicitada por meio de redes de computadores destinadas ao uso do público. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=136751 >. Acesso em: 07 out. 2010.

com a Lei Modelo da UNCITRAL e nem mesmo com os Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional.

Apesar de muito criticada pelo meio jurídico, Didier Jr, Braga e Oliveira (2009, p. 182), tecem comentários importantes à referida Medida Provisória:

Como se vê, a regulamentação legal veio para viabilizar meios de tornar ainda mais segura a utilização dos documentos eletrônicos protegidos por criptografia assimétrica. A sua eficácia probatória, quando produzido com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, é a mesma dos documentos públicos e particulares, presumindo-se verdadeiros em relação aos signatários (art. 10, *caput* e § 1º), sem obstar, contudo, a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade desses documentos, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa contra quem o documento seja oposto (art. 10 § 2º)⁴⁶.

Necessário ressaltar ainda, uma relevante lei adotada recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, que não reza diretamente sobre o tema da presente

⁴⁶ Nesse sentido, oportuno ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Agravo de Instrumento nº 0040203-53.2010.19.0000 - 14ª Câmara Cível - Agravante: Banco Santander Brasil S/A - Agravado: Vlademir Felipe da Silva - Relator: Marcelo Lima Buhatem. Data do Julgamento: 24/08/2010 - EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – REPRODUÇÃO DIGITAL DO CONTRATO ORIGINAL - EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO ORIGINAL – DESNECESSIDADE – VALIDADE DA CERTIFICAÇÃO DIGITAL. Deste modo, data venia, **a decisão agravada não se mostra consentânea com o que dispõe o art. 10 da referida Medida Provisória, que preceitua que “as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários”**. (grifos nossos)

Disponível em:

<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00033BDC821F781CE48C4CFD4775C62DDF8C65C4024C5554>>. Acesso em: 16 out. 2010.

No mesmo entendimento ainda, ressalta-se outra jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Agravo de Instrumento nº 0037938-78.2010.8.19.0000 - 17ª Câmara Cível - Agravante: Banco Santander Brasil S/A - Agravado: Bruno Ferreira Sá de Almeida - Juízo de Origem: 3ª Vara Cível da Regional da Barra da Tijuca - Relatora: Luisa Cristina Bottrel Souza - Data do Julgamento: 18/08/2010. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUÇÃO DA INICIAL COM CÓPIA DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO REGISTRADO ELETRONICAMENTE. DECISÃO QUE DETERMINOU A VINDA AOS AUTOS DO CONTRATO ORIGINAL OU CÓPIA AUTENTICADA. EXIGÊNCIA DESNECESSÁRIA PORQUANTO DEVIDAMENTE REGISTRADO NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS O DOCUMENTO ELETRÔNICO. ART. 388, I DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO STJ. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, DE PLANO. O agravante sustentou, em seu recurso, que a decisão atacada merecia reforma, porque o contrato se encontrava legível e fora registrado eletronicamente, consoante dispõe a Lei Federal nº 11.419/06, **estando de acordo com a Medida Provisória nº 2200-2/2001, tendo sido registrado e certificado pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos, prevalecendo a presunção de autenticidade. Apontou, ainda, a existência de entendimento jurisprudencial que lhe é favorável e salientou a desnecessidade da vinda aos autos do original do contrato, ou mesmo sua cópia autenticada.** (grifos nossos)

Disponível em:

<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000379EB7AD6CD2F956D59937874FD4B718DE2C4024C1506>>.

Acesso em: 17 out. 2010.

dissertação, mas que tem reflexos no tema em comento: o denominado processo eletrônico, estabelecido pela Lei Federal nº 11.419/2006, que cuida da utilização de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais.

Um ponto essencial que precisa ser evidenciado refere-se ao *caput*, do artigo 11, a citada lei, que para todos os efeitos legais, serão tidos como originais, os documentos gerados eletronicamente e anexados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma determinada naquela lei. Revela-se, portanto, a credibilidade dos documentos eletrônicos obtidos por meios autênticos e íntegros⁴⁷.

3.11 O sigilo eletrônico e a privacidade *on-line*

Para que o usuário do site de *e-commerce* possa adquirir produtos e ou serviços, deverá preencher eletronicamente diferentes campos, onde são lançadas suas informações e seus dados pessoais, patrimoniais, remuneratórios e tantos outros. Portanto, estão sendo formados cadastros e bancos de dados. As perguntas são sempre as mesmas por aqueles que contratam *on-line*: De que maneira serão utilizadas essas informações? O detentor de tais informações, poderá fornecê-las livremente? O Poder Público (Fisco), por meio de tais cadastros, ainda que discricionariamente, poderá valer-se de tais elementos para investigar eventuais suspeitos de sonegação? Em suma, há sigilo de dados eletrônicos?

A questão da confidencialidade de dados e sigilo das informações eletrônicas, é tema recorrente de preocupação, na medida em que as autoridades governamentais divulgam a necessidade de coibir a sonegação fiscal.

⁴⁷ Ainda com relação à aceitação da prova eletrônica, pode-se mencionar a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de firmar o entendimento do parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil: AGRESP nº 201000436037 - Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1184980 - Relator: Humberto Martins - Órgão julgador: 2ª Turma - Data do julgamento: 21/06/2010 – EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211 DO STJ – RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA "C" – AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO – PROVA DA DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. 4. O presente recurso contraria expressamente a exigência do parágrafo único do art. 541 do CPC, **que demanda seja feita a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet**, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Agravo regimental improvido. (grifos nossos)

Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 30 out. 2010.

Nesse contexto, os usuários de sites especializados em comércio eletrônico acabam se tornando vulneráveis, sem saber efetivamente para quem ou para o quê seus dados e informações poderão ser disponibilizados.

Atentos a essas e a outras questões envolvendo a contratação eletrônica, a Comissão Especial de Informática Jurídica, da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, desenvolveu o já mencionado Projeto de Lei nº 1.589/1999, que dispõe não apenas sobre o comércio eletrônico, mas também sobre instrumentos considerados de fundamental importância para as operações realizadas na internet, como a validade do documento eletrônico e a assinatura digital.

Dentre as matérias disciplinadas, o referido projeto de lei traz um capítulo específico, intitulado: *as informações privadas do destinatário*, ao tratar da oferta pública de bens no *e-commerce*. Prevê o *caput* do artigo 5º do Projeto de Lei nº 1.589/1999, que:

O ofertante somente poderá solicitar do destinatário informações de caráter privado necessárias à efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las ao respectivo titular.

Essa obrigação de manter e preservar as informações em sigilo, deverá ainda, constar em destaque no documento de cadastro, sendo vedada sua vinculação ao consentimento do negócio. Ressalvando ainda que, caso não seja observado esta disposição, o ofertante que solicitar, divulgar ou ceder informações sem autorização prévia, responderá por perdas e danos. Nesse contexto, o referido projeto de lei ao disciplinar a figura do intermediário, entendido como àquele que fornece serviços de conexão ou de transmissão de informações ao ofertante, embora não sendo responsável pelo conteúdo dos dados transmitidos, deverá guardar sigilo sobre as informações transmitidas, e também pelas armazenadas, desde que, elas não sejam destinadas ao conhecimento público. (Projeto de Lei nº 1.589/1999, Artigo 12, *caput*)

Um dos pontos mais relevantes, e que merece atenção está insculpido no parágrafo único, do artigo 12, do Projeto de Lei nº 1.589/1999, que dispõe:

Somente mediante ordem judicial poderá o intermediário dar acesso às informações acima referidas, sendo que as mesmas deverão ser mantidas, pelo respectivo juízo, em segredo de justiça.

Constata-se a perfeita adequação ao Princípio da Inviolabilidade do Sigilo de Dados, consagrado no inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal. Resguardo-se

assim, a confidencialidade e o sigilo de dados e informações, de maneira a preservar a privacidade *on-line* de todos que contratam pela Internet.

No tocante aos direitos absolutos, Bernardi (2004), traz uma relevante ponderação:

A questão referente à inviolabilidade do sigilo de dados carece de compreensão quanto à sua estrutura e quanto à sua extensão, sempre se levando em consideração que, conforme pacífica doutrina, embasada em remansosa jurisprudência, o direito brasileiro não contempla direitos absolutos.

E, continua dissertando sobre aqueles que defendem o cunho absoluto à inviolabilidade do sigilo de dados:

Argumentam aqueles que pretendem inculcar caráter absoluto à inviolabilidade do sigilo de dados que os meios eletrônicos de armazenamento de dados encontram-se sob o manto de proteção inabalável do artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal, que garantem, respectivamente, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, rotulando de inconstitucional e ilegal a realização de qualquer procedimento de avaliação do conteúdo dos computadores e demais meios de armazenamento eletrônico e magnético de dados.

O debate em torno desta questão, segundo o referido autor, está permeado por uma conciliação entre o respeito aos direitos e garantias individuais e a preservação do interesse público ou do bem comum, ressaltando-se que o interesse público sobre o privado está previsto de forma implícita nos ditames de nossa Carta Magna, em obediência ao Estado Democrático de Direito.

E, conclui, o mencionado autor, que os direitos e garantias fundamentais não podem ser empregados como um manto de resguardo do exercício de atividades proibidas pela lei, nem sequer como justificativa para a exoneração ou redução da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de ferir o Estado de Direito.

Resta apenas, cobrar que o Congresso Nacional, por meio de suas Casas Legislativas, cumpra a sua função constitucional no sentido de viabilizar a conversão em Lei do comentado Projeto de Lei, pois diante do crescimento do comércio eletrônico

no Brasil, se faz oportuno esta conversão, conferindo-se assim, maior segurança jurídica à todos aqueles que atuam neste setor da economia.

3.12 Mecanismos existentes para soluções de conflitos de interesses envolvendo contratos eletrônicos

Se o Direito é dinâmico e deve responder eficazmente às mudanças que se verificam e aos anseios da sociedade, é fundamental que sejam apresentadas soluções para os conflitos de interesses nessa área do direito obrigacional, conferindo-se segurança a essas relações jurídicas. Nesse sentido, visando uma melhor inserção social do tema e no intuito de elencar alguns mecanismos de solução ao impasse ligado aos contratos eletrônicos, podem-se ressaltar alguns elementos objetivos:

- Enquanto não existirem normas específicas que regulamentem expressamente a matéria, deve-se aplicar a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e as normas do Código Civil de 2002 que regulam os contratos em geral. E mesmo que sejam criadas novas leis a tratar dos contratos eletrônicos, não poderão desconsiderar os direitos garantidos aos consumidores (princípio da inafastabilidade da proteção ao consumidor);

- Para colaborar na eliminação da insegurança jurídica acerca da efetividade desses contratos, existem algumas normas que podem ser utilizadas, além de dispositivos que podem ser aplicados no caso de lacunas em nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da UNCITRAL, que tem como um de seus objetivos, orientar os legisladores nacionais para unificar as regras da atividade eletrônica;

- Os Projetos de Lei relacionados à contratação eletrônica em tramitação no Congresso Nacional devem ser objeto de análise e crítica, sob pena de termos um emaranhado de dispositivos que apenas trarão confusão e discussões jurídicas insolúveis, pois uma das prioridades do jurista e da produção científico-jurídica deve ser produzir o conhecimento necessário à elaboração de novos modelos jurídicos que atendam às necessidades do desenvolvimento brasileiro;

- A utilização de princípios instrumentais e finalísticos, como o da boa-fé e o da autonomia privada, pode ser o melhor caminho para orientar a atuação dos aplicadores do Direito, no tocante ao exercício de competências administrativas e jurisdicionais, mas também como um norte para os legisladores;

- Oportuno ressaltar a necessidade de implementação dos ‘Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas’ (ADR: *Alternative Dispute Resolution*). Pois, o consumidor que tenha problemas na contratação eletrônica, possa ao invés de recorrer às vias judiciais tradicionais, ter a opção de encaminhar-se a um fórum, criado especialmente com o intuito de solucionar e desafogar o Poder Judiciário;

- O posicionamento jurisprudencial é de suma importância, uma vez que competirá aos Tribunais, em sua tarefa de interpretação e aplicação do Direito, conferir a necessária segurança jurídica aos contratos eletrônicos, de forma a estimular a sua integral utilização. Nesse sentido, é indispensável a criação de outros dispositivos capazes de dotar o Poder Judiciário do conhecimento técnico compatível com as inovações tecnológicas surgidas e as que surgirem, tendo em vista a utilização do contrato eletrônico como instrumento de prova no processo civil; e

- A título de conclusão, ressalta-se a necessidade de treinar peritos especializados em comércio eletrônico, visando descobrir as fraudes que ocorrem no mundo digital e impedir que maus empresários e consumidores, ou ambos, sejam prejudicados pela ação de pessoas dotadas de má-fé, tais como *hackers* ou *crackers*, que utilizam o mundo virtual para praticarem crimes contra consumidores que, em sua maioria, estão desprotegidos no aspecto prático da contratação.

Oportuno ressaltar, que não há qualquer pretensão em esgotar o tema com os dispositivos acima apresentados, mas sim de trazer um norte às questões polêmicas envolvendo os contratos eletrônicos. Mesmo por que, o tema ora em comento ainda carece de reflexões e adaptações, no intuito de elaborar uma legislação específica que possa contribuir com as leis já aplicadas e que reforce a segurança e a credibilidade aos documentos criados e armazenados em meio eletrônico, dando-lhes confiabilidade em relação à sua autoria e ao seu conteúdo.

CONCLUSÃO

Diante dos argumentos expostos na presente dissertação, conclui-se demonstrado a perfeita compatibilidade de aplicação da legislação brasileira vigente nos dias atuais, notadamente as normas que regem os contratos em geral, aos contratos eletronicamente celebrados.

Esses contratos são celebrados por meio do emprego da internet como canal de comunicação, levando em consideração que o contrato eletrônico não é uma modalidade nova de contrato, mas sim, um contrato como outro qualquer, fixado de forma virtual, possuindo suas peculiaridades. Logo, como ficou constatado, o contrato eletrônico preenche todos os requisitos e pressupostos aplicáveis aos contratos tradicionais, devendo somente tomar algumas precauções com relação à segurança dos procedimentos pré-contratuais, em decorrência da vulnerabilidade do ambiente digital.

Pois, apesar da internet ter a aparência de um ambiente seguro, deve ser estudada com muita atenção, sendo que os contratantes para garantir a segurança do contrato, necessitarão primeiramente conhecer demasiadamente bem a origem da parte com quem estão contratando, assim como certificar-se sempre que na loja virtual exista o certificado digital de segurança, quando se tratar de *sites* de comércio eletrônico (*e-commerce*), e ainda quando se referir à *sites* de instituições bancárias e financeiras.

Os contratos eletrônicos possuem princípios que os orientam, e são os mesmos que dirigem o contrato tradicional, sempre com o propósito de se respeitar a função social do contrato, dignidade da pessoa humana e a manutenção da boa-fé objetiva, entre outros. Necessita-se associar aos referidos princípios um que é *sui generis* do contrato eletrônico, qual seja, o da equivalência funcional. E é com fundamento nesse princípio que certas questões, como a ausência de legislação específica sobre contratos eletrônicos, são sanadas.

É preciso referir-se ao princípio que dá fundamento à existência dos contratos eletrônicos, que é o da liberdade das formas. Então, como os contratos podem ser convencionados de qualquer maneira, desde que a lei não admita forma específica, os contratos eletrônicos são perfeitamente válidos.

Tendo em vista que os contratos de consumo têm tomado conta do instituto dos contratos eletrônicos no mundo hodierno, pela facilidade na comunicação entre pessoas que se encontram em lados opostos do mundo, devem obediência às normas constantes no Código de Defesa do Consumidor.

Em casos de conflito de legislação de países diversos, e desde que esteja de acordo com os princípios e garantias fundamentais nacionais, o Brasil adota, excepcionalmente, o princípio da extraterritorialidade, para que seja aplicada a legislação estrangeira no território brasileiro.

Em razão dos direitos do consumidor serem considerados como normas de ordem pública, tem-se admitido pela doutrina e jurisprudência a aplicação do Código de

Defesa do Consumidor brasileiro ao estrangeiro, em relação aos contratos eletrônicos de consumo.

Seguindo a exposição, se faz necessário justificar a validade jurídica dos documentos eletrônicos como meio de prova, que não encontra restrição em nossos tribunais.

Justificados pelos princípios da livre persuasão racional do juiz e da liberdade de forma, consagrados em nosso ordenamento jurídico, além da ausência de qualquer restrição legal específica, ficou evidenciado que os documentos eletrônicos, num primeiro momento, são amparados pela lei e doutrina para serem acolhidos como meios de prova válidos, visto que somente denotam uma forma probatória não elencada no Código de Processo Civil.

Todavia, como visto, há alguns empecilhos no que diz respeito à aceitação mansa e pacífica dos documentos eletrônicos como meio de prova juridicamente aceito e válido no mundo jurídico, em razão da ocorrência da alta volatilidade do meio magnético que permite que os referidos documentos sejam modificados sem deixar qualquer vestígio. Isso traz às partes envolvidas no negócio, certa insegurança com referência à legitimidade e à integridade dos documentos eletrônicos. Nesse sentido, a criptografia tem papel de suma importância, pois fixa um método seguro, que garanta aos contratantes a possibilidade de identificar a autoria do documento recebido e comprovar a inalterabilidade de seu conteúdo.

De um modo geral, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro considera normas que fundamentam e proporcionam a recepção dos contratos eletrônicos como uma forma válida de constituir negócios jurídicos. É bem verdade que, em certos casos, o profissional que opera o direito empregará mecanismos de interpretação e de integração da lei para legitimar este posicionamento, e se assim proceder terá sucesso em evidenciar que não existe qualquer restrição legal à validade jurídica dos contratos pactuados por meio da rede mundial de computadores.

O entendimento moderno mais aceito é, sem dúvida, que o emprego de conceitos, institutos e procedimentos já elencados no ordenamento jurídico, que, com a necessária interpretação analógica para o documento eletrônico, revelam-se capazes de legitimar a aceitação e validade do citado documento como meio de prova. Por conseguinte, já está o documento eletrônico, embutido implicitamente no regramento jurídico brasileiro.

Neste sentido, compete ao operador do direito utilizar-se das ferramentas que lhes são oferecidas, para que, sempre que possível, utilizando-se da analogia possa adaptar as regras dispostas no ordenamento jurídico, em benefício de sua melhor aplicação ao caso concreto, diante do intenso desenvolvimento que o homem protagoniza nas mais variadas áreas do conhecimento humano.

Porém, se faz necessário aqui ressaltar que, guardadas as necessárias proporções, o legislador brasileiro ainda não se atentou para tal fenômeno, de maneira que os aplicadores do direito não medem esforços, com vistas à interpretação teleológica e sistemática para buscar preencher os defeitos e omissões legislativas sobre o tema. Ressalta-se ainda, que o legislador pátrio nem perante essa realidade vivenciada e palpável pela maioria da população brasileira, emprega esforços no sentido de aperfeiçoar ou gerar um sistema legal, aprovando os inúmeros Projetos de Lei que tratam da matéria, condizente com o volume crescente do comércio eletrônico.

É notório, que já se tem alcançado alguns feitos tímidos, como por exemplo, no caso da assinatura digital, mas observa-se que tal ocorrência ainda não trouxe solução a imensa omissão referente ao comércio eletrônico em decorrência da inércia do legislativo.

Então, diante da falta de legislação específica, a jurisprudência e a doutrina fazem malabarismo para estabelecer normas que regulamentam as transações eletrônicas, tendo em vista que a realidade social está cada vez mais acompanhando o ritmo da realidade virtual implementada pela Internet.

Oportuno salientar que, a constitucionalização do direito civil tem relevância elementar, pois representa a alteração da atitude do jurista que percebe o texto constitucional e o emprega nas relações privadas, interpretando a legislação civil de acordo com o estabelecido na Carta Magna, ou seja, a Constitucionalização do Direito Civil é a interpretação e a aplicação do Código Civil conforme o disposto na Constituição Federal.

Nesse sentido, a descoberta do texto constitucional faz com que haja a necessidade de uma releitura dos institutos jurídicos da ordem privada, reivindicando a sua adequação aos preceitos constitucionais de resguardo à dignidade humana e ao desenvolvimento social. Foi o que aconteceu com o contrato, que era tido como um instrumento para satisfazer o interesse privado das partes contratantes, cujo princípio principal que deu forma, baseava-se no princípio da autonomia da vontade, que cumpria uma função social, em decorrência dos princípios constitucionais, servindo para o

contentamento não só dos interesses privados, mas também do coletivo, assegurando a solidariedade.

Assim com a nova visão dos contratos, a ideia do referido instituto estabelecido na predominância da autonomia da vontade encontra-se limitada, passando a representar apenas uma pequena parcela do mundo negocial, de modo que com a economia de massa e a grande produção de contratos se desenvolvendo rapidamente, exigiu-se o emprego de contratos impessoais e padronizados, no qual se tem distanciada a vontade das partes para o uso de cláusulas pré-estabelecidas, ou seja, deixa de lado o individualismo, e o rigor do *pacta sunt servanda* é levado para longe, pois, mais do que o respeito à vontade das partes, possa a relação jurídica ser espaço de realização do bem comum.

Nesse contexto, com a nova principiologia do Direito Civil, o contrato passa a ser considerado um meio de fixação da justiça social, em razão da necessidade de ser visualizado e interpretado, não pela vontade das partes, mas de acordo com o contexto da sociedade em que está inserido, buscando dessa maneira, o amparo irrestrito do indivíduo e o equilíbrio social, por meio da efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Após analisados os requisitos legais dos contratos, observou-se que a esta nova maneira de contratação aplica-se em sua integralidade às normas do macrosistema Código Civil, bem como do microsistema Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito, certamente, às relações de consumo.

Agora, no que tange a necessidade de elaboração de regras específicas (requisitos) para disciplinar os negócios virtuais, entende-se parcialmente ser dispensável. Pois, não se vislumbra motivo razoável para fixar, por exemplo, novos requisitos na contratação, pois, como já demonstrado anteriormente, se aceita como aplicáveis aqueles já disciplinados na lei substantiva civil.

Todavia, no que diz respeito à autenticidade e integralidade dos documentos virtuais, apesar de já ter sido ressaltado ser uma questão muito mais relacionada ao campo da informática, entende-se ser indispensável a confecção de normas que regem conceitos, métodos, certificados etc. Neste aspecto, o desempenho do legislador é de suma relevância, pois, como já disposto acima, além da segurança que é oferecida aos contratantes virtuais, o resguardo da integralidade e autenticidade dos documentos virtuais está diretamente ligado ao seu valor probante em juízo.

Em que pese a existência de inúmeros projetos de lei tramitando nas casas do Congresso Nacional, lamentavelmente, ao que parece, todos estão paralisados. É manifesto a urgência de apreciação e regulamentação da matéria, sob pena da evolução tecnológica ir de encontro ao direito, fato que já se nota claramente acontecendo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

_____. **Projeto do código civil** - As obrigações e os contratos. RT, 775/18.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v.2.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato Eletrônico no Novo Código Civil e no Código do Consumidor**. Barueri/SP: Manole, 2004.

AOKI, Erica, Comércio eletrônico - modalidades contratuais. Anais do 10º Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicação, São Paulo, Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações, dez.1996, in: BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. **Prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Contratos inominados ou atípicos**. 2.ed. Belém/PA: Cejup, 1984.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As presunções e a prova**. Temas de direito processual. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASSO, Maristela. A prudência nas transações pela rede (Comércio Eletrônico). In: KAMINSKI, Omar. (Org.). **Internet legal**: o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25-27.

_____. **Contratos internacionais do comércio**: negociação, conclusão e prática. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados e a atuação do Fisco**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, nº 88. 2004. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=334>>. Acesso em: 1º fev. 2011.

BLUM, Renato M. S. Opice. O processo eletrônico: assinaturas, provas, documentos e instrumentos digitais. In: BLUM, Renato M. S. Opice (coordenador) e outros. **Direito eletrônico - a internet e os tribunais**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do consumidor na Internet**. São Paulo: Quartier latin, 2002.

BORRUSO, Renato. **Computer e Diritto**. Milano: [s. n.], 1989. p. 29. 2. v.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. de 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 set. 2010.

_____. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. D.O.U. de 17/01/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 29 set. 2010.

_____. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. D.O.U. de 12/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 set. 2010.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. D.O.U. de 11/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

CALMON, Petrônio. **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 31, p. 10 e segs., out., 2005.

_____. **Lições de direito processual civil**. 19.ed. São Paulo: Lumen Juris. 2009. v.1.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **La prueba civil**. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.) **Prova Judiciária: estudos sobre o novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.108-109.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O Estabelecimento Virtual e o Endereço Eletrônico**. São Paulo: Tribuna do Direito, 1999.

_____. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.3.

CORREIA, Miguel Pupo. **Sociedade de Informação e Direito: A Assinatura Digital**. 1999. Disponível em: <http://publicaciones.derecho.org/redi/N@umero_12_-_Julio_de_1999/Sociedade>. Acesso em: 02 out. 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet - aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2001.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5.ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, v.2.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v.3.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.3.

FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. **O agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual**. trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2001. v.3.

DE LUCCA, Newton. Título e contratos eletrônicos. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet - aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2001.

GLANZ, Semy. **Internet e contrato eletrônico**. Revista dos Tribunais, nº 757, p.72, nov. 1998.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Teoria geral das provas**. Salvador: JusPodivm, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas - Direito Civil (Parte Geral)**. 8.ed. Editora Saraiva: 2007. v.1

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.IV.

_____. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 7.ed. São Paulo: Saraiva: 2009. v.1.

_____. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.III.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 18.ed. São Paulo: Saraiva. 2007. v.2.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenadores). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2010, p. 06, 07, 13 e 14.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 41, p.39-80, jan.-mar. 2002a.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002b.

_____. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATTE, Maurício. **Internet: Comércio Eletrônico**. São Paulo: LTr, 2001.

Medida Provisória nº 2.200/2001 - Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm> Acesso em: 27 set. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2.ed. revista. Coimbra: 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 34.ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 1997. v.5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da Prova**. Temas de Direito Processual Civil. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JR., Nelson. **Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v.1.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria, **Código Civil Anotado e Legislação Civil Extravagante**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Contratos no Código Civil: Apontamentos gerais. In: Domingos Franciulli Netto; Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins Filho. (Org.). **O Novo Código Civil**: Homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr Editora, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

NUVOLONE, Pietro apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas, Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.III.

POZZOLI, Lafayette. **Justiça participativa e cidadania**. Revista Ibero-Americana de Filosofia Política e Filosofia do Direito. Vol. I, n. 1. Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul, 2006, p. 93-112.

Projeto de Lei nº 1.589/99 - Ementa: Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=16943> Acesso em: 27 set. 2010.

Projeto de Lei nº 4.906/2001 – Dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=29955> Acesso em: 27 set. 2010.

QUEIROZ, Regis Magalhães Soares de. Assinatura Digital e o Tabela Virtual. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes**. Bauru: Edipro, 2001.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RESOLUÇÃO 51/162. Uncitral - United Nations Commission on International Trade Law. Nova Iorque, EUA (ONU), 16.12.1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3.

ROSSI, Marisa Delapievi. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico: Contratos de Adesão. In: **Anais do XIX SEMINÁRIO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DA ABPI**, 19, 1999, p.105. De 19/10 a 21/10 de 2010.

RUTKOWSKI, Lauro. **Cartórios eletrônicos**. Correio Braziliense, Brasília, 01.10.2000, caderno Economia, p. 24.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.2.

SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da. Perspectivas da regulamentação da Internet no Brasil: uma análise social e de direito comparado. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: RT, 2001. p. 159-161.

SILVA, Nelson Finotti. **Paridade de Armas no Processo Civil**. Revista Jurídica (Lisboa), Porto Alegre, v. 327, p. 31-40, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.1.

SCHOUERI, Luís Eduardo (organizador). **Internet: o direito na era virtual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. **Revista de Processo**. São Paulo, p.92-114, n. 91, jul-set. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.

_____. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.2.

VENTURA, Luis Henrique. **Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v.1.

WIELEWICKI, Luis. Contratos e Internet: Contornos de uma Breve análise. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (Org.). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GLOSSÁRIO

Bit - *Bit* (simplificação para dígito [binário](#), "*Binary digit*" em [inglês](#)) é a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida. Usada na [Computação](#) e na [Teoria da Informação](#). Um *bit* pode assumir somente 2 valores, por exemplo: 0 ou 1, verdadeiro ou falso. Embora os computadores tenham instruções (ou comandos) que possam testar e manipular *bits*, geralmente são idealizados para armazenar instruções em múltiplos de *bits*, chamados *bytes*. No princípio, *byte* tinha tamanho variável mas atualmente tem oito *bits*. *Bytes* de oito *bits* também são chamados de octetos. Existem também termos para referir-se a múltiplos de *bits* usando padrões prefixados, como kilobit (kb), megabit (Mb) e gigabit (Gb). De notar que a notação para *bit* utiliza um "b" minúsculo, em oposição à notação para *byte* que utiliza um "B" maiúsculo (kB, MB, GB).

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Bits>>. Acesso em: 08 out. 2010.

Bussiness-to-Consumer (B2C) - É o comércio efetuado diretamente entre a empresa produtora, vendedora ou prestadora de serviços e o consumidor final, através da Internet (Note-se: consumidor e não ainda necessariamente cliente, pois o consumidor pode estar ainda apenas a conhecer os produtos e serviços).

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/B2C>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Chat - Um *chat*, que em [português](#) significa "conversação", ou "bate-papo" usado no [Brasil](#), é um [neologismo](#) para designar [aplicações](#) de conversação em [tempo real](#). Esta definição inclui programas de [IRC](#), conversação em [sítio web](#) ou [mensageiros instantâneos](#).

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Chat>>. Acesso em: 08 out. 2010.

Cracker - é o termo usado para designar quem pratica a quebra (ou *cracking*) de um sistema de segurança, de forma ilegal ou sem ética.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cracker>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Download - *Download* ou descarregar (significa sacar ou baixar, em [português](#)), é a transferência de dados de um computador remoto para um computador local.

Tecnicamente, qualquer página da [Internet](#) que você abre consiste em uma série de downloads. O navegador conecta-se com o servidor, faz o download das páginas HTML, imagens e outros itens e as abre, confeccionando a página que você vê. Mas o termo download tornou-se sinônimo de copiar arquivos de um servidor remoto para o seu, porque quando o navegador não pode abrir um arquivo em sua janela (como um executável, por exemplo) ele abre a opção para que o mesmo seja salvo por você, configurando um download.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Download>>. Acesso em: 08 out. 2010.

E-commerce - Comércio eletrônico ou *e-commerce*, ou ainda comércio virtual, é um tipo de transação comercial feita especialmente através de um equipamento eletrônico, como, por exemplo, um computador.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/E-commerce>>. Acesso em: 07 out. 2010.

E-mail - E-mail, correio-e, ou ainda email é um método que permite compor, enviar e receber mensagens através de sistemas [eletrônicos](#) de comunicação.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/E-mail>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Hacker - Originalmente, e para certos programadores, *hackers* (singular: *hacker*) são indivíduos que elaboram e modificam [software](#) e [hardware](#) de computadores, seja desenvolvendo funcionalidades novas, seja adaptando as antigas.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hacker>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Internet - Rede de computadores de âmbito mundial, descentralizada e de acesso público, cujos principais serviços oferecidos são o correio eletrônico e a *Web*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Internet, pela alínea *a* do item 3 da Norma 004/95, aprovada pela Portaria n. 148/95 do Ministério do Estado das Comunicações, é “o nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *software* e os dados contidos nestes computadores”.

Link - Uma hiperligação, um liame, ou simplesmente uma ligação (também conhecida em português pelos correspondentes termos ingleses, *hyperlink* e *link*), é uma referência num [documento](#) em [hipertexto](#) a outras partes deste documento ou a outro documento. De certa maneira pode-se vê-la como análoga a uma [citação](#) na [literatura](#). Ao contrário desta, no entanto, a hiperligação pode ser combinada com uma [rede](#) de [dados](#) e um [protocolo de acesso](#) adequado e assim ser usada para ter acesso directo ao recurso referenciado. Este pode então ser gravado, visualizado ou mostrado como parte do documento que faz a referência.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Link>>. Acesso em: 08 out. 2010.

On-line - "Estar *online*" ou "estar em linha" significa "estar disponível ao vivo". No contexto de um [web site](#), significa estar disponível para acesso imediato a uma página de Internet, em tempo real.

Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/On-line>>. Acesso em: 07 out. 2010.

PC - A expressão "computador pessoal" (ou sua abreviação em inglês PC, de "Personal Computer") é utilizada para denominar um [computador](#) de pequeno porte e baixo custo, que se destina ao uso pessoal ou para uso de um pequeno grupo de indivíduos.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Computador_pessoal>. Acesso em: 07 out. 2010.

Site - Conjunto de documentos inter-relacionados, dispostos na *Web* em um endereço específico de acesso.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Sites>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Spam - O termo *Spam*, abreviação em inglês de *spiced ham* (presunto condimentado), é uma [mensagem eletrônica](#) não-solicitada enviada em massa. Na sua forma mais popular, um spam consiste numa mensagem de correio eletrônico com fins [publicitários](#). O termo *spam*, no entanto, pode ser aplicado a mensagens enviadas por outros meios e em outras

situações até modestas. Geralmente os spams têm caráter apelativo e na grande maioria das vezes são incômodos e inconvenientes.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Spam>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Store - Estabelecimento virtual (*cyberstore* ou *virtual store*) é aquele que realiza negócios comerciais em que o contratante ou consumidor manifesta a aceitação em relação às ofertas por meio da transmissão eletrônica de dados, sendo fisicamente inacessível.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Store>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Web - Sistema de hipermídia disponível na *Internet*, com documentos e outros objetos localizados em pontos diversos da rede e vinculados entre si.

Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Web>>. Acesso em: 07 out. 2010.

Website - *Website* ou *websítio* (também conhecido simplesmente como *site* ou *sítio*) é um conjunto de páginas *web*, isto é, de hipertextos acessíveis geralmente pelo protocolo HTTP na Internet. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Website>>. Acesso em: 07 out. 2010.

ANEXOS

ANEXO 01 - Medida Provisória nº 2.200/2001 - Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.

(Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm>. Acesso em: 27 set. 2010.



**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200-2, DE 24 DE AGOSTO DE 2001.

Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Art. 2º A ICP-Brasil, cuja organização será definida em regulamento, será composta por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades certificadoras composta pela Autoridade Certificadora Raiz - AC Raiz, pelas Autoridades Certificadoras - AC e pelas Autoridades de Registro - AR.

Art. 3º A função de autoridade gestora de políticas será exercida pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, vinculado à Casa Civil da Presidência da República e composto por cinco representantes da sociedade civil, integrantes de setores interessados, designados pelo Presidente da República, e um representante de cada um dos seguintes órgãos, indicados por seus titulares:

I - Ministério da Justiça;

II - Ministério da Fazenda;

III - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

IV - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

V - Ministério da Ciência e Tecnologia;

VI - Casa Civil da Presidência da República; e

VII - Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

§ 1º A coordenação do Comitê Gestor da ICP-Brasil será exercida pelo representante da Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Os representantes da sociedade civil serão designados para períodos de dois anos, permitida a recondução.

§ 3º A participação no Comitê Gestor da ICP-Brasil é de relevante interesse público e não será remunerada.

§ 4º O Comitê Gestor da ICP-Brasil terá uma Secretaria-Executiva, na forma do regulamento.

Art. 4º Compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil:

I - adotar as medidas necessárias e coordenar a implantação e o funcionamento da ICP-Brasil;

II - estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das AC, das AR e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação;

III - estabelecer a política de certificação e as regras operacionais da AC Raiz;

IV - homologar, auditar e fiscalizar a AC Raiz e os seus prestadores de serviço;

V - estabelecer diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das AC e das AR e definir níveis da cadeia de certificação;

VI - aprovar políticas de certificados, práticas de certificação e regras operacionais, credenciar e autorizar o funcionamento das AC e das AR, bem como autorizar a AC Raiz a emitir o correspondente certificado;

VII - identificar e avaliar as políticas de ICP externas, negociar e aprovar acordos de certificação bilateral, de certificação cruzada, regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional, certificar, quando for o caso, sua compatibilidade com a ICP-Brasil, observado o disposto em tratados, acordos ou atos internacionais; e

VIII - atualizar, ajustar e revisar os procedimentos e as práticas estabelecidas para a ICP-Brasil, garantir sua compatibilidade e promover a atualização tecnológica do sistema e a sua conformidade com as políticas de segurança.

Parágrafo único. O Comitê Gestor poderá delegar atribuições à AC Raiz.

Art. 5º À AC Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê

Gestor da ICP-Brasil, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas.

Parágrafo único. É vedado à AC Raiz emitir certificados para o usuário final.

Art. 6º Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.

Art. 7º Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

Art. 8º Observados os critérios a serem estabelecidos pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, poderão ser credenciados como AC e AR os órgãos e as entidades públicos e as pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 9º É vedado a qualquer AC certificar nível diverso do imediatamente subsequente ao seu, exceto nos casos de acordos de certificação lateral ou cruzada, previamente aprovados pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do [art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil](#).

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Art. 11. A utilização de documento eletrônico para fins tributários atenderá, ainda, ao disposto no [art. 100 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional](#).

Art. 12. Fica transformado em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI, com sede e foro no Distrito Federal.

Art. 13. O ITI é a Autoridade Certificadora Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Art. 14. No exercício de suas atribuições, o ITI desempenhará atividade de fiscalização, podendo ainda aplicar sanções e penalidades, na forma da lei.

Art. 15. Integrarão a estrutura básica do ITI uma Presidência, uma Diretoria de Tecnologia da Informação, uma Diretoria de Infra-Estrutura de Chaves Públicas e uma Procuradoria-Geral.

Parágrafo único. A Diretoria de Tecnologia da Informação poderá ser estabelecida na cidade de Campinas, no Estado de São Paulo.

Art. 16. Para a consecução dos seus objetivos, o ITI poderá, na forma da lei, contratar serviços de terceiros.

§ 1º O Diretor-Presidente do ITI poderá requisitar, para ter exercício exclusivo na Diretoria de Infra-Estrutura de Chaves Públicas, por período não superior a um ano, servidores, civis ou militares, e empregados de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal direta ou indireta, quaisquer que sejam as funções a serem exercidas.

§ 2º Aos requisitados nos termos deste artigo serão assegurados todos os direitos e vantagens a que façam jus no órgão ou na entidade de origem, considerando-se o período de requisição para todos os efeitos da vida funcional, como efetivo exercício no cargo, posto, graduação ou emprego que ocupe no órgão ou na entidade de origem.

Art. 17. Fica o Poder Executivo autorizado a transferir para o ITI:

I - os acervos técnico e patrimonial, as obrigações e os direitos do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação do Ministério da Ciência e Tecnologia;

II - remanejar, transpor, transferir, ou utilizar, as dotações orçamentárias aprovadas na Lei Orçamentária de 2001, consignadas ao Ministério da Ciência e Tecnologia, referentes às atribuições do órgão ora transformado, mantida a mesma classificação orçamentária, expressa por categoria de programação em seu menor nível, observado o disposto no [§ 2º do art. 3º da Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000](#), assim como o respectivo detalhamento por esfera orçamentária, grupos de despesa, fontes de recursos, modalidades de aplicação e identificadores de uso.

Art. 18. Enquanto não for implantada a sua Procuradoria Geral, o ITI será representado em juízo pela Advocacia Geral da União.

Art. 19. Ficam convalidados os atos praticados com base na [Medida Provisória nº 2.200-1, de 27 de julho de 2001](#).

Art. 20. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de agosto de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Martus Tavares

Ronaldo Mota Sardenberg

Pedro Parente

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 27.8.2001.

ANEXO 02 - Projeto de Lei nº 1.589/99 - Ementa: Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências.

(Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=16943>.

Acesso em: 27 set. 2010.

TÍTULO I - DEFINIÇÕES GERAIS

Capítulo I – Do âmbito de aplicação

Art. 1º - A presente lei regula o comércio eletrônico, a validade e o valor probante dos documentos eletrônicos, bem como a assinatura digital.

Capítulo II – Dos princípios gerais

Art. 2º - A interpretação da presente lei deve considerar o contexto internacional do comércio eletrônico, o dinâmico progresso dos instrumentos tecnológicos, e a boa-fé das relações comerciais.

Parágrafo único - As questões relativas a matérias regidas pela presente lei, e que não estejam nela expressamente previstas, serão dirimidas de conformidade com os princípios gerais que dela decorrem.

TÍTULO II - COMÉRCIO ELETRÔNICO

Capítulo I – Da desnecessidade de autorização prévia

Art. 3º - O simples fato de ser realizada por meio eletrônico não sujeitará a oferta de bens, serviços e informações a qualquer tipo de autorização prévia.

Capítulo II – Das informações prévias

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

a) nome do ofertante, e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;

b) endereço físico do estabelecimento;

- c) identificação e endereço físico do armazenador;
- d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico;
- e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante;
- f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e
- g) os sistemas de segurança empregados na operação.

Capítulo III – Das informações privadas do destinatário

Art. 5º - O ofertante somente poderá solicitar do destinatário informações de caráter privado necessárias à efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las pelo respectivo titular.

§ 1º - A autorização de que trata o caput deste artigo constará em destaque, não podendo estar vinculada à aceitação do negócio.

§ 2º - Responde por perdas e danos o ofertante que solicitar, divulgar ou ceder informações em violação ao disposto neste artigo.

Capítulo IV – Da contratação eletrônica

Art. 6º - A oferta pública de bens, serviços ou informações à distância deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado.

Art. 7º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida anteriormente pelo destinatário, e confirmando seu recebimento.

Art. 8º - O envio de oferta por mensagem eletrônica, sem prévio consentimento dos destinatários, deverá permitir a estes identificá-la como tal, sem que seja necessário tomarem conhecimento de seu conteúdo.

Capítulo V – Dos intermediários

Art. 9º - O intermediário que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será responsável pelo conteúdo das informações transmitidas.

Art. 10 - O intermediário que forneça ao ofertante serviços de armazenamento de arquivos e de sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações, não será responsável pelo seu conteúdo, salvo, em ação regressiva do ofertante, se:

- a) deixou de atualizar, ou os seus sistemas automatizados deixaram de atualizar, as

informações objeto da oferta, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para efetivar as atualizações, conforme instruções do próprio armazenador; ou

b) deixou de arquivar as informações, ou, tendo-as arquivado, foram elas destruídas ou modificadas, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para seu arquivamento, segundo parâmetros estabelecidos pelo armazenador.

Art. 11 - O intermediário, transmissor ou armazenador, não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas ou armazenadas.

Parágrafo único – Responde civilmente por perdas e danos, e penalmente, por co-autoria do delito praticado, o armazenador de informações que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão, ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada.

Art. 12 - O intermediário deverá guardar sigilo sobre as informações transmitidas, bem como sobre as armazenadas, que não se destinem ao conhecimento público.

Parágrafo único - Somente mediante ordem judicial poderá o intermediário dar acesso às informações acima referidas, sendo que as mesmas deverão ser mantidas, pelo respectivo juízo, em segredo de justiça.

Capítulo VI – Das normas de proteção e de defesa do consumidor

Art. 13 - Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor.

§ 1º - Os adquirentes de bens, de serviços e informações mediante contrato eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação, para efetivar notificações e intimações extra-judiciais, a fim de exercerem direito consagrado nas normas de defesa do consumidor.

§ 2º - Deverão os ofertantes, no próprio espaço que serviu para oferecimento de bens, serviços e informações, disponibilizar área específica para fins do parágrafo anterior, de fácil identificação pelos consumidores, e que permita seu armazenamento, com data de transmissão, para fins de futura comprovação.

§ 3º - O prazo para atendimento de notificação ou intimação de que trata o parágrafo primeiro começa a fluir da data em que a respectiva mensagem esteja disponível para acesso pelo fornecedor.

§ 4º - Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão expedir uma resposta eletrônica automática, incluindo a mensagem do remetente, confirmando o recebimento de quaisquer intimações, notificações, ou correios eletrônicos dos consumidores.

TÍTULO III - DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

Capítulo I - Da eficácia jurídica dos documentos eletrônicos

Art. 14 - Considera-se original o documento eletrônico assinado pelo seu autor mediante sistema criptográfico de chave pública.

§ 1º - Considera-se cópia o documento eletrônico resultante da digitalização de documento físico, bem como a materialização física de documento eletrônico original.

§ 2º - Presumem-se conformes ao original, as cópias mencionadas no parágrafo anterior, quando autenticadas pelo escrivão na forma dos arts. 33 e 34 desta lei.

§ 3º - A cópia não autenticada terá o mesmo valor probante do original, se a parte contra quem foi produzida não negar sua conformidade.

Art. 15 - As declarações constantes do documento eletrônico, digitalmente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, desde que a assinatura digital:

a) seja única e exclusiva para o documento assinado;

b) seja passível de verificação;

c) seja gerada sob o exclusivo controle do signatário;

d) esteja de tal modo ligada ao documento eletrônico que, em caso de posterior alteração deste, a assinatura seja invalidada; e

e) não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.

Art. 16 - A certificação da chave pública, feita pelo tabelião na forma do Capítulo II do Título IV desta lei, faz presumir sua autenticidade.

Art.17 - A certificação de chave pública, feita por particular, prevista no Capítulo I do Título IV desta lei, é considerada uma declaração deste de que a chave pública certificada pertence ao titular indicado e não gera presunção de autenticidade perante terceiros.

Parágrafo único - Caso a chave pública certificada não seja autêntica, o particular, que não exerça a função de certificação de chaves como atividade econômica principal, ou de modo relacionado à sua atividade principal, somente responderá perante terceiros pelos danos causados quando agir com dolo ou fraude.

Art. 18 - A autenticidade da chave pública poderá ser provada por todos os meios de direito, vedada a prova exclusivamente testemunhal.

Art. 19 - Presume-se verdadeira, entre os signatários, a data do documento eletrônico, sendo lícito, porém, a qualquer deles, provar o contrário por todos os meios de direito.

§ 1º - Após expirada ou revogada a chave de algum dos signatários, compete à parte a quem o documento beneficiar a prova de que a assinatura foi gerada anteriormente à expiração ou revogação.

§ 2º - Entre os signatários, para os fins do parágrafo anterior, ou em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular na data:

I - em que foi registrado;

II - da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

III - do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento e respectivas assinaturas.

Art. 20 - Aplicam-se ao documento eletrônico as demais disposições legais relativas à prova documental, que não colidam com as normas deste Título.

Capítulo II - Da falsidade dos documentos eletrônicos

Art. 21 - Considera-se falso o documento eletrônico quando assinado com chaves fraudulentamente geradas em nome de outrem.

Art. 22 - O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento eletrônico, quando demonstrado ser possível alterá-lo sem invalidar a assinatura, gerar uma assinatura eletrônica idêntica à do titular da chave privada, derivar a chave privada a partir da chave pública, ou pairar razoável dúvida sobre a segurança do sistema criptográfico utilizado para gerar a assinatura.

Art. 23 - Havendo impugnação do documento eletrônico, incumbe o ônus da prova:

I - à parte que produziu o documento, quanto à autenticidade da chave pública e quanto à segurança do sistema criptográfico utilizado;

II - à parte contrária à que produziu o documento, quando alegar apropriação e uso da chave privada por terceiro, ou revogação ou suspensão das chaves.

Parágrafo único - Não sendo alegada questão técnica relevante, a ser dirimida por meio de perícia, poderá o juiz, ao apreciar a segurança do sistema criptográfico utilizado, valer-se de conhecimentos próprios, da experiência comum, ou de fatos notórios.

TÍTULO IV –CERTIFICADOS ELETRÔNICOS

Capítulo I – Dos certificados eletrônicos privados

Art. 24 - Os serviços prestados por entidades certificadoras privadas são de caráter comercial, essencialmente privados e não se confundem em seus efeitos com a atividade de certificação eletrônica por tabelião, prevista no Capítulo II deste Título.

Capítulo II – Dos certificados eletrônicos públicos

Seção I - Das certificações eletrônicas pelo tabelião

Art. 25 - O tabelião certificará a autenticidade de chaves públicas entregues pessoalmente pelo seu titular, devidamente identificado; o pedido de certificação será

efetuado pelo requerente em ficha própria, em papel, por ele subscrita, onde constarão dados suficientes para identificação da chave pública, a ser arquivada em cartório.

§ 1º - O tabelião deverá entregar ao solicitante informações adequadas sobre o funcionamento das chaves pública e privada, sua validade e limitações, bem como sobre os procedimentos adequados para preservar a segurança das mesmas.

§ 2º - É defeso ao tabelião receber em depósito a chave privada, bem como solicitar informações pessoais do requerente, além das necessárias para desempenho de suas funções, devendo utilizá-las apenas para os propósitos da certificação.

Art. 26 – O certificado de autenticidade das chaves públicas deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I – identificação e assinatura digital do tabelião;

II – data de emissão do certificado;

III – identificação da chave pública e do seu titular, caso o certificado não seja diretamente apensado àquela;

IV – elementos que permitam identificar o sistema criptografado utilizado;

V – nome do titular e poder de representação de quem solicitou a certificação, no caso do titular ser pessoa jurídica.

Parágrafo único – Na falta de informação sobre o prazo de validade do certificado, este será de 2 (dois) anos, contados da data de emissão.

Seção II – Da revogação de certificados eletrônicos

Art. 27 – O tabelião deverá revogar um certificado eletrônico:

a) a pedido do titular da chave de assinatura ou de seu representante;

b) de ofício ou por determinação do Poder Judiciário, caso se verifique que o certificado foi expedido baseado em informações falsas; e

c) se tiver encerrado suas atividades, sem que tenha sido sucedido por outro tabelião.

§ 1º - A revogação deve indicar a data a partir da qual será aplicada.

§ 2º - Não se admite revogação retroativa, salvo nas hipóteses dos parágrafos 3º e 4º do art. 28.

Art. 28 – O titular das chaves é obrigado a adotar as medidas necessárias para manter a confidencialidade da chave privada, devendo revoga-la de pronto, em caso de comprometimento de sua segurança.

§ 1º - A revogação da chave pública certificada deverá ser feita perante o tabelião que emitiu o certificado; se a chave revogada contiver certificados de autenticidade de vários oficiais, a revogação poderá ser feita perante qualquer deles, ao qual competirá informar os demais, de imediato.

§ 2º - A revogação da chave pública somente poderá ser solicitada pelo seu titular ou por procurador expressamente autorizado.

§ 3º - Pairando dúvida sobre a legitimidade do requerente, ou não havendo meios de demonstrá-la em tempo hábil, o tabelião suspenderá provisoriamente, por até trinta dias, a eficácia da chave pública, notificando imediatamente o seu titular, podendo, para tanto, utilizar-se de mensagem eletrônica; revogada a chave dentro deste prazo, os efeitos da revogação retroagirão à data da suspensão.

§ 4º - Havendo mera dúvida quanto à segurança da chave privada, é lícito ao titular pedir a suspensão dos certificados por até trinta dias, aplicando-se o disposto na parte final do parágrafo anterior.

Art. 29 - O tabelião deverá manter serviço de informação, em tempo real e mediante acesso eletrônico remoto, sobre as chaves por ele certificadas, tornando-as acessíveis ao público, fazendo-se menção às que tenham sido revogadas.

Art. 30 – O tabelião somente poderá certificar chaves geradas por sistema ou programa de computador que tenha recebido parecer técnico favorável a respeito de sua segurança e confiabilidade, emitido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

Seção III - Do encerramento das atividades de certificação

Art. 31 - Caso encerre as atividades de certificação eletrônica, o tabelião deverá assegurar que os certificados emitidos sejam transferidos para outro tabelião, ou sejam bloqueados.

Art. 32 – O tabelião deverá transferir as documentações referidas nos arts. 25 e 40 desta lei, ao tabelião que lhe suceder, ou, caso não haja sucessão, ao Poder Judiciário.

Seção IV – Da autenticação eletrônica

Art. 33 – A assinatura digital do tabelião, lançada em cópia eletrônica de documento físico original, tem o valor de autenticação.

Art. 34 – A autenticação de cópia física de documento eletrônico original conterà:

- a) o nome dos que nele apuseram assinatura digital;
- b) os identificadores das chaves públicas utilizadas para conferência das assinaturas e respectivas certificações que contiverem;
- c) a data das assinaturas;
- d) a declaração de que a cópia impressa confere com o original eletrônico e de que as assinaturas digitais foram conferidas pelo escrivão com o uso das chaves públicas acima indicadas;
- e) data e assinatura do escrivão.

Seção V – Da responsabilidade dos tabeliões

Art. 35 - O tabelião é responsável civilmente pelos danos diretos e indiretos sofridos

pelos titulares dos certificados e quaisquer terceiros, em consequência do descumprimento, por si próprios, seus prepostos ou substitutos que indicarem, das obrigações decorrentes do presente diploma e sua regulamentação.

Seção VI – Dos Registros Eletrônicos

Art. 36 – O Registro de Título e Documentos fica autorizado a proceder à transcrição e ao registro de documentos eletrônicos particulares, para os fins previstos na Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Parágrafo único – Poderá o Poder Judiciário autorizar o uso de documentos eletrônicos em atividades notariais e de registro não previstas expressamente na presente lei, adotando a regulamentação adequada, considerando inclusive as questões de segurança envolvidas.

Título V - AUTORIDADES COMPETENTES

Capítulo I – Do Poder Judiciário

Art. 37 - Compete ao Poder Judiciário:

- a) autorizar os tabeliães a exercerem atividade de certificação eletrônica;
- b) regulamentar o exercício das atividades de certificação, obedecidas as disposições desta lei;
- c) fiscalizar o cumprimento, pelos tabeliães, do disposto nesta lei e nas normas por ele adotadas, quanto ao exercício de suas funções; e
- d) impor as penalidades administrativas cabíveis, obedecido o processo legal, e independente das responsabilidades civis e penais dos tabeliães e seus oficiais.

Parágrafo único: Não será deferida autorização ao exercício da atividade de certificação eletrônica a tabelião que não apresentar parecer técnico favorável emitido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

Capítulo II – Do Ministério da Ciência e Tecnologia

Art. 38 – Compete ao Ministério de Ciência e Tecnologia:

- a) regulamentar os aspectos técnicos do exercício de atividade de certificação eletrônica pelos tabeliães, dispondo inclusive sobre os elementos que devam ser observados em seus planos de segurança;
- b) emitir parecer técnico sobre solicitação de tabelião para o exercício de atividade de certificação eletrônico; e
- c) emitir os certificados para chaves de assinatura que a serem utilizadas pelos tabeliães para firmarem certificados, devendo manter constantemente acessíveis ao público os certificados que tenha emitido, através de conexão por instrumentos de telecomunicações.

Parágrafo primeiro – O Ministério da Ciência e Tecnologia revisará a cada 2 (dois) anos o regulamento técnico da certificação eletrônica, previsto na alínea a deste artigo, de forma a mantê-lo atualizado de acordo com os avanços da tecnologia.

Parágrafo segundo - Não será emitido parecer técnico favorável ao solicitante que:

- a) não apresentar conhecimento ou as condições técnicas necessárias para o exercício de suas atividades;
- b) não apresentar plano de segurança, ou, apresentando-o, for ele indeferido, ou ainda, caso seja constatado que o plano por ele proposto não está adequadamente implantado em suas dependências e sistemas.

Art. 39 - Deverá o Ministério da Ciência e Tecnologia promover fiscalização em periodicidade adequada, quanto ao cumprimento, pelos tabeliães, das normas técnicas por ele adotadas.

Parágrafo único - Apurando a fiscalização de que trata este artigo qualquer irregularidade no cumprimento das normas técnicas, deverá notificar o tabelião para apresentar defesa no prazo máximo de 5 (cinco) dias, bem como emitir, a propósito da defesa apresentada, manifestação fundamentada, em igual prazo, encaminhando os autos para o Poder Judiciário decidir.

Art. 40 – O tabelião deverá:

- a) documentar os sistemas que emprega na certificação, e as medidas constantes de seu plano de segurança, permitindo acesso a essa documentação pela fiscalização do Ministério de Ciência e Tecnologia; e
- b) documentar os certificados expedidos, vigentes, esgotados e revogados, permitindo acesso a essa documentação pela fiscalização do Poder Judiciário.

TÍTULO VI – SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 41 - As infrações às normas estabelecidas nos Títulos IV e V desta lei, independente das sanções de natureza penal, e reparação de danos que causarem, sujeitam os tabeliães às seguintes penalidades:

- I - multa, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);
- II - suspensão de certificado;
- III - cancelamento de certificado;
- IV - suspensão da autorização para exercício de atividade de certificação eletrônica;
- V - cassação da autorização para exercício de atividade de certificação eletrônica;
- V - cassação de licença de funcionamento.

Art. 42 - As sanções estabelecidas no artigo anterior serão aplicadas pelo Poder Judiciário, considerando-se a gravidade da infração, vantagem auferida, capacidade econômica, e eventual reincidência.

Parágrafo único - As penas previstas nos incisos II e IV poderão ser impostas por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

TÍTULO VII - SANÇÕES PENAIS

Art. 43 – Equipara-se ao crime de falsificação de papéis públicos, sujeitando-se às penas do art. 293 do Código Penal, a falsificação, com fabricação ou alteração, de certificado eletrônico público.

Parágrafo primeiro - Incorre na mesma pena de crime de falsificação de papéis públicos quem utilizar certificado eletrônico público falsificado.

Art. 44 – Equipara-se ao crime de falsificação de documento público, sujeitando-se às penas previstas no art. 297 do Código Penal, a falsificação, no todo ou em parte, de documento eletrônico público, ou alteração de documento eletrônico público verdadeiro.

Parágrafo único – Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aplica-se o disposto no § 1º do art. 297 do Código Penal.

Art. 45 – Equipara-se ao crime de falsidade de documento particular, sujeitando-se às penas do art. 298 do Código Penal, a falsificação, no todo ou em parte, de documento eletrônico particular, ou alteração de documento eletrônico particular verdadeiro.

Art. 46 – Equipara-se ao crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art. 299 do Código Penal, a omissão, em documento eletrônico público ou particular, de declaração que dele devia constar, ou a inserção ou fazer com que se efetue inserção, de declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Parágrafo único – Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 299 do Código Penal.

Art. 47 – Equipara-se ao crime de falso reconhecimento de firma, sujeitando-se às penas do art. 300 do Código Penal, o reconhecimento, como verdadeira, no exercício de função pública, de assinatura eletrônica, que não o seja.

Art. 48 – Equipara-se ao crime de supressão de documento, sujeitando-se às penas do art. 305 do Código Penal, a destruição, supressão ou ocultação, em benefício próprio ou de outrem, de documento eletrônico público ou particular verdadeiro, de que não se poderia dispor.

Art. 49 – Equipara-se ao crime de extravio, sonegação ou inutilização de documento, sujeitando-se às penas previstas no art. 314 do Código Penal, o extravio de qualquer documento eletrônico, de que se tem a guarda em razão do cargo; ou sua sonegação ou inutilização, total ou parcial.

TÍTULO VIII - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 50 - As certificações estrangeiras de assinaturas digitais terão o mesmo valor jurídico das expedidas no país, desde que entidade certificadora esteja sediada e seja devidamente reconhecida, em país signatário de acordos internacionais dos quais seja parte o Brasil, relativos ao reconhecimento jurídico daqueles certificados.

Parágrafo único - O Ministério da Ciência e Tecnologia fará publicar nos nomes das entidades certificadoras estrangeiras que atendam aos requisitos determinados neste artigo.

Art. 51 - Para a solução de litígios de matérias objeto desta lei poderá ser empregado sistema de arbitragem, obedecidos os parâmetros da Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996, dispensada a obrigação decretada no § 2º de seu art. 4º, devendo, entretanto, efetivar-se destacadamente a contratação eletrônica da cláusula compromissória.

TÍTULO IX - DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 52 - O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 30 dias, após o qual deverão o Ministério da Ciência e Tecnologia e o Poder Judiciário, no prazo de 60 dias, baixar as normas necessárias para o exercício das atribuições conferidas pela presente lei.

Art. 53 - A presente lei entrará em vigor no prazo de 180 dias da data de sua publicação.

ANEXO 03 - Projeto de Lei nº 4.906/2001 – Dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e dá outras providências.

(Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=29955>. Acesso em 27 set. 2010.

(Referência ao Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 672, de 1999)

O Congresso Nacional decreta:

TÍTULO I - DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta lei dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e estabelece sanções administrativas e penais aplicáveis.

Art. 2º Para os efeitos desta lei, considera-se:

I – documento eletrônico: a informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares;

II – assinatura digital: resultado de um processamento eletrônico de dados, baseado em sistema criptográfico assimétrico, que permite comprovar a autoria e integridade de um

documento eletrônico cifrado pelo autor com o uso da chave privada;

III – criptografia assimétrica: modalidade de criptografia que utiliza um par de chaves distintas e interdependentes, denominadas chaves pública e privada, de modo que a mensagem codificada por uma das chaves só possa ser decodificada com o uso da outra chave do mesmo par;

IV – autoridade certificadora: pessoa jurídica que esteja apta a expedir certificado digital;

V – certificado digital: documento eletrônico expedido por autoridade certificadora que atesta a titularidade de uma chave pública;

VI – autoridade credenciadora: órgão responsável pela designação de autoridade certificadora raiz e pelo credenciamento voluntário de autoridades certificadoras.

Parágrafo único. O Poder Público acompanhará a evolução tecnológica, determinando a aplicação das disposições constantes desta lei para a assinatura digital a outros processos que satisfaçam aos requisitos operacionais e de segurança daquela.

TÍTULO II - DO DOCUMENTO ELETRÔNICO E DA ASSINATURA DIGITAL

Capítulo I – Dos efeitos jurídicos do documento eletrônico e da assinatura digital

Art. 3º Não serão negados efeitos jurídicos, validade e eficácia ao documento eletrônico, pelo simples fato de apresentar-se em forma eletrônica.

Art. 4º As declarações constantes de documento eletrônico presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, nos termos do Código Civil, desde que a assinatura digital:

I – seja única e exclusiva para o documento assinado;

II – seja passível de verificação pública;

III – seja gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob o exclusivo controle do signatário;

IV – esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura digital estará invalidada;

V – não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.

Art. 5º A titularidade da chave pública poderá ser provada por todos os meios de direito.

Parágrafo único. Não será negado valor probante ao documento eletrônico e sua assinatura digital, pelo simples fato desta não se basear em chaves certificadas por uma autoridade certificadora credenciada.

Art. 6º Presume-se verdadeira, entre os signatários, a data do documento eletrônico, sendo lícito, porém, a qualquer deles, provar o contrário por todos os meios de direito.

§ 1º Após expirada ou revogada a chave de algum dos signatários, compete à parte a quem o documento beneficiar a prova de que a assinatura foi gerada anteriormente à expiração ou revogação.

§ 2º Entre os signatários, para os fins do parágrafo anterior, ou em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular na data:

I - em que foi registrado;

II - da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

III - do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento e respectivas assinaturas.

Art. 7º Aplicam-se ao documento eletrônico as demais disposições legais relativas à prova documental que não colidam com as normas deste Título.

Capítulo II - Da falsidade dos documentos eletrônicos

Art. 8º O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento eletrônico, quando demonstrado ser possível alterá-lo sem invalidar a assinatura, gerar uma assinatura eletrônica idêntica à do titular da chave privada, derivar a chave privada a partir da chave pública, ou pairar razoável dúvida sobre a segurança do sistema criptográfico utilizado para gerar a assinatura.

Art. 9º Havendo impugnação de documento eletrônico, incumbe o ônus da prova:

I - à parte que produziu a prova documental, quanto à autenticidade da chave pública e quanto à segurança do sistema criptográfico utilizado;

II - à parte contrária à que produziu a prova documental, quando alegar apropriação e uso da chave privada por terceiro, ou revogação ou suspensão das chaves.

TÍTULO III - DOS CERTIFICADOS DIGITAIS

Capítulo I - Dos certificados digitais e seus efeitos

Art. 10 Os certificados digitais produzirão, entre a autoridade certificadora e o titular do certificado, os efeitos jurídicos definidos no contrato por eles firmado.

Parágrafo único. Em relação a terceiros, a certificação produz os efeitos que a autoridade certificadora declarar à praça, se mais benéficos àqueles.

Art. 11 Para fazer prova, em juízo, em relação ao titular indicado no certificado, é necessário que, no ato de sua expedição:

- I – o titular tenha sido pessoalmente identificado pela autoridade certificadora;
- II - o titular haja reconhecido ser o detentor da chave privada correspondente à chave pública para a qual tenha solicitado o certificado;
- III – tenham sido arquivados registros físicos comprobatórios dos fatos previstos nos incisos anteriores, assinados pelo titular.

Art. 12 Os certificados digitais deverão conter, pelo menos, as seguintes informações:

- I – número de série;
- II - identificação e assinatura digital da autoridade certificadora;
- III – chave pública a que o certificado se refere e identificação do seu titular;
- IV – data de emissão e prazo de validade;
- V – nome do titular e poder de representação de quem solicitou a certificação, no caso do titular ser pessoa jurídica;
- VI – elementos que permitam identificar os sistemas de criptografia utilizados pela autoridade certificadora e pelo titular.

Parágrafo único. A regulamentação desta lei poderá determinar a inclusão de informações adicionais no certificado digital, em respeito a requisitos específicos conforme a finalidade do certificado.

Art. 13 São obrigações do titular do certificado digital:

- I – fornecer as informações solicitadas pela autoridade certificadora, observado o inciso VII do art. 18;
- II – guardar sigilo, manter controle e fazer uso exclusivo de sua chave privada;
- III – manifestar sua concordância expressa com os dados constantes do certificado digital;
- IV – solicitar a revogação dos certificados nos casos de quebra ou suspeita de quebra de confidencialidade ou comprometimento da segurança de sua chave privada.

§ 1º O titular do certificado digital será civilmente responsável pela falsidade das informações fornecidas à autoridade certificadora, sem prejuízo das sanções penais aplicáveis, bem como pelo descumprimento das obrigações previstas no *caput*, deste artigo.

§ 2º Exclui-se a responsabilidade do titular do certificado, decorrente do inciso II do *caput* deste artigo, quando o uso da assinatura digital lhe for imposto ou os meios a ele fornecidos para a criação das chaves não ofereçam garantias de auditabilidade e controle

do risco.

Capítulo II – Da suspensão e revogação de certificados digitais.

Art. 14 A autoridade certificadora suspenderá temporariamente o certificado digital:

I – a pedido por escrito do titular, devidamente identificado para o evento, ou de seu representante legal;

II – quando existam fundadas razões para crer que:

- a. o certificado foi emitido com base em informações errôneas ou falsas;
- b. as informações nele contidas deixaram de ser condizentes com a realidade; ou
- c. a confidencialidade da chave privada foi violada.

Parágrafo único. A suspensão do certificado digital com fundamento no inciso II deste artigo será sempre motivada e comunicada prontamente ao titular, bem como imediatamente inscrita no registro do certificado.

Art. 15 A autoridade certificadora deverá revogar um certificado digital:

I - a pedido por escrito do titular, devidamente identificado para o evento, ou de seu representante legal;

II – de ofício ou por determinação do Poder Judiciário, caso se verifique que o certificado foi expedido com base em informações falsas;

III – de ofício, se comprovadas as razões que fundamentaram a suspensão prevista no inciso II do art. 14;

IV – tratando-se de autoridade certificadora credenciada, por determinação da autoridade credenciadora, na forma prevista na regulamentação desta lei;

V – se a autoridade certificadora vier a encerrar suas atividades, nos termos do § 1º do art. 20 desta lei;

VII – por falecimento ou interdição do titular do certificado, se pessoa física, ou no caso de falência ou dissolução de sociedade, se pessoa jurídica.

TÍTULO IV - DAS AUTORIDADES CERTIFICADORAS

Capítulo I – Dos princípios gerais

Art. 16 A atividade de certificação digital será regida pelos seguintes princípios:

I - liberdade de contratação, observadas as normas de defesa do consumidor;

II - preservação da privacidade do usuário;

III - dispensa de autorização prévia;

IV - direito do usuário a ser adequadamente informado sobre o funcionamento dos sistemas criptográficos utilizados e os procedimentos técnicos necessários para armazenar e utilizar com segurança a chave privada;

V - vedação à exigência de depósito de chaves privadas pela autoridade certificadora.

Art. 17 Poderão ser autoridades certificadoras as pessoas jurídicas de direito público ou privado, constituídas sob as leis brasileiras e com sede e foro no País.

Parágrafo único. O funcionamento de autoridade certificadora independe do credenciamento previsto no art. 21 desta lei, sendo obrigatória apenas a comunicação, ao Poder Público, do início das atividades.

Capítulo II – Dos deveres e responsabilidades das autoridades certificadoras

Art. 18 As autoridades certificadoras deverão:

I – emitir certificados conforme o solicitado ou acordado com o titular das chaves criptográficas;

II – implementar sistemas de segurança adequados à criação, emissão e arquivamento de certificados digitais;

III – implementar sistemas de proteção adequados para impedir o uso indevido da informação fornecida pelo requerente de certificado digital;

IV – operar sistema de suspensão e revogação de certificados, procedendo à imediata publicação nas hipóteses previstas nesta lei;

V – tornar disponível, em tempo real e mediante acesso eletrônico remoto, lista de certificados emitidos, suspensos e revogados;

VI – manter quadro técnico qualificado;

VII - solicitar do requerente de certificado digital somente as informações necessárias para sua identificação e emissão do certificado;

VIII – manter confidencialidade sobre todas as informações obtidas do titular que não constem do certificado;

IX – exercer as atividades de emissão, suspensão e revogação de certificados dentro dos limites do território brasileiro.

§ 1º Os dados pessoais não serão usados para outra finalidade que não a de certificação, salvo se consentido expressamente pelo requerente, por cláusula em destaque, que não esteja vinculada à realização da certificação.

§ 2º A quebra da confidencialidade das informações de que trata o inciso VIII do *caput* deste artigo, quando determinada pelo Poder Judiciário, respeitará os mesmos procedimentos previstos em lei para a quebra do sigilo bancário.

Art. 19 A autoridade certificadora é responsável civilmente pelos danos sofridos pelo titular do certificado e por terceiros, decorrentes da falsidade dos certificados por ela emitidos ou do descumprimento das obrigações previstas no art. 18.

Art. 20 O registro de certificado expedido por uma autoridade certificadora deve ser por ela conservado até o término do prazo exigido pela lei que regular o negócio jurídico associado ao certificado, não inferior, em qualquer caso, a vinte anos.

§ 1º No caso de pretender cessar voluntariamente a sua atividade ou tiver a falência decretada, a autoridade certificadora deverá providenciar a revogação dos certificados por ela emitidos, comunicando o fato, em até trinta dias, aos titulares e à autoridade credenciadora.

§ 2º No caso de revogação, referida no § 1º deste artigo, dos certificados emitidos por autoridade certificadora credenciada, a guarda da respectiva documentação será de responsabilidade da autoridade credenciadora.

Capítulo III – Do credenciamento voluntário

Art. 21 Poderão ser credenciadas pela autoridade competente, mediante requerimento, as autoridades certificadoras que preencham os seguintes requisitos, conforme a regulamentação desta lei:

I - capacitação técnica para prestar os serviços de certificação, nos termos definidos nesta lei;

II – recursos de segurança física e lógica compatíveis com a atividade de certificação;

III - capacidade patrimonial adequada à atividade de certificação, ou manutenção de contrato de seguro suficiente para cobertura da responsabilidade civil decorrente da atividade de certificação;

IV - integridade e independência no exercício da atividade de certificação;

V – garantia da qualidade das informações transmitidas aos requerentes, quanto ao uso e procedimentos de segurança dos sistemas utilizados;

VI – submeter-se ao cumprimento das diretrizes, normas técnicas e práticas operacionais instituídas pela autoridade credenciadora.

§ 1º O credenciamento da autoridade certificadora importa na emissão do respectivo certificado pela autoridade certificadora raiz ou autoridade a esta vinculada.

§ 2º A autoridade certificadora raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, terá suas atribuições definidas na regulamentação desta lei, sendo-lhe vedada a emissão de

certificados para o usuário final.

§ 3º A autoridade credenciadora procederá, a título provisório, ao credenciamento de autoridades certificadoras sem a emissão do certificado de que trata o § 1º deste artigo, até que a autoridade certificadora raiz tenha comprovadamente inserido seu certificado raiz nos programas de computador, máquinas e equipamentos de acesso à Internet, de modo a preservar a interoperabilidade dos certificados emitidos pelas autoridades certificadoras credenciadas.

Art. 22 Às autoridades certificadoras credenciadas será atribuído um sinal gráfico, atestando que atendem aos requisitos previstos no art. 21.

Parágrafo único. O credenciamento permitirá à autoridade certificadora utilizar, com exclusividade, o sinal previsto no *caput* deste artigo, bem como a designação de "autoridade certificadora credenciada".

Art. 23 O credenciamento será revogado, sem prejuízo de outras sanções aplicáveis na forma desta lei, nos casos em que:

I – for obtido por meio de declaração falsa ou expediente ilícito;

II – deixar de se verificar algum dos requisitos previstos no art. 21;

III – deixar a autoridade certificadora de exercer suas atividades por período superior a doze meses;

IV – ocorrerem irregularidades insanáveis na administração, organização ou no exercício das atividades da autoridade certificadora;

V – forem praticados atos ilícitos ou que coloquem em perigo a confiança do público na certificação.

§ 1º A revogação compete à autoridade credenciadora, em decisão fundamentada, devendo a autoridade certificadora ser notificada no prazo de sete dias úteis.

§ 2º A autoridade credenciadora dará ampla publicidade à decisão.

Art. 24 Lei disporá sobre a criação de autoridade credenciadora, a quem caberá designar autoridade certificadora raiz, credenciar e proceder à fiscalização das autoridades certificadoras credenciadas, bem como executar atividades correlatas.

TÍTULO V - DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Capítulo I – Da contratação no âmbito do comércio eletrônico

Art. 25 A oferta de bens, serviços e informações não está sujeita a qualquer tipo de autorização prévia pelo simples fato de ser realizada por meio eletrônico.

Art. 26 Sem prejuízo das disposições do Código Civil, a manifestação de vontade das

partes contratantes, nos contratos celebrados por 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.

§ 1º 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.

§ 2º A manifestação de vontade a que se refere o *caput* deste artigo será processada mediante troca de documentos eletrônicos, observado o disposto nos arts. 27 a 29 desta lei.

Art. 27 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.

Art. 28 A expedição do documento eletrônico equivale:

I – à remessa por via postal registrada, se assinado de acordo com os requisitos desta lei, por meio que assegure sua efetiva recepção; e

II - à remessa por via postal registrada e com aviso de recebimento, se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente e por este recebida.

Art. 29 Para os fins do comércio eletrônico, a fatura, a duplicata e demais documentos comerciais, quando emitidos eletronicamente, obedecerão ao disposto na legislação comercial vigente.

Capítulo II - Da proteção e defesa do consumidor no âmbito do comércio eletrônico

Art. 30 Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no País.

Art. 31 A oferta de bens, serviços ou informações por meio eletrônico deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado, e deve conter claras e inequívocas informações sobre:

I – nome ou razão social do ofertante;

II – número de inscrição do ofertante no respectivo cadastro geral do Ministério da Fazenda e, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;

III – domicílio ou sede do ofertante;

IV – identificação e sede do provedor de serviços de armazenamento de dados;

V – número de telefone e endereço eletrônico para contato com o ofertante, bem como

instruções precisas para o exercício do direito de arrependimento;

VI – tratamento e armazenamento, pelo ofertante, do contrato ou das informações fornecidas pelo destinatário da oferta;

VII – instruções para arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante, bem como para sua recuperação em caso de necessidade; e

VIII – sistemas de segurança empregados na operação.

Art. 32 Para o cumprimento dos procedimentos e prazos previstos na legislação de proteção e defesa do consumidor, os adquirentes de bens, serviços e informações por meio eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação para efetivar notificações e intimações extra-judiciais.

§ 1º Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, os ofertantes deverão, no próprio espaço que serviu para o oferecimento de bens, serviços e informações, colocar à disposição dos consumidores área específica, de fácil identificação, que permita o armazenamento das notificações ou intimações, com a respectiva data de envio, para efeito de comprovação.

§ 2º O ofertante deverá transmitir uma resposta automática aos pedidos, mensagens, notificações e intimações que lhe forem enviados eletronicamente, comprovando o recebimento.

Capítulo III – Da solicitação e uso das informações privadas

Art. 33 O ofertante somente poderá solicitar do consumidor informações de caráter privado necessárias à efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado pelo respectivo titular a divulgá-las ou cedê-las.

§ 1º A autorização de que trata o *caput* deste artigo constará em destaque, não podendo estar vinculada à aceitação do negócio.

§ 2º Sem prejuízo de sanção penal, responde por perdas e danos o ofertante que solicitar, divulgar ou ceder informações em violação ao disposto neste artigo.

Capítulo IV – Das obrigações e responsabilidades dos provedores

Art. 34 Os provedores de acesso que assegurem a troca de documentos eletrônicos não podem tomar conhecimento de seu conteúdo, nem duplicá-los por qualquer meio ou ceder a terceiros qualquer informação, ainda que resumida ou por extrato, sobre a existência ou sobre o conteúdo desses documentos, salvo por indicação expressa do seu remetente.

§ 1º Igual sigilo recai sobre as informações que não se destinem ao conhecimento público armazenadas no provedor de serviços de armazenamento de dados.

§ 2º Somente mediante ordem do Poder Judiciário poderá o provedor dar acesso às informações acima referidas, sendo que as mesmas deverão ser mantidas, pelo respectivo juízo, em segredo de justiça.

Art. 35 O provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será responsável pelo conteúdo das informações transmitidas.

Art. 36 O provedor que forneça ao ofertante serviço de armazenamento de arquivos e sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações não será responsável pelo seu conteúdo, salvo, em ação regressiva do ofertante, se:

I – deixou de atualizar as informações objeto da oferta, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para efetivar as atualizações, conforme instruções do próprio provedor; ou

II – deixou de arquivar as informações ou, tendo-as arquivado, foram elas destruídas ou modificadas, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para seu arquivamento, segundo parâmetros estabelecidos pelo provedor.

Art. 37 O provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas.

Art. 38 Responde civilmente por perdas e danos, e penalmente por co-autoria do delito praticado, o provedor de serviço de armazenamento de arquivos que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada.

TÍTULO VI - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 39 As infrações às normas estabelecidas nos Títulos II, III e IV desta lei, independente das sanções de natureza penal e reparação de danos que causarem, sujeitam a autoridade infratora à penalidade de multa de dez mil reais a um milhão de reais cominada, no caso de autoridade credenciada, à suspensão de credenciamento ou à sua revogação.

§ 1º As sanções estabelecidas neste artigo serão aplicadas pela autoridade credenciadora, considerando-se a gravidade da infração, vantagem auferida, capacidade econômica, e eventual reincidência.

§ 2º A pena de suspensão poderá ser imposta por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Título VII - DAS SANÇÕES PENAIS

Art. 40 A quebra de sigilo das informações de que trata o inciso VIII do art. 18 e os arts. 33 e 34 desta lei constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos.

Art. 41 Equipara-se ao crime de falsificação de papéis públicos, sujeitando-se às penas do art. 293 do Código Penal, a falsificação, com fabricação ou alteração, de certificado digital de ente público.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena de crime de falsificação de papéis públicos quem utilizar certificado digital público falsificado.

Art. 42 Equipara-se ao crime de falsificação de documento público, sujeitando-se às penas previstas no art. 297 do Código Penal, a falsificação, no todo ou em parte, de documento eletrônico público, ou a alteração de documento eletrônico público verdadeiro.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aplica-se o disposto no § 1º do art. 297 do Código Penal.

Art. 43 Equipara-se ao crime de falsidade de documento particular, sujeitando-se às penas do art. 298 do Código Penal, a falsificação, no todo ou em parte, de certificado ou documento eletrônico particular, ou alteração de certificado ou documento eletrônico particular verdadeiro.

Art. 44 Equipara-se ao crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art. 299 do Código Penal, a omissão, em documento ou certificado eletrônico público ou particular, de declaração que dele devia constar, ou a inserção ou fazer com que se efetue inserção, de declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 299 do Código Penal.

Art. 45 Equipara-se ao crime de supressão de documento, sujeitando-se às penas do art. 305 do Código Penal, a destruição, supressão ou ocultação, em benefício próprio ou de outrem, de documento eletrônico público ou particular verdadeiro, de que não se poderia dispor.

Art. 46 Equipara-se ao crime de extravio, sonegação ou inutilização de documento, sujeitando-se às penas previstas no art. 314 do Código Penal, o extravio de qualquer documento eletrônico, de que se tem a guarda em razão do cargo, ou sua sonegação ou inutilização, total ou parcial.

Título VIII - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 47 As certificações estrangeiras de assinaturas digitais terão o mesmo valor jurídico das expedidas no País, desde que a autoridade certificadora esteja sediada e seja devidamente reconhecida em país signatário de acordos internacionais relativos ao

reconhecimento jurídico daqueles certificados, dos quais seja parte o Brasil.

Art. 48 Para a solução de litígios de matérias objeto desta lei poderá ser empregado sistema de arbitragem, obedecidos os parâmetros da Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996, dispensada a obrigação decretada no § 2º de seu art. 4º, devendo, entretanto, efetivar-se destacadamente a contratação eletrônica da cláusula compromissória.

Título IX - DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 49 O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de noventa dias.

Art. 50 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 26 de setembro de 2001.

Deputado JULIO SEMEGHINI, Relator

ANEXO 04 - Lei Modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico - trata da validade de documentos e assinaturas digitais.

Disponível em: <<http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm>>. Acesso em: 27 set. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - Nova York, 1997

RESOLUÇÃO 51/162 DA ASSEMBLÉIA GERAL DE 16 DE DEZEMBRO DE 1996

Parte I - Comércio Eletrônico em Geral

Capítulo 1 - Disposições gerais

- **Artigo 1 - Âmbito de aplicação**

Esta Lei aplica-se a qualquer tipo de informação na forma de mensagem de dados usada no contexto de atividades comerciais.

- **Artigo 2 - Definições**

Para os fins desta Lei:

Entende-se por "mensagem eletrônica" a informação gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente, por meio óptico ou por meios similares incluindo, entre outros, "intercâmbio eletrônico de dados" (EDI), correio eletrônico, telegrama, telex e fax;

Entende-se por "intercâmbio eletrônico de dados" (EDI) a transferência eletrônica de computador para computador de informações estruturadas de acordo com um padrão estabelecido para tal fim,

Entende-se por "remetente" de uma mensagem eletrônica a pessoa pela qual, ou em cujo nome, a referida mensagem eletrônica seja enviada ou gerada antes de seu armazenamento, caso este se efetue, mas não quem atue como intermediário em relação a esta mensagem eletrônica;

"Destinatário" de uma mensagem eletrônica é a pessoa designada pelo remetente para receber a mensagem eletrônica, mas não quem atue como intermediário em relação a esta mensagem eletrônica;

"Intermediário", com respeito a uma mensagem eletrônica particular, é a pessoa que em nome de outrem envie, receba ou armazene esta mensagem eletrônica ou preste outros serviços com relação a esta mensagem;

"Sistema de Informação" é um sistema para geração, envio, recepção, armazenamento ou outra forma de processamento de mensagens eletrônicas.

- **Artigo 3 - Interpretação**

1) Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em consideração a sua origem internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação e a observância da boa fé.

2) Questões relativas a matérias regidos por esta Lei que nela não estejam expressamente dispostas serão solucionados em conformidade com os princípios gerais nos quais ela se inspira.

- **Artigo 4 - Alteração mediante acordo**

1) Salvo disposição em contrário, nas relações entre as partes que gerem, enviem, recebam, armazenem ou de qualquer outro modo processem mensagens eletrônicas, as disposições do Capítulo III poderão ser alteradas mediante comum acordo.

2) O parágrafo 1º não afeta nenhum direito de que gozem as partes para modificar, mediante comum acordo, qualquer das regras jurídicas à quais se faça referência nas disposições contidas no capítulo II.

Capítulo II - Aplicação de requisitos legais às mensagens de dados

- **Artigo 5 - Reconhecimento jurídico das mensagens de dados**

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

Artigo 5 bis. - Incorporação por remissão

(Na forma aprovada pela comissão em seu 31.º período de sessões, em junho de 1998)

Não se negarão efeitos jurídicos, validade, ou eficácia à informação pela simples razão de que não esteja contida na própria mensagem de dados destinada a gerar tais efeitos jurídicos, mas que a ela meramente se faça remissão naquela mensagem de dados.

- **Artigo 6 - Escrito**

1) Quando a Lei requeira que certa informação conste por escrito, este requisito considerar-se-á preenchido por uma mensagem eletrônica se a informação nela contida seja acessível para consulta posterior.

2) Aplica-se o parágrafo 1) tanto se o requisito nele mencionado esteja expresso na forma de uma obrigação, quanto se Lei preveja simplesmente conseqüências para quando a informação não conste por escrito.

3) As disposições deste artigo não se aplicam ao que segue: [...]

- **Artigo 7 - Assinatura**

1) Quando a Lei requeira a assinatura de uma pessoa, este requisito considerar-se-á preenchido por uma mensagem eletrônica quando:

a) For utilizado algum método para identificar a pessoa e indicar sua aprovação para a informação contida na mensagem eletrônica; e

b) Tal método seja tão confiável quanto seja apropriado para os propósitos para os quais a mensagem foi gerada ou comunicada, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso, incluindo qualquer acordo das partes a respeito.

2) Aplica-se o parágrafo 1) tanto se o requisito nele mencionado esteja expresso na forma de uma obrigação, quanto se a Lei simplesmente preveja conseqüências para a ausência de assinatura.

3) As disposições deste artigo não se aplicam ao que segue: [...]

- **Artigo 8 - Original**

1) Quando a Lei requeira que certa informação seja apresentada ou conservada na sua forma original, este requisito se considerará preenchido por uma mensagem eletrônica quando:

a) Existir garantia fidedigna de que se preservou a integridade da informação desde o momento da sua geração em sua forma final, como uma mensagem eletrônica ou de outra forma; e

b) Esta informação for acessível à pessoa à qual ela deva ser apresentada, caso se requeira a sua apresentação.

2) Aplica-se o parágrafo 1) tanto se o requisito nele mencionado esteja expresso na forma de uma obrigação quanto se a Lei simplesmente preveja conseqüências para o caso de que a informação não seja apresentada ou conservada em sua forma original.

3) Para os propósitos da alínea (a) do parágrafo 1):

a) Presume-se íntegra a informação que houver permanecido completa e inalterada, salvo a adição de qualquer endosso das partes ou outra mudança que ocorra no curso normal da comunicação, armazenamento e exposição;

b) O grau de confiabilidade requerido será determinado à luz dos fins para os quais a informação foi gerada assim como de todas as circunstâncias do caso.

4) As disposições deste artigo não se aplicam ao que segue: [...]

- **Artigo 9 - Admissibilidade e força probante das mensagens de dados**

1) Em procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais não se aplicará nenhuma norma jurídica que seja óbice à admissibilidade de mensagens eletrônicas como meio de prova

a) Pelo simples fato de serem mensagens eletrônicas; ou,

b) Pela simples razão de não terem sido apresentadas em sua forma original, sempre que tais mensagens sejam a melhor prova que se possa razoavelmente esperar da pessoa que as apresente.

2) Toda informação apresentada sob a forma de mensagem eletrônica gozará da devida força probante. Na avaliação da força probante de uma mensagem eletrônica, dar-se-á atenção à confiabilidade da forma em que a mensagem haja sido gerado, armazenada e transmitida, a confiabilidade da forma em que se haja conservado a integridade da informação, a forma pela qual haja se identificado o remetente e a qualquer outro fator pertinente.

- **Artigo 10 - Conservação das mensagens de dados**

1) Quando a Lei requeira que certos documentos, registros ou informações sejam conservados, este requisito considerar-se-á preenchido mediante a conservação de mensagens eletrônicas, sempre que as seguintes condições sejam satisfeitas:

a) Que a informação que contenham seja acessível para consulta posterior;

b) Que as mensagens eletrônicas sejam conservadas no formato no qual tenham sido geradas, enviadas ou recebidas, ou num formato que se possa demonstrar que representa exatamente as informações geradas, enviadas ou recebidas; e

c) Que se conserve, caso exista, toda informação que permita determinar a origem e o destino das mensagens e a data e a hora quando foram enviadas ou recebidas.

2) A obrigação de conservar documentos, registros ou informações de acordo com o parágrafo 1) não se aplica àqueles dados que tenham por única finalidade facilitar o envio ou o recebimento da mensagem.

3) Toda pessoa pode recorrer aos serviços de um terceiro para atender o requisito mencionado no parágrafo 1), desde que se cumpram as condições enunciadas nas alíneas a), b) e c) do parágrafo 1).

Capítulo III - Comunicação de mensagens de dados

- **Artigo 11 - Formação e validade dos contratos**

1) Salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação.

2) As disposições deste artigo não se aplicam ao que segue: [...]

- **Artigo 12 - Reconhecimento pelas partes das mensagens de dados**

1) Nas relações entre o remetente e o destinatário de uma mensagem eletrônica, não se negará validade ou eficácia a uma declaração de vontade ou outra declaração pela simples razão de que a declaração tenha sido feita por uma mensagem eletrônica.

2) As disposições deste artigo não se aplicam ao que segue: [...]

• **Artigo 13 - Atribuição de mensagens de dados**

1) Uma mensagem eletrônica provém do remetente quando haja sido enviada pelo próprio remetente.

2) Nas relações entre o remetente e o destinatário, uma mensagem eletrônica se considera proveniente do remetente se ela foi enviada:

a) Por uma pessoa autorizada a agir em nome do remetente no tocante àquela mensagem eletrônica;

b) Por um sistema de informação programado por, ou em nome do remetente, para operar automaticamente.

3) Nas relações entre o remetente e o destinatário, o destinatário tem direito a considerar uma mensagem eletrônica como sendo do remetente e a agir de acordo em qualquer das seguintes hipóteses:

a) Se o destinatário houver aplicado corretamente um procedimento previamente aceito pelo remetente a fim de verificar se a mensagem eletrônica provinha do remetente; ou

b) Se a mensagem eletrônica recebida pelo destinatário houver resultado dos atos de uma pessoa cujas relações com o remetente ou com qualquer agente do remetente lhe hajam dado acesso ao método usado pelo remetente para identificar a mensagem eletrônica como sendo sua.

4) O parágrafo 3) deixará de aplicar-se:

a) A partir do momento em que o destinatário houver sido informado pelo remetente de que a mensagem eletrônica não é de sua emissão, e haja disposto de um prazo razoável para agir de acordo; ou

b) Nos casos previstos na alínea b) do parágrafo 3), desde o momento em que o destinatário haja sabido ou devesse haver sabido, caso houvesse agido com a devida diligência ou empregado o procedimento pactuado, que a mensagem eletrônica não era do remetente.

5) Sempre que uma mensagem eletrônica provenha do remetente ou se considere proveniente do remetente, ou sempre que o destinatário tenha direito a agir com base nessa presunção, o destinatário poderá, em suas relações com o remetente, considerar que a mensagem eletrônica recebido corresponde àquela que o remetente pretendeu enviar, e a agir de acordo. O destinatário não gozará deste direito quando saiba ou devesse saber, caso houvesse agido com a devida diligência ou empregado o procedimento pactuado, que a transmissão causou algum erro na mensagem eletrônica recebida.

6) O destinatário poderá considerar cada mensagem eletrônica recebida como sendo uma mensagem eletrônica distinta e a agir de acordo, salvo na medida em que ela

duplique uma outra mensagem eletrônica e o destinatário saiba ou devesse saber, caso houvesse agido com a devida diligência ou empregado o procedimento pactuado, que a mensagem era uma duplicata.

- **Artigo 14 - Aviso de recebimento**

1) Os parágrafos de 2) a 4) deste artigo aplicam-se quando, durante ou antes de enviar uma mensagem eletrônica, ou por meio desta mensagem eletrônica, o remetente solicite ou pactue com o destinatário que se acuse o recebimento da mensagem.

2) Quando o remetente não houver pactuado com o destinatário que se acuse o recebimento de uma forma ou por um método particular, poderá ser acusado o recebimento mediante:

a) Toda comunicação do destinatário, automática ou não, que indique ao remetente que a mensagem eletrônica foi recebida; ou

b) Todo outro ato do destinatário que baste para o mesmo propósito.

3) Quando o remetente houver declarado que os efeitos da mensagem eletrônica estarão condicionados à recepção de um aviso de recebimento, a mensagem eletrônica considerar-se-á como não tendo sido enviada enquanto não se haja recebido o aviso de recebimento.

4) Quando o remetente não houver declarado que os efeitos da mensagem eletrônica estarão condicionados à recepção de um aviso de recebimento, e o aviso de recebimento não houver sido recebido pelo remetente dentro do prazo especificado ou pactuado ou, se nenhum prazo tiver sido especificado ou pactuado, dentro de um prazo razoável, o remetente poderá

a) Notificar o destinatário declarando que nenhum aviso de recebimento foi recebida e especificando um prazo razoável para que o aviso de recebimento deva ser recebido; e

b) Caso o aviso de recebimento não seja recebida dentro do prazo especificado na alínea (a), o remetente poderá, dando notificação ao destinatário, tratar a mensagem como se ela nunca tivesse sido enviada, ou exercer qualquer outro direito disponível.

5) Quando o remetente receba o aviso de recebimento do destinatário, presumir-se-á que este haja recebido a mensagem eletrônica pertinente. Esta presunção não implica que a mensagem eletrônica corresponda à mensagem recebida.

6) Quando o aviso de recebimento especifique que a mencionada mensagem eletrônica cumpre com os requisitos técnicos pactuados ou previstos nas normas técnicas aplicáveis, presume-se que aqueles requisitos foram cumpridos.

7) Salvo no que se refira ao envio ou recepção de mensagens eletrônicas, este artigo não tem por fim reger as conseqüências jurídicas que possam resultar tanto da própria mensagem quanto do aviso de seu recebimento.

- **Artigo 15 - Tempo e lugar de despacho e recebimento das mensagens de dados**

1) Salvo convenção em contrário entre o remetente e o destinatário, o envio de uma mensagem eletrônica ocorre quando esta entra em um sistema de informação alheio ao controle do remetente ou da pessoa que enviou a mensagem eletrônica em nome do remetente.

2) Salvo convenção em contrário entre o remetente e o destinatário, o momento de recepção de uma mensagem eletrônica é determinado como se segue:

a) Se o destinatário houver designado um sistema de informação para o propósito de recebimento das mensagens eletrônicas, o recebimento ocorre:

i) No momento em que a mensagem eletrônica entra no sistema de informação designado; ou

ii) Se a mensagem eletrônica é enviada para um sistema de informação do destinatário que não seja o sistema de informação designado, no momento em que a mensagem eletrônica é recuperada pelo destinatário.

b) Se o destinatário não houver designado um sistema de informação, o recebimento ocorre quando a mensagem eletrônica entra no sistema de informação do destinatário.

3) Aplica-se o parágrafo 2) ainda que o sistema de informação esteja situado num lugar distinto do lugar onde a mensagem eletrônica se considere recebida de acordo com o parágrafo 4).

4) Salvo convenção em contrário entre o remetente e o destinatário, uma mensagem eletrônica se considera expedida no local onde o remetente tenha seu estabelecimento e recebida no local onde o destinatário tenha o seu estabelecimento. Para os fins do presente parágrafo:

a) se o remetente ou o destinatário têm mais de um estabelecimento, o seu estabelecimento é aquele que guarde a relação mais estreita com a transação subjacente ou, caso não exista uma transação subjacente, o seu estabelecimento principal;

b) se o remetente ou o destinatário não possuírem estabelecimento, se levará em conta a sua residência habitual.

5) As disposições deste artigo não se aplicam ao que segue:

Parte II - Comércio Eletrônico em Áreas Específicas

Capítulo I - Transporte de mercadorias

- **Artigo 16 - Atos relativos aos contratos de transporte de mercadorias**

Sem prejuízo do disposto na Parte I desta Lei, este Capítulo se aplica, entre outros, a quaisquer dos seguintes atos que guarde relação com um contrato de transporte de mercadorias, ou com o seu cumprimento:

- a) (i) Indicação de marcas, número, quantidade ou peso da mercadoria;
- (ii) Declaração da natureza ou valor da mercadoria;
- (iii) Emissão de recibo da mercadoria;
- (iv) Confirmação do carregamento da mercadoria;
- b) (i) Notificação dos termos e condições do contrato;
- (ii) Fornecimento de instruções ao transportador;
- c) (i) Reclamação da entrega da mercadoria;
- (ii) Autorização para proceder à entrega da mercadoria;
- (iii) Notificação de avaria ou perda da mercadoria;
- d) Fornecimento de qualquer outra informação relativa ao cumprimento do contrato;
- e) Promessa de efetuar a entrega da mercadoria à pessoa designada ou à pessoa autorizada a reclamar a entrega;
- f) Concessão, aquisição, desistência, restituição, transferência ou negociação de direitos sobre a mercadoria;
- g) Aquisição ou transferência de direitos e obrigações derivados do contrato.

• **Artigo 17 - Documentos de transporte**

1) Com reserva do disposto no parágrafo 3), quando a Lei requeira que qualquer dos atos enunciados no artigo 16 se realize por escrito ou por meio de um documento impresso, este requisito é satisfeito se o ato se realiza por meio de uma ou mais mensagens eletrônicas.

2) Aplica-se o parágrafo 1) tanto se o requisito nele previsto esteja expresso em forma de uma obrigação quanto se a Lei simplesmente preveja conseqüências para quando o ato não se realize por escrito ou por meio de um documento impresso.

3) Quando se conceda algum direito a uma pessoa determinada e a nenhuma outra, ou quando esta adquira alguma obrigação, e a Lei requeira que, para que o ato surta efeito, o direito ou a obrigação tenham de transferir-se a essa pessoa mediante o envio ou a utilização de um documento impresso, este requisito ficará satisfeito se o direito ou obrigação se transfere pelo uso de uma ou mais mensagens eletrônicas, sempre que se empregue um método confiável para garantir a singularidade das ditas mensagens eletrônicas.

4) Para os fins do parágrafo 3), o grau de confiabilidade requerido será determinado à luz dos fins para os quais os direitos ou obrigações foram transferidos e levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso, inclusive qualquer acordo relevante.

5) Quando uma ou mais mensagens eletrônicas forem utilizadas para efetuar qualquer um dos atos enunciados nas alíneas (f) e (g) do artigo 16, não será válido nenhum documento impresso utilizado para efetivar quaisquer daqueles atos a menos que o uso de mensagens eletrônicas se haja interrompido e substituído pelo uso de documentos impressos. Todo documento impresso que se emita nestas circunstâncias deve conter uma declaração sobre tal substituição. A substituição das mensagens eletrônicas por documentos impressos não afeta os direitos e obrigações das partes envolvidas.

6) As normas jurídica que se apliquem compulsoriamente aos contratos de transporte de mercadorias que constem de um documento impresso não deixam de ser aplicáveis a um contrato de transporte de mercadorias que conste de uma ou mais mensagens eletrônicas pela simples razão de que o contrato consta de uma tal mensagem ao invés de um documento impresso.

7) As disposições deste artigo não se aplicam ao que segue: [...]