

O contrato eletrônico no limiar do século XXI

Adriano Roberto Vancim*

Sumário: 1 Aspectos gerais. 1.1 Conceito de contrato eletrônico. 1.2 Contrato entre ausentes ou entre presentes? 1.3 Partes contratantes. 2 Formas de contratação e-commerce. 2.1 Business-to-government (b2g). 2.2 Business-to-business (b2b). 2.3 Business-to-consumer (b2c). 2.4 Consumer-to-consumer (c2c). 3 Formação do contrato eletrônico. 3.1 Pressupostos e requisitos de validade. 3.2 Momento da conclusão do contrato. 3.3 Lugar da conclusão do contrato. 4 Modalidade de adimplemento. 4.1 Duplicata "digital". 5 Legislação aplicável. 5.1 Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. 5.2 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos internacionais privados. 5.3 Tendências internacionais. 6 Considerações finais. 7 Referências bibliográficas.

1 Aspectos gerais

1.1 Conceito de contrato eletrônico

De início, ressalte-se que o contrato eletrônico deve ser compreendido de maneira restrita, como um tipo de contrato definido, realizado no comércio eletrônico, sendo que o comércio em si praticado não se situa apenas sobre a compra e venda de um bem ou a prestação de algum serviço (apenas para exemplificar), mas abrange uma série de fatores referentes aos momentos que antecedem e sucedem o negócio jurídico, tendentes a auxiliar sua concretização.

Explicitam-se como fatores a publicidade e o anúncio do produto, técnicas de pesquisa sobre o mercado consumidor, prestação de assistência técnica pertinente à operacionalidade do bem adquirido, fixação de formas de pagamento, critérios que fixam ou isentam custos referentes às despesas de manutenção etc.

Perfilando ainda o comércio eletrônico, Ricardo Luis Lorenzetti salienta que

el comercio electrónico tiene fuertes incentivos económicos: una reducción de costos administrativos e impositivos, el acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar durante todo el día; la superación de las barreras nacionales; el aumento de la celeridad en las transacciones (2000, p. 14).

Em fase embrionária, o conceito amplamente adotado foi o trazido por Semy Glanz (1998, p.72), pelo qual "contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senhas".

Por conseguinte, veja-se que o contrato eletrônico, como regra, é aquele firmado entre pessoas ausentes, uma vez que, num determinado lapso de tempo restrito, entre o conhecimento da proposta (oferta) e sua devida aceitação, ocorre a receptividade das duas manifestações de vontade, unidas através da internet.

No mesmo sentido, de modo especificativo, Carlos Alexandre Rodrigues o define como sendo "aquele que se realiza tendo como meio de aproximação das partes a internet, e estando as partes on-line no momento da contratação" (2001, p. 87).

Preferimos, por oportuno, adotar a denominação contratos inominados e não contratos atípicos, embora possam ser utilizados algumas das vezes como expressões sinônimas, em razão de não ser correto atribuir tal característica pelo simples fato de não possuir o contrato eletrônico definido *nomen juris*.

Embora não esteja especificamente disciplinado no ordenamento jurídico pátrio em "corpo próprio", tal contratação ensejará a caracterização de uma compra e venda, de uma prestação de serviço e tantos outros que venham surgir por conveniência de contratação, com a única diferença de ser perpetrado em ambiente virtual.

1.2 Contrato entre ausentes ou entre presentes?

Com fundamento na legislação argentina, diversos autores vêm apresentando a forma como se estabelecem os contratos celebrados via internet, ou seja, o modo como se dá o "consentimento eletrônico".

O fator que caracteriza o contrato como sendo entre ausentes ou entre presentes não é a presença física das partes contratantes quando da celebração do contrato, mas, sim, a sua declaração de vontade em concretizar o contrato.

Tratando-se de declaração de vontade instantânea, aquela em que o proponente envia a sua proposta contratual e, de imediato, o oblato emite sua aceitação, estaremos diante de um contrato entre presentes. De outra sorte, se o proponente envia sua proposta, mas há certo lapso de tempo considerável para a sua aceitação por parte do oblato, estaremos diante de um contrato entre ausentes.

* Ex-Advogado em Ribeirão Preto/SP. Autor de inúmeros artigos jurídicos publicados em revistas especializadas, com citação inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ. Autor de "Direito Internacional Público e Privado" na obra *Curso preparatório para o exame de Ordem - prova objetiva e parte teórica*, 5. ed., Editora Tático. Co-autor de "Direito Internacional Público e Privado" na obra *Coleção sinopses jurídicas*, Editora Tático. Servidor público vinculado ao Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Guaxupé/MG. Aprovado no concurso para Notário e Registrador promovido pelo TJMG.

De maneira exemplificativa, clara é a lição de María José Azar (2002, p. 39-40).

Os contratos entre presentes podem ocorrer pelas seguintes formas:

A) *En forma interactiva: es el caso de dos sujetos que se encuentran en la red y deciden la formulación de un contrato.*
B) *Automáticamente, com intervención de computadoras previamente programadas [...] tal como cuando se programa la computadora de una empresa para recibir órdenes de compra limitadas al número y características de los productos disponibles en stock.*

Por seu turno, verificam-se os contratos entre ausentes pelas seguintes maneiras:

A) *Cuando una persona intente una comunicación interactiva y, por ausencia de la otra, el intercambio no pueda ser instantáneo. Por ejemplo se envía por mail una propuesta de contrato, pero por ausencia del destinatario (porque no se encuentra conectado a internet y bajando los mensajes nuevos que estén en la cola a la espera de su lectura por el destinatario), no conocerá el contenido de la oferta inmediatamente y el sujeto tardará en enviar la aceptación [...] É o caso do spam.*

B) *Cuando una de las partes opera en forma automática y la otra lo hace através de un sujeto ajeno a la parte com quien el proponente pretende contratar (tal el caso de un sujeto com facultades insuficientes como para concluir o configurar el contrato), tal el caso de un dependiente [...].*

Afere-se que os contratos de consumo e os de natureza mercantil que independem de uma discussão ampla e detalhada acerca das cláusulas contratuais, bastando, para sua convalidação, um simples toque na tecla do computador, consoante o ordenamento jurídico argentino, podem ser celebrados entre presentes, uma vez que *“las cosas están dispuestas de manera que cualquiera del público puede concluir y cumplir el contrato”* (AZAR, 2002, p. 39).

De outra banda, ainda exemplificando, contratos mais complexos, de maior relevância, que na maior parte das vezes não são firmados e concluídos num simples ato, exigindo por consequência um intenso debate de ideias, desde as tratativas até seu efetivo cumprimento, são tidos como celebrados entre ausentes.

Não nos posicionamos, contudo, em afirmar que o fator imperioso em caracterizar o contrato como celebrado entre ausentes ou entre presentes está na sua complexidade de negociação e execução. Até porque, dependendo das circunstâncias, pode a negociação perdurar durante várias horas, mas ocorrer de modo simultâneo, como pode também haver uma simples negociação preliminar, mas sua execução não se dá instantaneamente. Referendamos que o fator de distinção está justamente em reconhecer ou não o interstício existente entre a proposta e sua devida aceitação, o que, razoavelmente, se faz necessário nos contratos de natureza mais complexa.

1.3 Partes contratantes

Importa registrar que deve ser repelida, de imediato, qualquer opinião no sentido de se referendar como parte no contrato o provedor de acesso à internet.

No mesmo diapasão, Newton De Lucca discorre que a provedora de acesso, que tem a função de disponibilizar o endereço na internet, armazenar e inserir o site na rede, prestar e adquirir informações para seus usuários, não pode ser considerada parte. Isso porque a ela cabe, apenas, o encargo de organizar o meio físico e logístico que viabilizam a comunicação entre os computadores do usuário e a rede mundial de computadores, não cabendo, portanto, outra classificação, senão a de agente interveniente (2000, p. 59).

Assim sendo, parte nada mais é que o interessado, ou os interessados na relação contratual, tendentes a obter um produto ou prestação de serviço.

Significa dizer que os contratos, quanto a seus efeitos, ou serão unilaterais ou bilaterais (sinalagmáticos). De outra sorte, exige-se, para a formação do contrato, a manifestação de vontade de uma ou mais de uma pessoa, fato esse não correlato quanto ao efeito, uma vez que, embora bilateral, pode ele não ser sinalagmático, bastando, para tanto, a não inserção de direitos e obrigações recíprocas entre as partes contratantes.

Decorrente da supra-análise, importa salientar que obrigações surgidas para o efetivo cumprimento do contrato e eventuais penalidades emergidas em decorrência de seu inadimplemento surtirão efeitos tão somente entre as partes interessadas que pactuaram o negócio jurídico (salvo terceiros interessados), estando a provedora isenta de qualquer responsabilidade no que atina ao cumprimento do contrato em si.

Porém, será ela responsabilizada apenas quando da ocorrência de falhas, que, por si só, possam prejudicar a perfeita e exata comunicação entre o computador dos usuários-contratantes com a rede mundial de computadores.

Por derradeiro, nos dizeres de Waldo Augusto Roberto Sobrinho (2001, p. 24), as empresas provedoras de acesso à internet classificam-se em três, cada uma com suas responsabilidades próprias, a ver:

Las empresas de information service providers son responsables en forma objetiva por el hecho de haber incorporado informaciones a sus páginas o sitios [...] serán responsables en forma subjetiva, debiendo distinguirse, si las informaciones versan sobre personas ‘públicas’, o si trata de personas ‘no públicas’;

Las empresas de Internet Service Providers (I.S.P.), y hosting service providers tendrán una responsabilidad subjetiva, derivada de su falta de diligencia del control de las páginas o sitios [...];

Las empresas de access service providers, en principio no tendrán responsabilidad, dado que ellas solamente brindan un servicio de infraestructura técnica, para que las páginas y/o sitios puedan estar en el ciberespacio.

2 Formas de contratação e-commerce

2.1 Business-to-government (b2g)

Esta modalidade tem como característica o comércio realizado eletronicamente entre o Poder Público, direto ou indireto, com qualquer particular, estando presente desde as mais variadas espécies de licitações até cotações em mercado de bancos estatais.

2.2 Business-to-business (b2b)

Nesta modalidade de contratação, há uma interatividade de relacionamento entre empresa e seus fornecedores na realização da mercancia. Trata-se da efetivação do negócio comercial entre sociedades empresariais compradoras e vendedoras, sendo esse tipo de contratação a realizada em maior vulto pela internet.

Como meio de solucionar eventuais conflitos existentes, as partes se utilizam, comumente, da arbitragem, seja mediante a inserção da cláusula compromissória seja por meio do compromisso arbitral.

2.3 Business-to-consumer (b2c)

Consubstancia em ser a forma de contratação eletrônica mais presente, não sendo, entretanto, a mais executável, assim como ocorre com as b2b, em que se verifica uma relação jurídica de consumo entre a empresa fornecedora e o consumidor, para a obtenção de um produto ou a prestação de serviços.

Nas relações contratuais estabelecidas sob a forma b2c, depara-se com uma típica hipótese de contrato de adesão, com a ímpar característica de que as cláusulas contratuais inseridas são estipuladas prévia e unilateralmente por apenas uma das partes contratantes, exatamente a que está em posição mais privilegiada, não havendo, portanto, o acordo mútuo na formação do negócio jurídico.

2.4 Consumer-to-consumer (c2c)

Consoante preleciona, com muita propriedade, Juliana Canha Abrusio, esta modalidade contratual “não apresenta relação de consumo, pois não está presente a condição de vulnerabilidade entre uma parte em relação à outra, portanto, regidas pelo Código Civil”.

Verifica-se facilmente este contrato quando da compra de algum produto em sites de leilão ou em sites de classificados.

3 Formação do contrato eletrônico

3.1 Pressupostos e requisitos de validade

É da natureza dos contratos, não sendo diferente nos contratos eletrônicos, sendo, pois, um contrato típi-

co, para que possam ser reputados como existentes e perfeitamente válidos, a estrita obediência aos pressupostos (condições sobre as quais se desenvolve o contrato) e requisitos (elementos intrínsecos do contrato) do negócio jurídico, de forma que sua não observância acarretará a nulidade ou anulação do contrato.

A legislação civil elenca, de maneira exaustiva, os requisitos e pressupostos de validade, devendo estes ser compreendidos em seus aspectos objetivo, formal e subjetivo.

Os requisitos objetivos dizem respeito ao objeto da contratação, a saber:

a) O objeto deve ser lícito, porquanto inadmissível em nosso ordenamento aqueles contrários à lei, moral, bons costumes e ordem pública;

b) possível, não devendo ir além da força humana, físico-natural, tampouco ser inexistente;

c) determinado ou determinável, especificidade quanto ao gênero, qualidade, quantidade ou qualquer outro elemento dado por meio de caracteres individuais.

O requisito formal consubstancia-se na observação da forma prescrita ou não proibida em lei, vale dizer, apesar de se ter como regra a livre forma para contratar (art.107, CC), desde que não seja contrária ao Direito, quando a lei prescrever o contrário, esta deve ser cumprida.

Os requisitos subjetivos, por seu turno, são:

a) evidência de no mínimo duas pessoas com o *animus contrahendi*;

b) capacidade para praticar atos da vida civil;

c) consentimento das partes contratantes.

Como regra operante, os contratos eletrônicos são ditos sinalagmáticos, uma vez que devem gerar corresponsabilidade de obrigações e direitos para ambas as partes. Assim sendo, inicialmente, as partes devem ser capazes, ou seja, aptas para dar vida aos negócios jurídicos, estando o contrato sujeito às obrigações dele decorrentes, importando nulidade, no caso de incapacidade absoluta, e anulabilidade, em se tratando de incapacidade relativa.

Apresenta-se tal requisito extremamente dificultoso de se verificar nos contratos eletrônicos, haja vista as partes não estarem presentes fisicamente na contratação, nem sendo possível identificar, sendo relativamente incapaz, a figura do assistente, ou então do representante, no caso de incapacidade absoluta.

Com efeito, há que se aduzir que para a prática de certos atos mister que o contratante tenha também legitimação, não bastando para sua convalidação a capacidade.

Nesse sentido, bem leciona o mestre Silvio Rodrigues que

[...] a capacidade é a aptidão intrínseca da pessoa para dar vida a negócios jurídicos; legitimação é a aptidão para atuar em negócios jurídicos que tenham determinado objeto, em virtude de uma relação em que se encontra, ou se coloca, o interessado em face do objeto do ato (1998, p. 173).

Importante referir, ainda, que, além dos pressupostos/requisitos de validade, a doutrina tenciona em distingui-los dos elementos constitutivos e essenciais dos negócios jurídicos. Destarte, no direito obrigacional, é elemento essencial exigido para a própria substância do ato, o consentimento, compreendido como o acordo de vontades entre as partes contratantes, convergente à realização do negócio jurídico.

Posto isso, conclui-se que, na falta da *essentialia negotii* para a formação do contrato, este não poderá ser considerado nulo e muito menos anulável, e sim um ato inexistente no mundo jurídico, incapaz de produzir efeitos.

3.2 Momento da conclusão do contrato

Seja qual for o contrato realizado entre presentes, dúvidas não há acerca do momento de sua conclusão, reputando-se concluso a partir do instante em que o oblato consente em aceitar de imediato a proposta do proponente, caso em que o contrato se torna obrigatório para as partes.

A questão merece maior reflexão, em se tratando de contratos entre ausentes, sendo aquele em que há um determinado lapso de tempo considerável entre o envio da proposta e sua aceitação. Destarte, na busca em solucionar essa questão, consta da legislação civil a adoção de algumas teorias que demonstram o momento a partir do qual estão as partes vinculadas umas às outras.

Pela teoria da informação ou cognição, está concluído o contrato desde o instante em que o proponente toma ciência da aceitação da proposta pelo oblato. Segundo a teoria da agnição ou declaração, o contrato estará concluído a partir do instante em que o oblato manifesta sua aquiescência, subdividindo-se em: (i) declaração, estando concluso o contrato quando o oblato formula sua aceitação à proposta; (ii) expedição, estando concluso quando o oblato remete sua aceitação ao proponente; e (iii) recepção, em que se reputa concluído o contrato a partir do instante em que o proponente recebe, efetivamente, a aceitação do oblato.

Diante de tais teorias, a melhor doutrina recomenda a aplicação, com algumas ressalvas (art.434, CC), da teoria da agnição na modalidade expedição, do qual o contrato está concluído no instante em que o oblato manifesta sua aquiescência à proposta, sendo indispensável sua remessa, não necessitando, no entanto, que o proponente receba efetivamente a resposta.

Nos contratos eletrônicos, em específico, a questão não é diferente, aplicando-se, por conseguinte, quanto ao tempo do contrato, a teoria da agnição-expedição, observadas as exceções insertas no art. 1.085 e 1.086, incisos II e III, do Código Civil, que adotam a teoria da expedição.

Assim sendo, como bem preceitua Rosana Ribeiro da Silva, normalmente, a aceitação da oferta insculpida

nas home pages “se perfaz com a remessa do cartão de crédito do oblato, para transferência do valor da mercadoria que pretende adquirir para o peticitante” (2001, p. 204).

3.3 Lugar da conclusão do contrato

Mister discorrer, de igual modo, sobre o lugar da celebração do contrato, não somente para poder estabelecer o foro competente, mas, principalmente, para saber qual lei será aplicada à relação contratual.

Aparentemente, poder-se-ia incorrer no erro de entender contraditório o disposto no art. 9º, § 2º, da LICC, com o art. 435 do Códex Civil. Isso porque, enquanto o primeiro determina que o contrato se reputa concluído no lugar em que residir o proponente; o segundo, dispõe que o contrato está concluído no lugar em que foi proposto.

Não há qualquer contradição, pois, devido aplicar a lei do lugar onde estiver o proponente, e não o de sua residência, não se confunde, portanto, com seu termo jurídico. Assim, ambos os diplomas legais referem-se ao lugar onde foi feita a proposta.

Corroborando, a insigne jurista Maria Helena Diniz aduz que

[...] a obrigação convencional contratada entre ausentes, se rege pela lei do país onde residir o proponente, pouco importando o momento e o local da celebração contratual. A lei a aplicar será a do lugar da residência do proponente, ou melhor, a do local onde foi feita a proposta, não adotando, portanto, a norma de direito internacional privado a *lex domicilli* do proponente (2000, p. 268).

Ainda no mesmo sentido:

No comércio eletrônico internacional não há como aplicar o *locus regit actum*, por ser difícil a determinação do lugar da constituição do contrato feito via internet, uma vez que a manifestação da vontade se opera mediante registro em meio virtual. Daí a norma do art. 9º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil prescrever que a obrigação contratual se reputa constituída no local em que residir o proponente, pouco importando o momento e o lugar de sua celebração, regendo-se pelas leis do país em que se situar o estabelecimento eletrônico (DINIZ, 2000, p. 677).

Exceção feita à aplicabilidade do *locus regit actum*, está inserto no art. 17 da LICC, que todo e qualquer ato será considerado ineficaz, quando ofenderem a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes, pois ignorar tal assertiva é abrir possibilidades de se “burlar a lei nacional, praticando negócio em país estrangeiro para fugir às exigências da lei pátria. Havendo fraude à lei, tal ato não poderá subsistir” (DINIZ, 2000, p. 261).

Na linha de pensamento trazido a lume, firmado um contrato, em que, uma vez demonstrado que o proponente possui seu estabelecimento na Espanha, havendo o inadimplemento contratual, a lei a ser aplicada a

solucionar o problema será a lei componente do ordenamento jurídico espanhol, e não a do ordenamento brasileiro.

Abriu precedente a decisão da 4ª Turma do Egrégio STJ (REsp 63.981), compreendendo-se a seguinte ementa:

Direito do consumidor. Filmadora. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (Panasonic). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje 'bombardeado' diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

As empresas multinacionais são aquelas empresas que perderam o caráter de nacionalidade, passando a atuar de maneira mais ampla num vasto "parque temático", de forma que o exercício da atividade econômica por elas empreendidas vai muito além das fronteiras do Estado originário.

Com isso, sendo a expressão mais forte do capitalismo internacional, nada mais correto atribuir aos grandes grupos econômicos a incumbência de terem de suportar os encargos devidos.

O grande questionamento surge quando firmado o contrato, e a empresa-proponente não possuir qualquer estabelecimento no Brasil, capaz de ensejar a aplicabilidade da lei pátria, sendo, ainda assim, aplicável à solução do caso o Código de Defesa do Consumidor.

Insta lembrar ser perfeitamente possível, tendente a alterar a competência para processar e julgar conflitos desta natureza, as partes pactuarem o foro de eleição, consoante dispõe a Súmula 335 do egrégio STF: "É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato".

Todavia, sendo em regra os contratos eletrônicos fixados unilateralmente (contratos de adesão), há uma

forte corrente, porém nem um pouco unânime, direcionada a admitir que a cláusula de eleição deva ser tida por abusiva nos contratos de adesão, visto que compromete o direito à ampla defesa e o acesso à Justiça.

O STJ, pronunciando sobre o assunto, deixou assentado que:

A circunstância de tratar-se de contrato de adesão, só por si, não basta para ter-se como inadmissível a cláusula de eleição de foro (STJ, REsp 13.451-0/SC, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 21.09.92).

A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatoriedade de adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (REsp 167.918/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 14.06.99).

Posto isso, não é mansa, tampouco pacífica, a aceitação da cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão como forma de estabelecer o local, e lei competente para dirimir conflitos dessa ordem dirá nos contratos eletrônicos internacionais. Donde a complexidade referente ao local de sua constituição ser ainda maior.

4 Modalidade de adimplemento

4.1 Duplicata "digital"

Caracteriza-se por ser título originário de uma compra e venda mercantil ou prestação de serviços não apostos em papel. Difere, assim, da duplicata propriamente dita, pois, se esta é firmada por escrito, aquela é realizada no ambiente digital.

Após terem concretizado a transação, comerciante e vendedor, utilizando-se de serviços de telecomunicações e de informática bancária, registram o crédito de forma digital e remetem os dados do título à instituição financeira da qual são clientes, ensejando um contrato de descontos de duplicatas, estando pronto a receber o valor referente à transação em sua conta bancária. Concluída tal operacionalização, a instituição financeira emite guia de compensação ao devedor que, dependendo de sua conveniência, efetua o pagamento em qualquer instituição pertencente ao sistema de compensação de crédito (PEIXOTO, 2001, p. 73).

Observa-se que os títulos de crédito oriundos da web, como modo de pagamento de um negócio jurídico

pactuado, não atendem ao requisito da cartularidade dos títulos, que, junto com a literalidade e a autonomia (abstração), constituem requisitos imprescindíveis para sua caracterização.

Não temos que, pelo fato de a duplicata ser emitida digitalmente, seja ela descaracterizada como título de crédito.

A fim de confirmar o aduzido, veja-se a correta explanação de Rodney de Castro Peixoto (2001, p. 78):

O princípio da cartularidade dos títulos de crédito se encontra mitigado no que atinge a duplicata digital, visto que não há necessariamente a presença física do documento, aportado em papel. Uma vez que a norma permite o protesto feito por indicações do credor, nos casos de retenção ou extravio do título pago, é evidente a permissiva legal quando se tratar de documento representativo de crédito originado em meio magnético [...]. O direito à correta prestação jurisdicional não se esvai pela falta da cártula do título de crédito.

A mitigação apresentada pelo autor, frente a Lei 5.474/68, faz com que não se exija a utilização de meio físico para a existência do título de crédito, o que, aliás, tornou-se ainda mais perceptível com o atual Código Civil, ao prescrever no parágrafo 3º do art. 889 que: “O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo”.

Dentre os requisitos indispensáveis, temos a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere e a assinatura do emitente (*caput* do art. 889), que pode ser digital.

O citado autor ainda traça uma importante observação acerca da não descaracterização da duplicata digital como título de crédito, ao dispor acerca da sua executoriedade, quando do não pagamento da obrigação.

Ocorrendo o inadimplemento, há a possibilidade do protesto por indicação do título pelo comerciante (Lei 5.474/68), que deverá instruir a inicial com o comprovante de entrega da mercadoria, podendo, caso necessário, haver a substituição por qualquer outro elemento capaz de demonstrar a transação e a entrega, como, *verbi gratia*, e-mails, relatórios, dentre outros (PEIXOTO, 2001, p. 74).

Com o advento da Lei 9.492/97, o protesto por indicação foi atualizado à era da tecnologia, possibilitando que as duplicatas protestadas sejam transmitidas ao tabelionato de protestos “por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados” (art. 8º, parágrafo único).

A respeito, em momento próprio, o Tribunal de Justiça de São Paulo conferiu validade ao protesto por indicação de título, independentemente da sua preexistência física:

O protesto por indicação da duplicata não depende da existência física do título e de sua apresentação nessa espé-

cie ao sacado, consoante se depreende do art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/97, autorizando-se que as indicações da duplicata sejam transmitidas e recepcionadas pelos Tabeliões de Protesto por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados (Ap 118.055-4/0-00 - 9ª Câm. - j. em 14.12.1999 - Rel. Des. Aldo Magalhães).

No mesmo sentido, é a concisa lição de Paulo Salvador Frontini (1996, p. 65-66):

Os títulos de crédito e outros títulos circulatórios, a exemplo do que já aconteceu com a duplicata, seguirão a técnica operacional de circulação informatizada do crédito. Se e quando surgir um problema (inadimplência, execução civil, pedido de falência), o título será impresso, para ganhar base física. Os usos e costumes caminharão - e, após eles, por certo a lei o fará - no sentido de instituir formas extracartulares de aceite e coobrigação. Não nos esqueçamos: no Direito Comercial as práticas comerciais geralmente antecedem a legislação.

Claro assim, com o emprego da informática em massa, os títulos de crédito perderão gradativamente sua aposição num suporte físico, devendo ser levada a efeito a ideia que outrora era considerada meramente imaginária, de se aceitar a circulação não materializada de créditos, fugindo a seu modo da criação e utilização em sua forma cartular, não acarretando, contudo, sua desnaturação como título executivo.

5 Legislação aplicável

5.1 Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor tem incidência em situações das quais se evidencia uma relação de consumo, abrangendo, de um lado, a figura do fornecedor e, de outro, a figura do consumidor, com o objetivo de adquirir ou utilizar um produto ou serviço como destinatário final, sendo a amplitude desse campo de fácil constatação, na medida em que se permite não só a tutela de interesses individuais, mas também a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tudo com o único propósito de restabelecer equilíbrio a tais relações.

Uma vez verificada a existência de uma relação de consumo, a aplicabilidade das normas consumeristas se faz de rigor, revestida de princípios próprios, não sendo diferente sua presença nos contratos eletrônicos, dentre os quais, na forma b2c, onde se presencia uma autêntica forma de contrato de adesão. Nesse caso, a aplicação do comando legal torna-se imperativa.

Tais contratos, consoante louvável ensinamento,

[...] é oferecido ao usuário em modelo uniforme, contendo as cláusulas essenciais (comprador, objeto e preço, com as

condições de pagamento) e as cláusulas acessórias. Ao consumidor compete apenas preencher os dados faltantes e manifestar seu consentimento aos termos e condições propostos mediante acionamento do botão do mouse nos campos apropriados. Daí a designação corrente de *mouse-click contracts* (SANTOS, Pereira dos; ROSSI, 2000, p.124).

O fornecedor, nessa contratação, será o provedor de acesso à internet, que tem por finalidade:

[...] prestar serviços de conexão e de transmissão de informações, através dos quais disponibiliza ele acesso aos *sites* e *home pages* e fornece atividades complementares, como a comunicação interpessoal (correio eletrônico e *chats*), a transmissão de dados, os serviços de boletins (BBS), a telefonia e até mesmo a radiodifusão;

ou o provedor de conteúdo, sendo aquele que

[...] oferta e comercializa bens e serviços, que são fornecidos na medida em que o usuário, aceitando a oferta de contratação eletrônica, adere aos termos e condições de fornecimento contidos na oferta,

ou as empresas que possuem *sites* próprios, possibilitando aos usuários

consultar o catálogo de bens e serviços oferecidos, escolher o que desejam adquirir, fazer o pedido e pagar *on-line*, completando a transação sem ter que recorrer a mecanismos tradicionais, como confirmação do pedido via fax ou telefone, cobrança bancária ou reembolso postal (SANTOS, Pereira dos; ROSSI, 2000, p. 118-119).

Já o consumidor, facilmente detectável, é aquele usuário da internet que adquire um determinado bem, ou que se utiliza da prestação de algum serviço ofertado, como destinatário final.

Embora muito discutível e bastante controvertido, cumpre dizer ser perfeitamente admissível uma empresa ser caracterizada como consumidora de um produto ou de um serviço, estando ela fadada à legislação consumerista, e não à legislação comercial e civil, caso em que teremos ainda assim uma relação *b2c*, e não *b2b*, desde que aja ela como destinatária final do produto ou do serviço prestado, não estando vinculada de modo algum seu interesse à atividade empresarial por ela empreendida.

Permita-me afirmar que a relação de consumo somente subsistirá se o consumidor adquirir um bem ou utilizar-se de um serviço como destinatário final, vale dizer, para uso exclusivo seu ou de sua família, e não para recolocá-lo no mercado a fim de galgar vantagens, caso em que teremos por caracterizado um ato de incrementação do comércio.

Bem assinala a respeito Cláudia Lima Marques, para quem destinatário final (2000, p. 79):

É aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o

escritório ou residência; é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria 'a destinação final' do produto ou do serviço.

Estando, portanto, comprovado que fornecedor e consumidor exercem uma relação de consumo, sitos no território nacional, dúvidas não pairam acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que se refere à responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza, que tornem os produtos impróprios ou inadequados ao uso a que se destinam ou lhes diminuam o valor (art. 18, CDC), bem como quanto a defeitos relativos à prestação dos serviços, referentes a informações insuficientes ou inadequadas sobre sua função e risco (art. 14, CDC).

Outra disposição da legislação consumerista, aplicável aos contratos eletrônicos, atinente ao dever de clareza e transparência, é a de informar o consumidor sobre o conteúdo do contrato a ser pactuado, assim como o de prestar informações precisas acerca dos produtos ou serviços postos à disposição do consumidor, obrigando, por conseguinte, o fornecedor que a fizer veicular (arts. 30 e 31, CDC).

Ressalte-se que é expressamente vedada a inserção de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação do fornecedor de indenizar pelo dano causado ao consumidor quanto aos produtos ou serviços, de forma que, não sendo satisfeita essa regra, será declarada nula de pleno direito sua inclusão (art. 51, I, CDC), pois a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor (art. 24, CDC).

A questão mostra-se com extrema importância e maior complexidade, em se tratando dos contratos eletrônicos internacionais privados, no qual há uma enorme ressalva em se admitir a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, mas que, como veremos, há, por outro lado, grandes defensores que aos poucos levam consigo adeptos em aceitar sua aplicação como garantia da ordem pública.

5.2 Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos internacionais privados

Nesses contratos, há uma forte resistência em não se aplicar a legislação consumerista, dadas as disposições esculpidas na Lei de Introdução ao Código Civil, que determina, nos contratos entre ausentes, o domicílio do proponente.

Nesse diapasão, encontra-se desprotegido o consumidor, algo primariamente inconcebível e inaceitável, uma vez que, interpretando-se sistematicamente as legislações pátrias, se chega à conclusão da perfeita e correta defesa do consumidor.

Cláudia Lima Marques salienta que

[...] reconhece no Direito Internacional Privado brasileiro as denominadas 'normas de aplicação imediata', espécies das normas imperativas, que, perseguindo um resultado material de justiça do Direito Internacional Privado, aplicam-se aos casos pluriconectados de forma 'direta' antes mesmo da norma indireta, da norma de conflito que indicaria uma lei para regular materialmente o caso concreto (2000, p. 41).

Acresce ainda:

Em matéria de contratos de consumo, há que se considerar que o Direito Internacional Privado brasileiro atualizou seus princípios, assim, tratando-se de direitos humanos reconhecidos como direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII) e lei de origem constitucional (art. 48 do ADCT/CF), é bem possível que tais normas sejam consideradas 'imperativas', de ordem pública internacional, ou leis de aplicação imediata, aplicando-se, pois, neste último caso, mesmo antes das normas de Direito Internacional Privado (2000, p. 71).

Aliás, nas relações internacionais, o Brasil adotou o princípio da prevalência dos Direitos Humanos, ou Direitos Fundamentais, consoante estabelece o art. 4º, inciso II, da Constituição Federal. Hodiernamente, a defesa e a proteção do consumidor constituem direito fundamental.

Admitindo-se que as normas consumeristas são normas constitucionais de ordem pública, sua aplicabilidade é imediata e imperativa a todos os contratos envolvendo consumidor que negocia no Brasil, não sendo diferente nos contratos eletrônicos, cujo fornecedor possui sede no exterior, uma vez que, do contrário,

[...] observar-se-ia, pois, uma forte incoerência do Direito Internacional Privado brasileiro, que, em vez de proteger o sujeito constitucionalmente identificado e seus direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da CF/88), privilegiaria o fornecedor com sede no exterior (MARQUES, 2000, p. 67).

Outra interpretação que se pode dar, a fim de aplicar-se o Código de Defesa do Consumidor, situa em que, tendo a obrigação resultante do contrato a ser cumprida no Brasil, como na hipótese da entrega do bem ofertado, ou da prestação de serviço por uma empresa estrangeira, o foro competente para ajuizar eventual ação quanto ao inadimplemento é o brasileiro, conforme art. 88, II, do Código de Processo Civil: "É competente a autoridade judiciária brasileira quando [...] no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação [...]".

Nos termos do § 1º do art. 9º da LICC, tendo a obrigação de ser executada no Brasil, aplicar-se-á a lei de tal país, que, havendo uma relação de consumo na contratação, a legislação aplicável será a consumerista.

Exceção feita, no entanto, de livre escolha do consumidor, está em estipular como foro para processar e julgar a demanda o do fornecedor, conforme permite o art. 101, I, do CDC, ao dispor que "na ação de respon-

sabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços [...], a ação pode ser proposta no domicílio do autor".

Assim, comprando o consumidor um determinado livro em algum destes diversos sites apresentados na internet, não havendo sua entrega, ou havendo, porém ocorrendo algum vício ou defeito, ou de edição não atualizada, ou entrega de livro diverso do pretendido, o foro competente será o brasileiro, bem como a lei aplicável será o Código de Defesa do Consumidor, ainda que o fornecedor possua sua sede no exterior, bastando tão somente para reger a obrigação o foro brasileiro. Ou poderá o consumidor abrir mão de seu direito e ingressar com a ação no domicílio do fornecedor, estando sujeito a suas normas legais.

Eis, portanto, fundamento suficiente para aplicação da legislação brasileira, mais específica, a de defesa e proteção do consumidor, apenas devendo se observar que a execução da sentença se dará no país estrangeiro, reunindo, para tanto, os requisitos previstos no art. 15 da LICC.

Portanto, o consumidor poderá adotar dois caminhos:

Poderá mover uma eventual ação judicial no país sede da empresa, ou poderá processar no Brasil, pois está amparado pela Constituição Federal, Lei de Introdução ao Código Civil, por normas de caráter processual e principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor [...].

Necessário que o consumidor tenha total conhecimento de com quem está contratando, ou seja, se o fornecedor com quem contrata é realmente idôneo e confiável, mais ainda, precisar qual o local onde se situa o estabelecimento empresarial. Fatores como estes podem reduzir sensivelmente problemas quanto à legislação de qual país aplicar, pois partimos, nesse item, da premissa de conhecimento da localidade do fornecedor.

5.3 Tendências internacionais

Por meio da Convenção de Bruxelas, a Comunidade Europeia se resguarda também no direito de amparar seus consumidores na contratação efetivada, sobrepondo-se ao direito nacional quando reconhecido o interesse internacional, estipulando como foro prevalente o do consumidor (WEHNER, 2001, p. 142-65).

Permite o art. 14, I, a opção do consumidor em intentar ação tanto no Estado em que estiver domiciliado, quanto nos tribunais do Estado do fornecedor. Diversamente, ao fornecedor opção não há senão a de ajuizar ação tão somente no Estado do domicílio do consumidor, sendo tal competência exclusiva, consoante o art. 14, II.

Há que preencher alguns pressupostos legais para que o consumidor tenha como foro competente o de seu domicílio. Dessa feita, deve-se ter um contrato de consumo, bem como tratar-se de uma venda a prazo de bens móveis (cifra 1 do art. 13), ou de operações de

crédito relacionadas com o financiamento da venda de bens (cifra 2), e que, conjuntamente, a celebração do contrato deve ter sido precedida, no Estado do domicílio do consumidor, de uma proposta dirigida, ou de algum anúncio publicitário (cifra 3, "a"), tendo o consumidor praticado neste Estado todo e qualquer ato imprescindível para a celebração do contrato (cifra 3, "b").

No caso do Mercosul, temos o Protocolo de Santa Maria, que permite ao consumidor demandar no Tribunal do Estado onde situar seu domicílio (art. 4º, I), ou, se preferir, intentar ação no tribunal do Estado onde deve ser adimplida a obrigação, ou no domicílio do fornecedor (art. 5º, II). O art. 6º ainda abre a possibilidade de o consumidor demandar no Estado onde o fornecedor possuir representação.

Em relação ao fornecedor estrangeiro, o Protocolo abre a possibilidade de ele ajuizar ação no domicílio do país do consumidor, de acordo com o art. 4º, II, o que, em princípio, pode parecer facultativo, mas, interpretando teleologicamente, o espírito do Protocolo não é esse, e, sim, o de atribuir exclusiva competência para demandar contra o consumidor unicamente no Estado de seu domicílio.

Igualmente à Convenção de Bruxelas, o Protocolo de Santa Maria requer a observância de determinados pressupostos para ter-se por estabelecido o foro do consumidor, dentre os quais, primeiramente, há que existir uma relação de consumo (art. 1º, I). Secundariamente, deve-se tratar de uma venda a prazo de bens móveis corpóreos (art. 1º, I, cifra 1), ou qualquer outra operação de crédito ligada ao financiamento na venda de bens (art. 1º, I, cifra 2). O terceiro pressuposto refere-se a que o consumidor tenha praticado em seu país de domicílio todos os atos necessários à conclusão do contrato (art. 1º, I, cifra 3). Um quarto pressuposto estabelece relação específica aos demais contratos que possuam como objeto a prestação de serviços ou o fornecimento de bens móveis corpóreos, exigindo, para tanto, que a negociação do contrato tenha sido antecedida de uma específica proposta ou de uma publicidade suficientemente precisa, no Estado do domicílio do consumidor (art. 1º, cifra 3) (WEHNER, 2001, p. 157).

Esse último pressuposto parece ser um grande empecilho para a total aplicação das regras apostas no Protocolo aos contratos eletrônicos, determinando por completo o foro do consumidor, haja vista ser impreciso determinar a proposta ou a publicidade do fornecedor dirigida unicamente ao domicílio do Estado do consumidor.

Uma última solução apresentada, para dar proteção ao consumidor, está em criar uma *lex electronica* para colmatar as lacunas existentes no comércio eletrônico, da mesma maneira como surgida a *lex mercatoria* no comércio internacional.

Podemos citar, como exemplos, a arbitragem internacional e os "códigos de conduta privados"; dentre os

quais, o "Web Trader Code" ou "Standard" de origem norte-americana desenvolvida pelo "Council for Internet Commerce"; o "Web Trader Code" da Comissão Europeia, a *Confédération de la Consommation du Logement et du Cadre de Vie*.

6 Considerações finais

Diante do exposto, o Direito brasileiro possui meios jurídicos hábeis a solucionar eventuais litígios surgidos, claro que de certo modo limitado, mas que, interpretando-o como um todo, as partes contratantes estarão, sim, de alguma forma protegidas.

Em face das soluções apresentadas, o resultado evidenciado certamente colocará o consumidor em igualdade de condições na contratação empreendida com o fornecedor, tenha ele sede ou não mercantil no Brasil, levando a crer que a interpretação mais adequada é a de se admitir a aplicação do foro e da legislação consumerista ao caso vertente.

Enquanto não houver regras claras e específicas a respeito da contratação eletrônica, possuímos normas imperiosas que atribuem eficácia às contratações à distância, necessitando para sua aplicabilidade, interpretação extensiva e teleológica do ordenamento jurídico.

Exige-se um pouco mais de sensibilidade e espírito aberto para solucionar tal problema, utilizando-se do ordenamento jurídico que possuímos, ou seja, adequando-o aos contratos eletrônicos ante a ausência de lei geral expressa a respeito, protegendo aqueles que, com muita frequência, efetuam transações na web.

Curvamo-nos, pois, fielmente, às posições que defendem a edição de leis próprias acerca do contrato eletrônico; todavia, mediante edição de leis gerais, dando tratamento amplo ao comércio eletrônico e não somente ao contrato eletrônico, já que tais leis específicas cairiam facilmente em desuso, em decorrência do Direito não acompanhar na mesma velocidade a evolução tecnológica.

Referências bibliográficas

ABRUSIO, Juliana Canha. *Categorias do comércio eletrônico*. Disponível em: <>. Acesso em: 26 set. 2003.

AZAR, María José. El consentimiento en la contratación de consumo por internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, n° 42, abr./jun. 2002.

DE LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: DE LUCCA, Newton. *Direito & internet - aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

- FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? Rol e função à vista de sua crescente desmaterialização. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 730, p. 50-67, ago. 1996.
- GLANZ, Semy. Internet e contrato eletrônico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 757, p. 70-75, nov. 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw y e-commerce. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 36, out./dez. 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. Diretos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 35, jul./set. 2000.
- OPICE BLUM, Renato M. S.; PAES DE ALMEIDA, Rafael Augusto. *Contratos eletrônicos internacionais*. Disponível em: <<http://www.ibpbrasil.com.br/news/itelecom.htm>> ou <>. Acesso em: 18 set. 2003.
- PEIXOTO, Rodney de Castro. *O comércio eletrônico e os contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Manoel J. dos Santos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico - contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 36, out./dez. 2000.
- ROBERTO SOBRINHO, Waldo Augusto. Algunas de las nuevas responsabilidades legales derivadas de internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, nº 38, abr./jun. 2001.
- RODRIGUES, Carlos Alexandre. Da desnecessidade de assinatura para a validade do contrato efetivado via internet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ed. RT, v. 784, p. 83-95, fev. 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 1, 1998.
- WEHNER, Ulrich. Contratos internacionais: proteção processual do consumidor, integração econômica e internet. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 38, abr./jun. 2001.

...