

ESTUDO COMPARADO SOBRE OS ASPECTOS LEGAIS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS NO BRASIL

CARLOS ALBERTO ROHRMANN*
MIRIAM DE ABREU MACHADO E CAMPOS**

RESUMO

Este artigo analisa alguns aspectos da regulamentação do contrato eletrônico móvel no Brasil sob uma ótica comparada. O texto faz uma análise teórica dos ordenamentos jurídicos que influenciaram o direito contratual brasileiro. A primeira parte analisa a formação do contrato sob a ótica do direito civil. A seguir o artigo apresenta um estudo sob o regimento do Código de Defesa do Consumidor brasileiro para, a seguir, desenvolver o estudo específico das questões relacionadas aos contratos eletrônicos. Aspectos relacionados à aceitação, ao local do contrato e ao direito de arrependimento conferido pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor serão estudados ao final do texto.

* Professor de Direito Virtual dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos. Coordenador-Geral da Pós-Graduação da Faculdade de Direito Milton Campos. Doutor em Direito pela University of California at Berkeley, título revalidado pela UFMG. Mestre em Direito pela UCLA, título revalidado pela UFMG. Mestre em Direito Comercial pela UFMG. Diretor da Faculdade de Administração Milton Campos. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, titular da Cadeira n. 16. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

** Professora de Direito do Consumidor e de Direito Empresarial Contemporâneo dos cursos de Bacharelado em Direito e Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos. Doutora em Direito pela UFMG.

PALAVRAS-CHAVE: Direito privado. Direito contratual. Contratos eletrônicos. Comércio móvel. Direito comparado.

ABSTRACT

This article analyzes some legal aspects of electronic contracts regarding mobile commerce in Brazil under a comparative perspective. The text studies the theoretical basis of the legal systems that influenced Brazilian contract law. The first part analyzes the formation of contracts under the terms of the Brazilian Civil Code. Afterwards, the second part of this article studies the contract under the terms of the Brazilian Consumer Protection Code. The text applies the concepts of Brazilian contract law into the specifics of the regulation of electronic and mobile contracts. Finally, the article will address aspects related to the offering and acceptance of mobile contracts, the place of the contract and the right of withdrawal of the consumer, established by article 49 of the Brazilian Consumer Protection Code.

KEYWORDS: Private law. Contract law. Electronic contracts. Mobile commerce. Comparative law.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; PRIMEIRA PARTE; 1 - Negócio jurídico como instrumento da autonomia privada; 1.1 - A declaração de vontade; 1.2 - O conteúdo contratual; 2 - A formação do contrato; 2.1 - Declarações expressas ou explícitas e tácitas e declarações presumidas; 2.2 - O silêncio; 2.3 - O Silêncio e a *Verwirkung*; 2.4 - O silêncio e as relações contratuais fáticas ou comportamentos socialmente típicos; 2.5 - O silêncio no Código de Defesa do Consumidor; 3 - As fases de formação do contrato; 3.1 - As negociações preliminares e a culpa *in contrahendo*; 3.2 - A proposta; 3.3 - A aceitação; 3.4 - O momento da conclusão contratual; SEGUNDA PARTE; 1 - A noção de

oferta no Código de Defesa do Consumidor; 2 - O direito de arrependimento; 3 - A atuação negocial vinculativa e o comércio eletrônico. 4 – Conclusões; 5 – Referências Bibliográficas.

1 - Introdução

A presente exposição está dividida em duas partes. Na primeira parte, desenvolve-se o trabalho observando-se as interferências e conexões teóricas de diversos ordenamentos jurídicos que sofreram a recepção do Direito Romano.

Ela aborda, ainda, as teorias esposadas pelos grandes protótipos da construção legislativa do sistema de Direito privado, o Código Civil Francês de 1804 e o Código Civil Alemão de 1896.

Essa abordagem possibilitou entreabrir a diferença fundamental entre os modelos contratuais francês e alemão.

A categoria geral do contrato, introduzida pela codificação civil francesa [são palavras de Galgano] fora o fruto da procura de um equilíbrio entre a pretensão da classe mercantil, de apropriação dos recursos do solo, e as exigências da classe fundiária, de defesa da propriedade. O princípio do consenso como produtor, por si só, do vínculo jurídico, favorecia a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e, ao mesmo tempo, protegia os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados dos seus bens contra a sua própria vontade.¹

No Código Civil Alemão, constatam-se também certos princípios gerais estruturais de qualquer ordenamento capitalista de direito contratual.

A liberdade de contratar é baseada no pressuposto da igualdade formal dos sujeitos (suas regras se dirigem a um único e indiferenciado sujeito jurídico) diferentemente do “código territorial” prussiano de 1794, que se orientava por uma discriminação legal

1 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 46.

dos sujeitos, dos seus direitos, das suas capacidades e prerrogativas jurídicas, segundo o *status* a que pertenciam².

Na verdade, a diferença fundamental entre o modelo francês e o modelo alemão consiste no fato de que, neste último, a categoria do contrato foi concebida e construída do interior e, por assim dizer, à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras, e da qual o contrato constitui, por isso, uma subespécie.

Esta categoria geral é o negócio jurídico³, que tem prevalente a seguinte definição: “declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos”, percebendo-se nitidamente tais influências no Direito Brasileiro.

A ciência jurídica alemã elaborou e desenvolveu um complexo de teorias que exerceram grande influência também fora das suas fronteiras: sobretudo na Itália, onde a categoria do negócio jurídico, acolhida no princípio do nosso século, torna-se um elemento central das construções de Direito Privado e de teoria geral do Direito.

Ele conquistou posição de hegemonia que, em parte, ainda hoje se mantém⁴, e que foi aqui consagrada também pelo legislador de 2002.

Na segunda parte, contrapõe-se a teoria clássica contratual às normas agora codificadas pelo novo código civil brasileiro de 2002.

O modelo legal foi mantido com pequenos ajustes, apesar de um meio cultural inteiramente novo estar a exigir dos juristas não apenas uma reconstrução conceitual, mas, verdadeiramente, uma nova gramática, em que se exige uma noção de sujeito de direito que deve adequar-se à racionalidade econômica da sociedade atual.

2 ROPPO, *op.cit.*, p.47.

3 ROPPO, *op.cit.*, p.47.

4 ROPPO, *op.cit.*, p.50.

Com isso, estar-se-ia conjugando o crescente declínio da teoria da vontade com a situação vivencial do predomínio da teoria da declaração na objetivação contratual promovida pela tutela da confiança.

Com as ideologias veiculadas pelos meios de comunicação atinentes à sociedade de consumo, acirrou-se a expansão do capitalismo, que, por sua vez, trouxe, no seu bojo, o incentivo de criação, incessante, de novas tecnologias, como, fotografia, televisão, rede mundial de computadores (internet) e celular, revolucionando, assim, a maneira de ser do homem e, sua relação com o outro, que passa a ser virtual.

Nesse ponto, segundo STRÖHL (1999, p. 49), menciona-se o conceito flüsseriano de pós-história, que difere amplamente de qualquer outro apresentado por outros estudiosos: “O conceito parte de uma mudança de paradigmas dos códigos com os quais nos comunicamos, enquanto outros teóricos contemporâneos usavam métodos indutivos para explicar os fenômenos da cultura pós-moderna que ficavam cada vez mais visíveis”.⁵

Segundo STRÖHL (1999, p. 49), Flüsser parte dos modos de comunicação.⁶ Todos os outros autores, que se ocupavam do mesmo tema, tentavam argumentar de forma inversa. Para eles, um dos efeitos da pós-modernidade era também uma mudança nas formas de comunicação.

Segundo ainda STRÖHL (1999, p. 49), já para Flüsser, o surgimento da imagem técnica era a causa central de todos os efeitos descritos como pós-históricos por ele e como pós-moderno pelos outros.⁷

5 STRÖHL, Andréas. *Flüsser como pensador europeu, Vilém Flüsser no Brasil*. In: BERNARDO, Gustavo; MENDES, Ricardo (Org.) *Vilém Flüsser no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999, p.49.

6 STRÖHL, *op. cit.*, p. 49.

7 STRÖHL, *op. cit.*, p. 49.

Enquanto a comunicação elitista substitui a escrita por algoritmos, “a comunicação de massa hoje favorece imagens técnicas em detrimento da linguagem verbal”.⁸

O entorno em que se vive atualmente acarreta mudanças à vida cotidiana, pois o homem habita cidades sem espaço público para dialogar, e assim, enclausurado em casa, mantém comunicação com os outros, com o mundo, por meio de toques das pontas dos dedos, por meio de uma máquina, cujo programa não foi nem projetado nem realizado por ele.

Com isso, torna-se também reciprocamente programado, fragmentado, sem ao menos ter consciência disso, cada vez mais passivo diante dos aparelhos, com sensível diminuição de sua capacidade de reflexão.

Assim, é mais do que necessária a revisão dos conceitos jurídicos fundamentais do sistema do Direito Privado, da relação contratual baseada em uma igualdade formal.

Tornou-se, intolerável, tanto na lei civil, lei dos privados, dos iguais e muito mais ainda, em uma relação de consumo, relação de desiguais, um tratamento que não fosse de conformidade com os princípios fundamentais, com a igualdade material, ou, ainda, que não fosse atrelado à boa-fé e ao princípio da confiança.

As fases da formação do contrato são analisadas levando-se em consideração o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, comprovando-se que se está diante de uma dupla disciplina, que considera os sujeitos participantes da relação.

A importância da tutela da confiança é destacada tanto na proposta do Código Civil, como na oferta na relação de consumo,

⁸ STRÖHL, *op. cit.*, p. 49.

que não é mais individualizada, mas percebida como um fenômeno da realidade massificada da sociedade de consumo, sinônimo de *marketing*. BENJAMIN (2007, p. 2007) assevera:

[...] significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado pelos fornecedores. Qualquer uma dessas técnicas, desde que “suficientemente precisa”, pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. Aí reside uma das maiores contribuições do Direito do Consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos.⁹

O modelo legal da oferta clássica, e, por consequência, a concepção da teoria contratual garantidora das regras do jogo da sociedade burguesa, não se adéqua mais com as novas técnicas, que propiciam outras formas de contratação exigidas pelo pluralismo moderno e estão a fomentar uma nova teoria contratual.

PRIMEIRA PARTE

1 - Negócio jurídico como instrumento da autonomia privada

O Direito Brasileiro pertence à família de Direito Romano-Germânica.¹⁰

9 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto/Ada Pellegrini Grinover (et al.)* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 267.

10 “Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de ‘códigos’. Os direitos da família romano-germânica foram elaborados com o objetivo de regular as relações entre os cidadãos, desenvolvendo-se a partir ‘dos princípios do ‘direito civil’, que continua a ser ‘o centro por excelência da ciência do direito’; e foram desenvolvidos pelo esforço das universidades européias já a partir do século XII, ‘com base em com-

Levando-se em conta tal fato, não deverá causar estranheza ao jurista deparar-se, ressaltando-se algumas exceções, com um tratamento legal e doutrinário referente à formação do contrato quase completamente equivalente àquele do Direito Brasileiro, que pode ser encontrado não só no Direito Francês, como também no Direito Italiano e no Direito Alemão.

O contrato é um ato jurídico, ou mais especificamente, um negócio jurídico, que se forma pelo acordo de duas ou mais vontades, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos permitidos pelo ordenamento jurídico e desejados e perseguidos pelas partes.

Diferentemente do ato jurídico, cujos efeitos são determinados pela própria lei, não tendo especial importância a intenção do agente, enquanto que, no negócio jurídico, “[...] é a vontade dos particulares”.

No contrato, por exemplo, espécie mais importante no gênero negócio jurídico, os efeitos são os que as partes lhe conferem, no exercício de sua autonomia, desde que conforme a lei, a ordem pública e os bons costumes.¹¹

Tais efeitos são a “constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes.”¹² O Código Civil Brasileiro de 2002, afastando-se da concepção unitária do ato jurídico adotado pelo Código Civil Brasileiro de 1916, mais precisamente no art. 81, apesar de que,

pilações do imperador Justiniano! Com a colonização, a família de direito romano-germânica alastrou-se fora da Europa e com o fenômeno de recepção voluntária, a um grande número de países foi possível receber os direitos europeus, que ‘conquistaram, particularmente, toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia’. V. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.18 e seg.

11 AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 373.

12 AMARAL, *op. cit.*, p. 371.

neste artigo, tenha definido o negócio jurídico, quando faz referência ao ato, acolhe expressamente a figura do negócio jurídico, que se compõe essencialmente de dois elementos: vontade e autonomia privada.

Tão importante é o papel da vontade na etiologia do negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria ideia conceitual com a declaração de vontade, constituindo-se, dessa forma, a sua definição.¹³

As distinções que podem ser estabelecidas entre ato jurídico e negócio jurídico são várias, elencando-se, como dito acima, que os efeitos do ato jurídico são *ex lege*, enquanto que, no negócio jurídico, são *ex voluntate*.

O ato jurídico serve aos interesses gerais da comunidade¹⁴ e o negócio jurídico orienta-se a serviço dos interesses privados.

Ressalta-se o fato de que, quando Caio Mário da Silva Pereira foi incumbido de elaborar o Anteprojeto de Código de Obrigações, inclinou-se para a doutrina alemã do negócio jurídico, que, décadas depois, o novo Código acolheu.

Tanto o Código Civil Brasileiro de 2002 (art. 185), como também o Código Civil Português (art. 295) estabelecem que aos atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos (atos jurídicos *stricto sensu*), é aplicável, no que couber, o disposto acerca dos negócios jurídicos, porque, tendo o Código acolhido a noção de negócio jurídico, considerou desnecessário repetir os mesmos conceitos em relação aos atos jurídicos que não constituam negócios jurídicos.

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 477, que cita Enneccerus, Kipp e Wolff, Tratado, I, § 136.

14 SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Atto giuridic. In: ENCICLOPÉDIA DEL DIRITTO, IV. p. 209, *apud* AMARAL, *op. cit.*, p. 373.

Por extensão analógica, os requisitos de validade, as modalidades, os defeitos e a teoria das nulidades construídas em torno do negócio jurídico são aplicados aos atos jurídicos em geral.

Assinala-se que a teoria do negócio jurídico, nascida no Direito Alemão e expressamente prevista no seu Código Civil (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*), passou, mais tarde, à doutrina italiana, à espanhola e à doutrina portuguesa, sem, contudo, penetrar no Direito Francês.

O Direito Francês permanece jungido à teoria unitária do ato jurídico, vale dizer, não distinguindo nem a doutrina, nem o Código Civil Francês o ato jurídico em *stricto sensu* do negócio jurídico.

Para explicar a formação do negócio jurídico, a doutrina civil utilizou-se satisfatoriamente da idéia de processo¹⁵. MENEZES CORDEIRO (2000, p. 335)¹⁶ leciona:

Diz-se, em Direito, que há processo quando diversos actos jurídicos se encadeiem de modo a proporcionar um objecto final. A natureza processual de determinada sequência faculta, desde logo, duas conclusões:

- o resultado final depende - ainda que em grau variável - da verificação pela ordem própria, dos diversos actos processuais;
- cada um dos actos processuais em si só faz sentido tendo em vista o resultado final para que tendam.

Aplicando-se a idéia de processo à formação do negócio jurídico, levam-se em consideração os diversos atos que ela

15 O conceito de processo foi desenvolvido no Direito Público. Para Castro Mendes, processo civil é “a seqüência de atos destinados à justa composição de um litígio, mediante a intervenção de um órgão imparcial de autoridade, o tribunal”. CASTRO MENDES. *Direito processual civil*, 1º vol. Lisboa: AAFDL, 1º vol. (1980).

16 MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil português* – 2. ed., Tomo I, Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 335.

possa implicar em uma continuação seqüencial e em que os atos concatenam-se com vista efetiva a um resultado final.

Para a formação do contrato, negócio jurídico, por excelência, destacam-se aspectos na declaração de vontade e na justaposição com a outra declaração de vontade exteriorizada e comparada com os lapsos temporais e presenciais das partes envolvidas.

1.1 - A declaração de vontade

Elemento central no processo de formação do negócio jurídico é a declaração de vontade percebida como uma “manifestação de vontade privada feita tendo em vista uma consequência jurídica”. Dois elementos destacam-se nesta definição: um é subjetivo e se constitui da vontade interna do declarante; o outro é objetivo e necessita que a vontade seja exteriorizada, manifestada.

A doutrina alemã, seguindo a linha clássica de Savigny distingue, no seio do elemento subjetivo da declaração de vontade, três componentes: “uma vontade de agir (*Handlungswille*), uma consciência de fazer uma declaração de vontade (*Erklärungswille*) e uma vontade de concluir um ato jurídico preciso (*Geschäftswille*)”.¹⁷

O primeiro componente (vontade de agir) pressupõe que o declarante tenha consciência de que está fazendo uma declaração exteriorizada por meio de palavras, gestos, escritos, não os levando em consideração, se ele age em estado de inconsciência.

O segundo componente (consciência de fazer uma declaração) exige que o declarante tenha consciência de que o seu comportamento pode provocar efeitos jurídicos.

O terceiro componente especifica-se como “a declaração que provoca uma consequência jurídica concreta, (*Geschäftswille*)

17 V.N. BREHMER “Willenserklärung und Erklärungsbewusstsein“, JuS 1986,p.440, in: FERRAND, Frédéricque. *Droit privé allemand*. Paris: Dalloz, 1997, p. 214.

vontade de contratar a um preço determinado, vontade de dar um de seus bens a uma pessoa etc.”.¹⁸

Discute-se, em teoria, se os três componentes do elemento subjetivo devem estar presentes para que tal declaração, na medida em que seja exteriorizada, possa produzir os efeitos jurídicos. O certo é que o componente vontade de agir (*Handlungswille*) é tomado como condição imperativa; os outros dois sofrem questionamentos doutrinários.

A jurisprudência alemã não parece mais exigir o terceiro componente, ou seja, a existência da vontade ou consciência de fazer uma declaração.¹⁹

Na verdade, a autonomia privada negocial e proteção da confiança são, muitas vezes, realidades em antinomia; pois, como lembra CARNEIRO DA FRADA (2004, p. 67)²⁰, não se pode dizer que a confiança constitui a causa da eficácia negocial.

Caso contrário, haveria de concluir-se que, onde essa confiança não se gerasse por qualquer razão, aquela eficácia também não se daria.

A consequência é inadmissível e não pode aceitar-se, pois bem se sabe que o negócio produz os seus efeitos mesmo que os sujeitos entre os quais ele se estabelece mantenham entre si uma atitude de acesa desconfiança.

18 Notadamente, FLUME, W., “*Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*”, vol.2: Das Rechtsgeschäft, 3. ed. 1979, Berlin, Heidelberg, Springer éd., § 4, p.49 in: FERRAND, *op. cit.* p. 215.

19 BGH, 9 civ., 7 de junho 1984, BGHZ 91, p. 324; NJW 1984, p.2279 (a declaração de vontade em causa era relativa a uma garantia; a Corte decidiu que a eficácia da garantia não dependia do fato de saber se o declarante havia querido ou tinha tido consciência do fato de emitir uma declaração de vontade). In: FERRAND, *op. cit.*, p. 215.

20 CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 67.

Assim, faz-se necessário esclarecer que não se pode confundir a confiança legítima, que deve ser tutelada, aplicando-se-lhe mesmo, em certa medida, diretamente ou por analogia, as regras sobre negócios jurídicos, com as declarações negociais em si.

MENEZES CORDEIRO (2000, p. 339 e 340) ²¹ estabelece as seguintes distinções:

- a) negócio jurídico apresenta-se como uma manifestação da autonomia privada; nessa medida, ele deve corresponder à vontade autônoma das pessoas ou mais não será do que um simulacro de autonomia: o Direito - sendo, como é, uma Ciência - não pode assentar em equívocos ou em ficções;
- b) “negócio jurídico” que se mantenha sem vontade real não é já um verdadeiro negócio, mas uma manifestação de confiança tutelada. Tal tutela exige, desde logo, toda uma série de dispositivos legais que a facultem e que não se confundem com a autonomia privada;
- c) apesar das analogias já referidas, o verdadeiro negócio jurídico e o “negócio” aparente provocam a aplicação de regras diferentes.

À procura de limpidez científica recomenda-se que a declaração negocial seja sempre entendida como ação voluntária e enquanto tal. A autonomia tem limites: mas esses limites restringem também o próprio negócio e a declaração negocial: não se confundem com eles.

1.2 - O conteúdo contratual

O Direito Brasileiro repousa sobre a liberdade contratual, significando que o particular detém a liberdade fundamental de contratar ou não contratar, liberdade de determinar o conteúdo do contrato e, enfim, liberdade de forma.

21 MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil português*. 2. ed., Tomo I, Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 339 e 340.