

O MOMENTO DE FORMAÇÃO DO CONTRATO PELA VIA ELETRÔNICA

Lorena Muniz e Castro Lage¹

Bráulio Lisboa Lopes²

Banca examinadora**

RESUMO: Os contratos eletrônicos têm sido cada vez mais utilizados na atualidade; entretanto, o mundo jurídico ainda tem dúvidas quanto ao momento de formação dos referidos instrumentos. O presente estudo visa contribuir para que seja delimitado o efetivo momento de formação do contrato por essa via virtual.

PALAVRAS-CHAVE: contrato eletrônico; direito civil; formação do contrato; contrato virtual; direito do consumidor.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Comércio Eletrônico; 3 Contrato Eletrônico; 4 Momento de Formação dos Contratos Eletrônicos; 5 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a crescente contratação, pela forma eletrônica, através da Rede Mundial de Computadores, as dúvidas atinentes às peculiaridades desse meio de mercantilização são cada vez mais constantes.

Desse modo, o presente trabalho visa aprofundar o conhecimento na área do direito contratual, mais especificamente acerca do Contrato Eletrônico, verificando o momento em que se reputam efetivamente formados os referidos contratos, com o intuito de abordar a solução mais adequada para a resolução de eventuais litígios que possam surgir da relação contratual eletrônica.

O presente estudo pautar-se-á, a partir da verificação do surgimento do comércio, abordando a necessidade de mercantilização à distância e a conseqüente realização de negócios, sem a proximidade física, através da Rede Mundial de Computadores e os problemas advindos dessa realidade, mais precisamente no tocante ao momento de formação dos contratos eletrônicos.

Nesse sentido, haverá a necessidade de discorrer sobre a qualificação do contrato eletrônico e as formas de realização do mesmo, a fim de sanar a dúvida quanto ao seu efetivo momento de formação.

Conforme será demonstrado no decorrer do presente estudo, apesar do contrato eletrônico ser realizado sem a proximidade física das partes, existem meios eletrônicos que permitem a interatividade e que podem vir a suprir essa proximidade física sem prejudicar a formação do contrato e a respectiva qualificação entre presentes.

O presente artigo visa, com isto, tratar as formas de realização dos contratos convencionais e a utilização por analogia aos contratos eletrônicos, a fim de se chegar à solução para qualificação dos contratos eletrônicos e obter o efetivo momento de formação dos mesmos, tendo em vista a falta de legislação própria.

2 COMÉRCIO ELETRÔNICO

2.1 Surgimento do comércio

O Comércio por si só, existe desde a Idade Antiga, quando as civilizações as quais se tem conhecimento, como por exemplo os fenícios, destacaram-se na realização da atividade mercantil, nas trocas de produtos por outros produtos, até a existência da moeda que passou a ser o símbolo da troca, que atualmente é denominada de compra e venda (RAMOS, 2012).

Entretanto, somente na Idade Média o comércio passou a existir não para alguns povos, mas para todos eles, que necessitavam de obter outros produtos para a sua sobrevivência e não mais apenas dos produtos que produziam isoladamente, momento em que passou a ser necessário o surgimento de um regime jurídico específico para

regular tais relações mercantis.

Ademais, Rubens Requião (2014) leciona que após a Idade Média, a economia de escambo (troca) evoluiu para a economia de mercado (monetária), onde o produtor não mais produz para a troca, mas sim para obter uma contraprestação monetária, a fim de aplicá-la a um novo ciclo de produção.

Na moderna teoria da empresa, adotada pelo Código Civil de 2002, influenciada pelo Direito Italiano, a produção e circulação de bens e serviços (comércio) é exercida de forma organizada (fatores de produção) pelo empresário individual ou pela sociedade empresária. A empresa, hodiernamente conceituada como sendo esta atividade organizada, expandiu seu campo de atuação graças às benesses e facilidades proporcionadas por este novo meio de contratação (contrato eletrônico).

Portanto, atualmente, em virtude da globalização, esse ciclo passou a existir de forma facilitada, por meio da internet, onde os contratantes irão ofertar e aceitar os produtos à distância, objeto esse que será melhor abordado ao longo do presente estudo.

Conclui-se com a definição de Deocleciano Torrieri Guimarães (2011, p. 192) que leciona que “o comércio é um conjunto de operações mercantis, pelas quais o comerciante se incumbe da distribuição de produtos da natureza ou da indústria, com fim especulativo”.

2.2 Surgimento do comércio eletrônico

O comércio eletrônico adveio da tecnologia, tendo iniciado como uma forma de facilitar as contratações, a mercantilização (exercício da empresa), acrescendo à definição de Deocleciano (2011) a possibilidade de se prestar serviços. Conforme leciona Luis Henrique Ventura (2010), o comércio eletrônico possibilita, além da compra e venda de mercadorias, também a prestação de serviços à distância.

Gilberto Mariot (2009) nos ensina que o termo “eletrônico” se refere à “infra-estrutura global das tecnologias de computadores e telecomunicações e redes, na qual são realizados o processamento e a transmissão de dados digitalizados”.

Trata-se de tema recente, se comparado à história do comércio, destacando-se nas palavras de Luis Henrique Ventura:

O marco inicial da legislação sobre negócios eletrônicos no Brasil foi o ano de 1995, quando o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia, tendo em vista a necessidade de informar à Sociedade a respeito da introdução da Internet no Brasil, publicaram nota conjunta dos ministérios das comunicações e da ciência e tecnologia. Naquele mesmo ano, o Ministério das Comunicações publicou a Norma nº 004/1995 que trata do uso de meios da rede pública de tele-

comunicações para acesso à Internet. (VENTURA, 2010, p. 26)

Ressaltando ainda que apenas em 2003 foi publicado o Decreto nº 4.829 que dispôs sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil e sobre o modelo de governança da Internet no Brasil.

Ademais, importante destacar ainda que o surgimento do comércio eletrônico se tornou um meio facilitador às partes que querem contratar ou oferecer seus produtos e serviços, já que os custos de manutenção de um estabelecimento empresarial virtual são imensamente menores que os custos de manutenção de um estabelecimento empresarial físico, associado ao fato de se poder efetuar a contratação a qualquer momento, sem necessidade de uma interlocução direta entre as partes contratantes, utilizando-se do que o Direito Consumerista denomina de contrato de adesão.

Nesse contexto passaram a surgir litígios e dúvidas no tocante às diferenças legais entre os contratos tradicionais e os contratos eletrônicos e a aplicação por analogia das legislações dos contratos tradicionais aos contratos eletrônicos de forma equivocada, deixando clara a necessidade de legislação específica, conforme será demonstrado ao longo do presente estudo.

3 CONTRATO ELETRÔNICO

Contrato pode ser definido como um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, sobre um objeto lícito e possível, pelo qual serão adquiridos, criados, modificados, conservados ou extintos direitos (GUIMARÃES, 2011).

O contrato eletrônico terá o mesmo conceito, adicionadas as peculiaridades de ser concluído por meio eletrônico e à distância (ROSENVALD; FARIAS, 2013).

Importante destacar, conforme bem esclarecido por Gilberto Mariot (2009), que de acordo com o princípio da liberdade das formas negociais, o meio digital é meio capaz de fornecer validade ao contrato eletrônico com as exceções legais que determinem expressamente outra forma para a celebração de um contrato específico (Art. 332 do Código Civil).

Nesse sentido, o modelo de norma sobre o comércio eletrônico da UNCITRAL³ – *United Commission on International Trade Law* – determina em seu artigo 6º que caso a lei requeira que uma informação seja fornecida por escrito, essa exigência será suprida pelo meio eletrônico caso a informação seja passível de acessos para futuras consultas. O princípio da verificação caminha nesse sentido, conforme será melhor abordado oportunamente.

Rosenvald e Farias (2013) ensinam que o contrato eletrônico necessariamente será um contrato à distância tendo em vista que a contratação eletrônica é a contratação à distância, englobando nessa seara todas as negociações e todos os contratos celebrados através da utilização de qualquer meio eletrônico.

A literatura estrangeira leciona 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. (LORENZETTI, 2000, p. 14)

Entende-se, portanto, que o contrato eletrônico é um facilitador da mercantilização, permitindo a redução de custos e a contratação a qualquer momento do dia, de forma célere, além de facilitador para importações e exportações (LORENZETTI, 2000).

3.1 Principais princípios do Direito Contratual Eletrônico

Os contratos devem estar de acordo com os princípios da

probidade, da boa-fé, da função social, dentre outros. Entretanto, especificamente no tocante aos contratos eletrônicos, existem alguns princípios particulares à sua formação que necessitam de maior destaque, quais sejam:

a) Princípio da identificação

As partes signatárias devem estar devidamente identificadas, de forma que o proponente e o oblato tenham plena convicção da identificação do outro (VENTURA, 2010).

Ademais, atualmente já é possível obter certificação digital a fim de que a pessoa natural ou a pessoa jurídica sejam devidamente personificados na rede mundial de computadores, garantindo a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos que estejam em forma eletrônica, obtendo assim a realização de transações eletrônicas mais seguras.

Conforme informações do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação⁴, os certificados digitais contêm os dados de seus titulares, como o nome, número do registro civil, assinatura da Autoridade Certificadora que o emitiu, dentre outras informações que garantem a autenticidade de que os documentos eletrônicos foram efetivamente assinados, de forma digital, pelo seu efetivo titular.

É possível ainda que o contratante utilize de uma chave criptografada, denominada “senha”, que permitirá de forma simples e rápida o acesso do usuário, de forma individualizada, a sites previamente cadastrados com os seus dados, o que possibilitará a contratação online de forma segura e de acordo com o princípio da identificação.

b) Princípio do impedimento de rejeição

O simples motivo do contrato ter sido celebrado de forma eletrônica não caracteriza motivo para que seja alegada a invalidade devido à forma de celebração (VENTURA, 2010).

c) Princípio da verificação

Os contratos celebrados por meio eletrônico devem ficar disponíveis, também de forma eletrônica às partes, a fim de que possam verificá-lo a qualquer momento.

d) Princípio da privacidade

Para a validade do contrato eletrônico, o mesmo deve ser celebrado em um ambiente que garanta a privacidade nas comunicações (VENTURA, 2010).

3.2 Legislações aplicáveis

Ainda hoje, existe insegurança quanto à legislação adequada a ser aplicada na relação contratual eletrônica, sendo defendido por alguns autores, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008) a necessidade de regulamentação específica acerca do tema, julgando inconcebível em pleno século XXI o Código Civil de 2002 não tratar do assunto, *in verbis*:

Afigura-se totalmente inconcebível que, em pleno Século XXI, época em que vivemos uma verdadeira revolução tecnológica, iniciada especialmente após o reforço bélico do século passado, um código que pretenda regular as relações privadas em geral, unificando as obrigações civis e comerciais simplesmente haja ignorado as relações jurídicas travadas por meio da rede mundial de computadores. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 136)

Em que pese o fato da não existência de legislação específica que trate de todo o tema, faz-se necessária a análise profunda da legislação subsidiária em vigor a fim de buscar sanar os problemas oriundos de tal déficit na legislação como, por exemplo, a discussão a ser apresentada neste trabalho, acerca do momento de formação dos contratos eletrônicos.

As Leis que tratam das relações de consumo e das relações contratuais de forma geral - Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990

(Código de Defesa do Consumidor) e Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), respectivamente – são aplicadas por analogia, cabendo ao operador do direito analisar o caso concreto e buscar sua interpretação conforme as definições legais existentes, até que seja regulamentada legislação específica.

Tendo em vista a facilidade existente para a contratação por meios eletrônicos, bastando conectar-se à Rede para ter acesso às diversas ofertas do meio eletrônico, surgiu uma grande insegurança na sociedade quanto ao uso da Internet no Brasil, tendo em vista as dúvidas quanto à regulamentação de tais relações, no que concerne aos direitos, deveres e garantias para a sua utilização.

A fim de buscar sanar essa insegurança, a sociedade rogou por uma lei que tratasse de forma satisfatória, regulando essa temática. Em momento muito oportuno, a Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, também conhecida como Marco Civil da Internet, após ter sido aprovada em todas as instâncias, foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff com vacatio legis de sessenta dias, começando a vigorar em 23 de junho de 2014.

Ante o exposto, atualmente todos os usuários da Internet no Brasil devem atuar conforme a Lei 12.965 de 2014, que dispõe sobre os princípios, garantias, direitos e deveres para o seu uso. Entretanto, o Marco Civil da Internet não tratou de forma objetiva e clara das inseguranças jurídicas no tocante à contratação eletrônica, apenas deu garantias, direitos e deveres gerais ao uso da Internet.

Portanto, ainda existe necessidade de regulamentação que complemente e adeque as atuais leis para o mundo virtual em que vivemos, pois, conforme será demonstrado no presente trabalho, a formação dos contratos pela via eletrônica é diferenciada e merece atenção específica dos legisladores.

Ressalte-se ainda que a aplicação das leis existentes, por analogia, gera, na maior parte das vezes, dupla interpretação e soluções distintas para o mesmo litígio, suscitando assim insegurança jurídica, que não merece prosperar em nosso ordenamento.

4 MOMENTO DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O efetivo momento de formação dos contratos eletrônicos depende da análise de uma série de fatores, como a verificação se o contrato foi realizado “entre presentes” ou “entre ausentes”, questão controversa e muito discutida na doutrina brasileira no tocante a esse tipo contratual.

Importante, portanto, buscar a resposta do momento em que o contrato eletrônico fora efetivamente formado, por meio da análise das teorias e respectivas subteorias da formação contratual e da forma que efetivamente ocorreu, se considerada “entre presentes” ou “entre ausentes”, para definir o momento de obrigação e exigibilidade contratual.

4.1 Qualificação do contrato “entre presentes” e “entre ausentes”

Ante o exposto, a definição da qualificação do contrato formado “entre presentes” e “entre ausentes” é critério determinante para que o contrato eletrônico possa ser inserido em uma ou outra qualificação, conforme adequação ao caso concreto, no mundo virtual.

Os doutrinadores Luis Henrique Ventura (2010) e Guilherme Magalhães Martins (2010), *data máxima vênia*, definem de forma equivocada que os contratos eletrônicos serão formados “entre ausentes” tendo em vista tal tipo contratual ser marcado pela não presença física das partes, sendo formalizado em locais diversos.

Os ilustres doutrinadores deixaram passar despercebido o fato de que com a evolução dos meios de comunicação *online*, é possível formalizar um contrato com interatividade, mesmo sem haver a presença física. A presença física para a definição do momento de formação dos contratos eletrônicos é algo totalmente irrelevante nos dias atuais, bastando a existência da possibilidade de interação e discussão negocial em tempo real para a formalização dos contratos.

Regra geral, o entendimento seria de que o contrato formado

“entre presentes” teria como fator determinante a proximidade física das partes, o que com o tempo precisou ser readequado ante à possibilidade de interatividade mesmo sem a presença física, passando-se a entender que bastaria a viabilidade de uma resposta imediata à proposta para o enquadramento na qualificação “entre presentes”, conforme será discorrido no decorrer do presente trabalho científico (ROSENVALD; FARIAS, 2013).

O artigo 428, I, inserido na seção II acerca da formação dos contratos, da Lei 10.406 de 2002 (Código Civil), considera presente aquele que “contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante”. A contratação por telefone foi o primeiro caso em que houve a necessidade de incluir na qualificação de contrato “entre presentes” a formação de um tipo contratual ocorrido sem a efetiva proximidade física, mas com a presença do atributo de interatividade em tempo real, retirando a ideia inicial de que necessitaria da presença física.

Inicialmente, a definição do mencionado artigo gerou diversas discussões no meio jurídico no sentido de que toda e qualquer contratação no mundo virtual, de forma eletrônica, deveria ser considerada “entre presentes” tendo em vista ser um meio semelhante ao telefone, já que a informação também seria enviada via linha (TARTUCE; TARTUCE, 2004), o que pode ser considerado um equívoco.

A interpretação *ipsis litteris* de tal artigo leva a um entendimento equivocado, tendo em vista que, conforme sábio entendimento de Ventura (2010), a telefonia atualmente independe de fios, como por exemplo a existência da telefonia celular e, portanto, dizer que a transmissão de dados e a telefonia seriam a mesma coisa pelo fato de ambas caminharem pelo mesmo fio é uma conclusão precipitada.

Nesse ponto, é importante verificar a real intenção do legislador à época para averiguar a solução mais adequada à realidade atual.

Ademais, Venosa (2014) leciona que embora seja utilizada a linha telefônica, cabo, antena ou outro sistema, deve-se ter em mente que, regra geral, não pode ser erroneamente taxada como contratação “entre presentes”, pois haverá a necessidade de verificação da interatividade no caso concreto, conforme explicado anteriormente.

Se para a realização de determinado contrato eletrônico houver a possibilidade de efetiva interação, com a possibilidade de troca de informações em tempo real, como em uma conversa com a presença física, não haverá motivos para qualificá-lo como “entre ausentes”, tendo em vista que houve a mesma contratação que teria havido caso a contratação fosse realizada com a presença física, sem lapso temporal entre a proposta e a aceitação.

Por sua vez, a qualificação do contrato como formado “entre ausentes” ocorrerá quando não se evidenciar a comunicação de forma imediata, faltando a característica da instantaneidade e existindo um lapso temporal entre a proposta e a aceitação.

A fim de se ilustrar, se no caso concreto a realização de determinado contrato eletrônico ocorrer com um lapso temporal entre a proposta e a aceitação que permita uma reflexão, como no envio de uma carta (equiparada à mensagem por correio eletrônico), o contrato deverá ser qualificado como “entre ausentes”.

Portanto, no contexto eletrônico, poderemos ter a qualificação do contrato tanto como “entre presentes” como “entre ausentes”, tendo em vista que o mundo eletrônico permite que o contrato possa ser formado com ou sem a interatividade, atributo essencial à qualificação no caso concreto.

Teremos como exemplos de contratos formados “entre presentes” aqueles celebrados com a facilidade de comunicação através de programas de conversação em tempo real como o Skype, WhatsApp, salas de Chat, Webcam, dentre outros que permitam a interatividade e instantaneidade na troca de informações (TARTUCE, 2011).

De outro lado, teremos como exemplos de contratos formados “entre ausentes” no mundo virtual, aqueles celebrados através de

mensagens eletrônicas, correio eletrônico (e-mails), ofertas públicas permanentes, dentre outros que não permitam a aceitação imediata, em tempo real, havendo um lapso temporal.

4.2 Interatividade

Ante o exposto, a interatividade é característica fundamental para, no caso concreto, definir se determinado contrato eletrônico fora efetivamente formado “entre presentes” ou “entre ausentes”.

Conforme leciona Venosa (2014), a interatividade é a capacidade de um equipamento, de um sistema de comunicação ou de computação, de interagir ou de permitir a interação em tempo real, sem haver um lapso temporal na ação, permitindo ainda que cada pessoa que se utiliza do seu computador de forma simultânea e concomitante possa, em uma conversa ordinária, materializada na remessa recíproca de dados, formalizar a proposta e a aceitação para a concretização de um contrato.

Portanto, se determinado meio eletrônico permitir a troca de dados em tempo real e de um lado for emitida a proposta e do outro, sem lapso temporal, for emitida a aceitação, o contrato eletrônico reputar-se-á efetivamente formado “entre presentes”, pois faz-se possível a resposta imediata à proposta, substituindo a necessidade da presença física das partes (RONSELVALD; FARIAS, 2013).

Entretanto, se de um lado for emitida a proposta e a mesma ficar armazenada na memória do equipamento receptor, aguardando que comandos sejam acionados para posterior conhecimento e aceitação, existindo o lapso temporal, o contrato eletrônico reputar-se-á formado “entre ausentes” (VENOSA, 2014).

Conclui-se que haverá a necessidade de identificação da forma online utilizada no caso concreto, a fim de realizar a averiguação aqui exposta e, apenas após, verificar o momento de formação do contrato eletrônico realizado, não podendo generalizar e utilizar-se de apenas uma solução para todas as formas de relações contratuais eletrônicas, já que diferem-se umas das outras de forma clarividente.

4.3 Teorias da formação contratual

Superada a qualificação do contrato eletrônico “entre presentes” ou “entre ausentes”, será necessário verificar a que teoria da formação contratual o contrato qualificado pertence. Importante, portanto, aprofundar o presente artigo na teoria e respectivas subteorias da formação contratual, quais sejam: Teoria da Agnição na subteoria da declaração propriamente dita, na subteoria da expedição ou na subteoria da recepção.

No tocante ao contrato eletrônico realizado “entre presentes” não haverá dúvidas quanto ao momento de sua formação, pois a aceitação deverá ocorrer imediatamente após a proposta ter sido realizada, em tempo real e de forma interativa, reputando-se formado naquele momento em que ocorreu toda a tratativa, conforme exposto anteriormente. Assim dispõe o art. 428, I da Lei 10.406 de 2002 (Código Civil): “Deixa de ser obrigatória a proposta: I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita”.

Por outro lado, no contrato realizado “entre ausentes” será necessária a análise da Teoria da Agnição em suas subteorias. A teoria da Agnição determina que o contrato será formado quando da declaração pelo aceitante concordando com a proposta enviada, tendo subteorias quanto ao momento exato dessa declaração, conforme será demonstrado a seguir.

a) Subteoria da declaração propriamente dita: entende que o contrato será formado quando a declaração no sentido de aceitação for redigida. Entretanto, critica-se tal teoria tendo em vista que a declaração ainda não adentrou ao mundo jurídico, não tendo, portanto, presunção erga omnes e, conseqüentemente, não podendo ser oposta a quem quer que seja, nem mesmo ao proponente que não teve acesso à mesma. Nesse sentido,

Thiago Garcia de Menezes Santos (2007) acrescenta ainda que a insegurança jurídica é notória, já que se o oblato redigisse a declaração e a guardasse em uma gaveta, ainda assim, conforme a subteoria da declaração propriamente dita, o contrato estaria formado, entendimento esse que não merece prosperar.

b) Subteoria da expedição: determina que o contrato será reputado formado quando da expedição da declaração de aceitação pelo oblato, não podendo, em regra (com as exceções do artigo 434, III e 433 da Lei 10.406 de 2002 que serão melhor explicadas adiante), serem obstados os efeitos da sua manifestação de vontade. (VENOSA, 2014) A doutrina minoritária critica a subteoria da expedição tendo em vista que podem ocorrer intervenções ou interceptações da resposta durante o seu trajeto até o recebimento da mesma pelo oblato, podendo provocar transtornos às partes quanto à efetiva formação do contrato (SANTOS, 2007).

c) Subteoria da recepção: define que o negócio jurídico será reputado formado quando o proponente receber a declaração de aceitação, mesmo que não a leia. Portanto, não bastará que a declaração seja redigida ou expedida pelo oblato, devendo ser recebida pelo proponente a fim de que o mesmo tenha efetivas condições de ter conhecimento da aceitação emitida (SANTOS, 2007).

A presente subteoria detém mais condições de prezar pela segurança jurídica, já que possui mais exigências para reputar formado o contrato “entre ausentes”.

Nos contratos realizados de forma convencional, apesar de entendimentos doutrinários minoritários no que concerne à aplicação da subteoria da recepção na legislação brasileira, a doutrina majoritária e a Lei 10.406 de 2002 (Código Civil) deixa claro ao estabelecer em seu artigo 434 que os contratos convencionais estabelecidos “entre ausentes” serão considerados formados de pleno direito desde que a aceitação seja expedida, adotando portanto a subteoria da expedição (VENOSA, 2014).

Alguns autores sugerem que por existir a possibilidade de que a proposta não chegue no prazo determinado (Art. 434, I, Lei 10.406/02) e a possibilidade de que haja a retratação da aceitação antes da recepção pelo proponente (Art. 433, Lei 10.406/02), o Código Civil tratou na verdade da subteoria da recepção, entendimento esse que não merece prosperar por se tratarem de meras exceções à regra geral, qual seja, a aplicação da Teoria da Agnição na subteoria da expedição, conforme deixa claro o caput do artigo 434 da lei em comento.

Entretanto, no tocante aos contratos eletrônicos a teoria da Agnição na subteoria da expedição não prosperou, talvez pela maior necessidade de segurança jurídica aos contratos eletrônicos, sendo de acordo majoritário na doutrina que o contrato eletrônico realizado entre pessoas ausentes reputar-se-á formado apenas quando da recepção pelo proponente da declaração de aceitação.

O entendimento da adoção da subteoria da recepção nos contratos eletrônicos “entre ausentes” foi, inclusive, alvo de enunciado do Conselho de Justiça Federal, sob o número 173 que assim determina: “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente”.

Portanto, deve-se adotar aos contratos eletrônicos a Teoria da Agnição na subteoria da recepção quando realizados “entre ausentes”, ou seja, sem a possibilidade de interação em tempo real.

4.4 Formação do contrato eletrônico

Ante o exposto, argumentam de forma certa Nelson Rosendal e Cristiano Farias (2013) quando destacam que determinados aplicativos permitirão o diálogo imediato, como em uma conversa tradicional ao telefone, caso em que haverá a característica da interatividade em tempo real e bastará o recebimento da aceitação para determinar a concretização

da contratação eletrônica, enquanto em outros casos em que não haja o diálogo imediato, a interatividade, a aceitação deve ser recebida pelo proponente para concretizar a reputar o contrato formado.

Ademais, a contratação “entre presentes” no meio eletrônico não terá a proximidade física, conforme restou demonstrado no presente trabalho, mas terá essa necessidade suprida pela possibilidade de haver a interatividade em tempo real entre o proponente e o oblato, enquanto a contratação “entre ausentes” nesse meio adotará a teoria da Agnição na subteoria da recepção, reputando formado o contrato eletrônico apenas quando da recepção da resposta pelo solicitante.

Portanto, apesar de não haver regulamentação nesse sentido, deve-se utilizar analogicamente o entendimento dado ao contrato convencional levando em consideração a efetiva intenção do legislador em definir um contrato como “entre presentes” ou “entre ausentes”, qual seja, a possibilidade de interatividade. Será de suma importância ainda, verificar a necessidade de maior segurança jurídica a esse tipo contratual realizado de forma eletrônica, adotando-se à contratação eletrônica “entre ausentes” a teoria da Agnição na subteoria da recepção e não na subteoria da expedição como nos contratos convencionais, a fim de se estabilizar as expectativas da sociedade quanto à insegurança existente nesse meio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que diferentemente das formas contratuais típicas previstas no Código Civil, o Contrato Eletrônico requer um cuidado maior, tendo em vista que a averiguação da qualificação do contrato “entre presentes” e “entre ausentes”, dependerá de uma análise minuciosa das formas e possibilidades de respostas à proposta contratual no tocante à possibilidade de interação em tempo real.

Será diferente, portanto, a qualificação contratual de uma proposta realizada com programas de conversação em tempo real, tais como o Skype, chat e videoconferência que permitem a interatividade, de uma proposta permanente online, por e-mail ou site, onde, por sua vez, não haverá a interatividade instantânea na aceitação, fato esse crucial para a definição do momento de formação dos contratos (ROSENVALD; FARIAS, 2013).

Ante o exposto, após a análise dos critérios essenciais para a definição da formação do contrato eletrônico, pode-se auferir que quando, de um lado, houver a possibilidade de interatividade de forma imediata entre o momento da proposta pelo proponente e o momento da resposta pelo oblato, o contrato eletrônico deverá ser reputado formado “entre presentes”, enquanto, por outro lado, quando não houver a possibilidade da resposta de forma imediata, o contrato eletrônico deverá ser reputado formado “entre ausentes”.

Nesse sentido, para definir o momento de obrigação e exigibilidade contratual nos contratos eletrônicos deve-se verificar a qualificação do contrato, como “entre presentes” ou “entre ausentes”, sendo que, os qualificados “entre ausentes” reputar-se-ão formados apenas quando da recepção pelo proponente da declaração de aceitação (enquadrando-se à Teoria da Agnição na subteoria da recepção), enquanto nos qualificados “entre presentes” a aceitação deverá ocorrer imediatamente após a proposta ter sido realizada, em tempo real e de forma interativa, reputando-se formados no momento da aceitação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003. Dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGIBr, sobre o modelo de governança da Internet no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 12 nov. 2014

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. Disponível em: <<http://www.it.gov.br/certificacao-digital/certificado-digital>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw y e-commerce. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p. 9-37, out.-dez. 2000.

MARIOT, Gilberto. *Contratos eletrônicos*. [2009]. Disponível em: <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Sociedade/ArtigosView.aspx?ID=2882>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo via Internet*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OAB SP *Conteúdo integral do Projeto de Regulamentação do Comércio Eletrônico, entregue ao Deputado Michel Temer*. São Paulo, 18 de agosto de 1999. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/1999/08/18/335>>. Acesso em: 27 out. 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Thiago Garcia de Menezes. Do momento da formação do contrato. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano X, n. 41, maio 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1873>. Acesso em: 3 nov. 2014.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio; TARTUCE, Fernanda. A proposta celebrada via internet faz com que o contrato eletrônico seja formado entre presentes? *Revista Eletrônica Inteligente Jurídica*, set. 2004. Seção Bate-Boca. Disponível em <http://www.fernandartartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html>. Acesso em: 28 out. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENTURA, Luiz Henrique. Comércio e contratos eletrônicos: aspectos jurídicos. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010.

NOTAS DE FIM

1 Aluna do nono período do curso de Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

2 Mestre em Direito Empresarial, Especialista em Direito Civil e Processual Civil e professor do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

3 Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/1999/08/18/335>>. Acesso em: 27 out. 2014

4 Disponível em: <<http://www.it.gov.br/certificacao-digital/certificado-digital>>. Acesso em: 12 nov. 2014

** Bráulio Lisboa Lopes; Gustavo Henrique Carvalho da Mata.