

RESUMO

O presente artigo trata da formação e conclusão dos contratos eletrônicos, definindo-o, primeiramente, e abordando a questão terminológica de tal figura, para, posteriormente, discorrer sobre as manifestações de vontade no ambiente eletrônico, notadamente a respeito da proposta, aceitação, oferta ao público, publicidade e, por derradeiro, classificando o consentimento eletrônico.

Palavras-chave: Contrato Eletrônico. Policitação. Proposta. Oferta. Aceitação. Consentimento Eletrônico.

ABSTRACT

This article discusses the formation and conclusion of electronic contracts, defining it first, and addressing terminology in such a figure, to then discuss the manifestations in the electronic environment, especially regarding the proposal, acceptance, offer the public, advertising and, last, classifying electronic consent.

Keywords: Electronic Contract. Proposal. Acceptance. Electronic Consent.

* Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, Coordenador do Curso de Direito e Professor Titular de Direito Civil e de Direito do Consumidor das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Membro do Ministério Público em São Paulo.

** Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Congressista do 8º e 9º Congresso Nacional de Iniciação Científica/CONIC.

1. O Contrato Eletrônico

A primeira questão que se coloca é se o contrato eletrônico consistiria em um novo tipo de contrato (contrato inominado) ou apenas um novo meio, isto é, uma nova roupagem para celebrar contratos em geral.

Com efeito, trata-se apenas de um novo instrumento para que seja manifestado o ajuste entre duas manifestações de vontades convergentes para criar, modificar (regular) ou extinguir direitos.¹

Pouco importa, assim, o objeto contratual - se contrato típico ou atípico -,² o que caracteriza o contrato eletrônico é o meio³ de exteriorização das manifestações de vontade.

Assim, contrato eletrônico é aquele em que o ajuste das partes contratantes efetiva-se através do uso da informática,⁴ o que engloba desde a utilização do bom e velho *fax* à assinatura digital (criptografada).⁵

¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51; ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. Barueri: Manole, 2004, p. 31; MARQUES. Claudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 112.

² BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo** Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000, p. 44

³ PIZARRO, Sebastião Nóbrega. **Comércio Eletrônico: Contratos Eletrônico e Informáticos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 73.

⁴ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Op. cit. p. 55: “O contrato eletrônico é o acordo de vontades entre uma oferta de bens ou serviços que se manifesta por meio de recursos audiovisuais de uma rede de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio de uma interatividade eletrônica. Para nós, nesse pensamento, os contratos eletrônicos são aqueles em que a manifestação da vontade seja feita necessariamente pelo uso da informática”.

⁵ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Ob cit., p. 31: “Na nossa proposição, contrato por meio eletrônico é o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, Intranet, EDI (*Electronic Data*

Utiliza-se da terminologia informática, pois é a mais abrangente, abordando toda a ciência da computação e seu maquinário eletrônico, cingindo-se o conceito alhures ao estado atual da tecnologia.

Por isso, desde já, destaca-se que nada impede em um futuro próximo ou distante sobrevenha outra tecnologia eletrônica que substitua a informática, de modo que, o conceito mais genérico, e até prolixo, em vista de tal suposição, seria o de que o contrato eletrônico é aquele em que as manifestações da vontade exteriorizam-se por qualquer meio de interação eletrônica.

Portanto, o *novo*, no que tange à contratação eletrônica, é a forma de contratar que se dá, necessariamente, sem a presença física das partes, de forma não presencial ou à distância, o que fez com que a doutrina italiana os denominasse como contratos “desumanizados”.⁶

Mas, observa-se que, de desumanizados os contratos eletrônicos “não têm nada”. Com efeito, as vontades exteriorizadas no ambiente eletrônico, inclusive, nos contratos intersistêmicos⁷ em que o computador é programado para que apenas a exteriorize de forma automática, ainda assim, pressupõe uma conduta humana. O ser humano é quem manuseia a máquina, a qual exprimirá a sua vontade, e não o contrário.

Logo, no final, o que prevalece é a vontade humana, servindo, como dito, a informática e seu maquinário eletrônico, apenas como instrumento para a sua exteriorização.

Até porque, caso assim não fosse, não haveria contrato, pois o *consensus* é indispensável para a existência do contrato,⁸ razão pela qual não se adota a nomenclatura

Interchange) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo.”

⁶ OPPO, Giorgio. Apud MARQUES, Cláudia Lima.

Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.65

⁷ Esta forma de contratação é analisada de forma detalhada no item infra 4.1.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.009, p. 27.

contratos desumanizados, mas, tão somente, contratos eletrônicos.

1.1. Terminologia: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos Ou Contratos Eletrônicos?

De início, importante destacar que, pelo menos na bibliografia consultada, há uma pequena divergência quanto à conceituação das nomenclaturas *contratos informáticos*, *contratos telemáticos* ou *contratos eletrônicos*.

Para CÍNTIA ROSA PEREIRA NUNES DE LIMA, com escólio na lição de Newton de Lucca, contrato eletrônico seria o gênero, do qual haveria duas subespécies: contratos informáticos e contratos telemáticos.⁹

O seu entendimento é de que os contratos informáticos seriam os contratos que, independentemente da forma de contratação, teriam como objeto um bem ou serviço da informática, enquanto que os contratos telemáticos caracterizar-se-iam pelo meio em que se dá a contratação – “algum meio que conjugue telecomunicação e informática” –, pouco importando, assim, o bem mediato da operação jurídica.

Enquanto que para o professor SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA, os três substantivos compostos teriam suas diferenças, acolhendo integralmente o conceito alhures de contratos informáticos, divergindo apenas quanto à definição de contratos telemáticos e eletrônicos.

Acrescenta referido autor que, os contratos telemáticos também se caracterizariam pelo objeto da contratação – “bens informatizados” –, sendo que a contratação também teria que se dar pela utilização da informática, o que denotaria a diferença em relação aos contratos eletrônicos, que se caracterizariam pela forma da contratação, mas não pelo objeto da operação econômica.¹⁰

⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): - Um estudo comparado entre Brasil e Canadá.** Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2009, p. 443

¹⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Ob cit., p. 55/57.

Portanto, para este doutrinador não haveria gênero e sub-espécie, mas sim três figuras distintas.

Com todo respeito, os contratos telemáticos não precisam, necessariamente, ter como objeto bens informáticos.

Ora, o vernáculo telemática, como bem observado pelo próprio professor SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA, com base nos ensinamento de Aurélio Buarque de Holanda, trata-se, apenas, de uma ciência que conjuga o uso do computador e da telecomunicação, o que, portanto, não se restringe à operações econômicas sobre bens de consumo informáticos.

Por outro lado, o vernáculo eletrônico é abrangente, a ponto de acobertar bens informáticos e a telecomunicação através do uso do computador, já que ambos derivam de tal ramo da ciência.

Acontece que, a terminologia contratos eletrônicos encontra-se já consagrada, como sinônimo de contrato telemático.

Por isso que, sem tomar partido, tal como sem preciosismo terminológico exacerbado, ousa-se divergir de tais ensinamentos, para fins de terminologia deste trabalho.

Assim, contratos eletrônicos ou telemáticos seriam as avenças formadas através do uso da informática, por interação eletrônica, sendo, portanto, expressões equivalentes. Enquanto que, os contratos informáticos caracterizar-se-iam pelo objeto da avença – bens de consumo da informática, independente da forma de contratação utilizada.¹¹

2. A Formação e a Conclusão dos Contratos Eletrônicos

2.1 As Declarações de Vontade e sua Exteriorização no Ambiente Eletrônico

Como ensina DARCY BESSONE “a formação de todo o contrato se baseia no

¹¹ O mesmo entendimento foi adotado por MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. **Comércio Eletrônico no Âmbito do Direito do Consumidor.** Tese (Mestrado), Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo: FADISP-SP, 2009, p. 15 e 48.

consentimento”,¹² confirmando, assim, como assevera a professora Maria Helena Diniz,¹³ de que, realmente, o *consensus* é elemento de existência dos contratos.

É o encontro de vontades, isto é o fusional de vontades conjugadas a respeito de um fim desejado, que irá formar o vínculo contratual.¹⁴ Trata-se, nada mais, nada menos, do denominado princípio do consensualismo¹⁵ ou do consentimento,¹⁶ pelo qual é suficiente, tão somente, o acerto de vontades para a deflagração do nexo contratual.

E, por assim ser, óbvio que deve haver a vontade de duas ou mais pessoas para fins de contratação, mas, mais do que isso, este “fenômeno psíquico” deve ser exteriorizado, “tem de ganhar corpo e vulto”,¹⁷ exprimindo-se este ânimo de contratação, que são as declarações de vontade.

Somente assim leva-se à outra parte ciência ou conhecimento a respeito da intenção de contratação e, por conseguinte, do pretendido ajuste para se alcançarem efeitos jurídicos. Enquanto, a intenção de contratação fizer parte, apenas, do mundo das “idéias” é um nada jurídico, por isso essencial que seja exteriorizada, a fim de que cumpra o seu papel de nascedouro de uma relação jurídica.

Diversos podem ser os meios de materialização da indigitada manifestação de vontade, devendo esta, apenas, ser *inteligível*, de tal modo que, a parte a quem ela é dirigida possa interpretá-la adequadamente.

Pouco importa, destarte, se tal manifestação dar-se-á verbalmente, por escrito, por telefone, por correspondência epistolar ou, ainda, por meio de *interação eletrônica*, através do uso da informática, de modo que necessária, somente, a sua *identificação e absorção*.

Assim sendo, diante da multiplicidade dos recursos tecnológicos, torna-se imprescindível a existência de “compatibilidade técnica entre os sistemas computacionais utilizados para a transmissão e recepção das declarações”.¹⁸

Logo, as declarações de vontade no ambiente eletrônico, com força no princípio do consensualismo,¹⁹ são plenamente válidas para a formação do vínculo contratual, desde que sejam, ao menos, *inteligíveis*, pressupondo, assim, uma compatibilidade técnica entre os sistemas utilizados para a troca de informações.²⁰

2.2 Proposta no Código Civil

Este ato é o que dá impulso para o processo de formação dos contratos. A própria experiência cotidiana mostra-nos que, primeiro, deve haver uma provocação (ato unilateral) para que, *a posteriori*, sobrevenha um ato bilateral.

¹² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato – Teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 147.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 36: Todo o contrato requer o acordo de vontades das partes contratantes ou o consentimento, que não constitui somente um requisito de validade, mas também um pressuposto de existência, de tal sorte que sem o mútuo consenso, expresso ou tácito, não haverá qualquer vínculo contratual.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 55.

¹⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 3: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38: “De acordo com o princípio do consensualismo, apenas há contrato mediante a declaração de convergente de vontades acerca do objeto da avença e do seu respectivo conteúdo”.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37: “No Direito hodierno vigora o princípio do consentimento, pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato”.

¹⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 125.

¹⁸ BARBAGALO. BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000, p. 57.

¹⁹ Não se ignora os contratos reais, pelos quais somente com a entrega da coisa é que se reputa concluído o contrato, o que, entretanto, configura exceção, pois a regra, pelo princípio do consensualismo, é de que o simples ajuste ou acerto de vontades já deflagra o nexo contratual.

²⁰ PIZARRO, Sebastião Nóbrega. Ob cit., p. 77: “Fundamental para a validade da manifestação de vontade emitida por meios eletrônicos, é a compatibilidade técnica entre os sistemas utilizados. O destinatário da declaração de vontade tem de possuir os meios capazes para receber e entender a declaração enviada.”

Como assevera PAULO NADER, “o acordo de vontades, dado fundamental ao contrato, não se alcança sem um *iter*”.²¹ Necessário, como *conditio sine qua non*, que alguém tome a iniciativa para originar o *diálogo contratual*, o que se dá por meio da *proposta* ou da *policitação*, pelos menos conforme disposição legal.²²

A depender dos elementos dessa provocação, este ato configurar-se-á como uma proposta ou apenas negociação preliminar.

Será proposta, se a provocação detiver todos os elementos essenciais²³ da visada avença, sendo precisa e completa²⁴ e, ainda, tendo esta manifestação de vontade, séria intenção de contratar.²⁵

Caso contrário, se o ato não se revestir dos elementos essenciais do contrato projetado²⁶ e, ainda, se a sua intenção revelar-se, apenas, com o intuito de sondagem, de discussão,²⁷ enfim, de “entendimentos destinados à sua melhor formulação”,²⁸ caracterizar-se-á como negociação preliminar.

Esta fase de “pontuação”,²⁹ no mais das vezes, sempre precede a formulação da proposta, haja vista a complexidade das relações contratuais, que reclamam uma fase-prévia de discussões a respeito do programa obrigacional, para daí ser formulada a proposta de contratação que reunirá todos os elementos da avença.

Em vista, justamente, desses elementos que diferenciam a proposta da tratativa preliminar, é que decorre o efeito *vinculante* presente na primeira, que é o “divisor de águas” para a segunda.

Cabe ressaltar que o artigo 427 do Código Civil utiliza o tempo verbal “obriga” e não o “vincula”. Contudo, a doutrina, a qual se filia o presente estudo, critica tal terminologia, ante o próprio conceito de contrato e de policitação.

Ora, como visto, contrato é oriundo de consentimento e, assim sendo, impossível, apenas, uma declaração de vontade obrigar,³⁰ criando, por exemplo, um dever de dar uma coisa, de fazer ou não fazer algo (*interpretação strictu sensu do vernáculo obrigar de acordo com título I – Modalidades das Obrigações, do Livro I – Obrigações do Código Civil*).

Se assim fosse, como bem pondera DARCY BESSONE “a única fonte das obrigações voluntárias passaria a ser a declaração unilateral. E seria contraditório falar-se em formação de contrato, quando a tese propugnada a excluiria, para dar lugar a declarações unilaterais paralelas, das quais nasceriam todas as obrigações dos declarantes”.³¹

Até por isso, define-se proposta como sendo uma declaração de vontade unilateral *receptícia*,³² a qual depende de uma declaração posterior para, enfim, surgir uma

²¹ NADER. Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52.

²² A seção II do Código Civil, que trata a respeito da Formação dos Contratos, tem como seu primeiro dispositivo, o artigo 427 que regulamenta, justamente, a proposta, não havendo previsão a respeito das negociações preliminares.

²³ NADER. Op. Cit., p.54

²⁴ GOMES. Op. Cit., p. 73: “Exige-se que seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da *aceitação*, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato. Deve conter, portanto, todas as cláusulas essenciais, de modo que o consentimento do oblato implique a formação do contrato”

²⁵ ASSIS, Araken de. **Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 163: “Por outro lado, a proposta a proposta deve se revelar séria, revelando o inequívoco propósito de contratar em seus termos. Acompanhado de protesto geral e específico, e de restrições à força vinculativa prevista no artigo 427, se transmutará em simples convite à oferta (*invitatione ad offerendum*).”

²⁶ Esta expressão é utilizada ao inverso, “projetado contrato”, por ARAKEN. Op. cit., p. 161.

²⁷ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 285.”(...) como as negociações pressupõem ainda uma situação imatura, na medida em que as partes discutem eventual e o contrato, as mesmas não são movidas por uma vontade de contratar, mas apenas por uma vontade de discutir”.

²⁸ GOMES. Op. Cit., p. 72.

²⁹ NADER. Op. Cit., p.52

³⁰ ASSIS. Op. Cit., p. 168: “De acordo com o artigo 429, a proposta “obriga” o proponente. O verbo “obrigar” é altamente impróprio. O proponente ainda não deve e, portanto, tampouco se encontra obrigado em razão de simples oferecimento de proposta ao destinatário. Na verdade, o proponente fica vinculado à sua manifestação de vontade de contratar, ou seja, a manter a proposta.”

³¹ BESSONE. Op. Cit., p. 168.

³² GOMES. Op. Cit., p. 73; DINIZ. Op. cit., p. 49.

obrigação,³³ de sorte a formar o vínculo contratual, que corresponde à aceitação do policitado à policitação.

O efeito vinculante da proposta está adstrito, assim, não por sua obrigatoriedade, isto é firmar o contrato, tanto que a policitação poderá ser objeto de retratação, mas à sujeição do policitante a se responsabilizar por eventuais perdas e danos a serem suportadas pelo oblato que tinha “fundada expectativa de realização de negócio”.³⁴

Nesse sentido, é a definição de vinculação da proposta, pois, como visto, nunca será o proponente obrigado a contratar e, do mesmo modo, a proposta nunca será irrevogável,³⁵ salvo os casos em que a proposta já venha acompanhada de cláusula de irrevogabilidade.

Por isso que, salvo a única hipótese alhures, a proposta será sempre revogável, podendo ou não acarretar a responsabilização do proponente pelo prejuízo suportado pelo policitado, a depender do enquadramento legal da retratação (vide: 2ª parte do artigo 427 e os incisos do artigo 428, ambos do Código Civil).

Desta feita, necessário delimitar o momento em que a proposta vincula seu proponente.

Por ser uma declaração receptícia, óbvio, que a policitação só vinculará seu emissor, no momento em que esta for de *conhecimento*³⁶ do seu destinatário, criando-lhe, assim, uma justa expectativa de contração.

Ora, o fundamento que embasa o efeito vinculativo da proposta é a “estabilidade das

relações sociais”³⁷ e, assim, a relação contratual só terá seu nascedouro, quando a proposta chegar ao conhecimento do oblato, momento no qual a semente da bilateralidade estará semeada.³⁸

Pois bem. Pouco importa assim, o meio utilizado para iniciar o diálogo contratual, necessário apenas que seu destinatário compreenda a intenção de contratar, o que poderá ocorrer por meio dos recursos tecnológicos da informática (*e-mail, chats, skype* etc...), caracterizando-se, assim, como uma *proposta eletrônica*.

O projeto de Lei 4.906/2001, que visa regulamentar o comércio eletrônico, prevê em seu artigo 11³⁹ que a oferta pode ser expressa por “mensagens eletrônicas”.

A problemática da proposta eletrônica cinge-se, ao momento de sua eficácia e, por conseguinte, do seu efeito vinculante.

CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA tratou do assunto. Para a jurista há de se verificar as seguintes variáveis da proposta: se é ou não corpórea⁴⁰ e, por conseguinte, se é ou não instantânea.⁴¹

Sendo instantânea e corpórea, como, por exemplo, na utilização do MSN, a proposta seria vinculativa, desde a sua exteriorização, pouco importando, o efetivo conhecimento pelo destinatário.⁴²

³⁷ DINIZ. Op. Cit., p. 53.

³⁸ Como visto a expedição da policitação configura apenas uma manifestação unilateral de vontade, de modo que, apenas, quando é recebida pelo seu destinatário é que, enfim, poderá haver bilateralidade no que concerne a tal ato jurídico.

³⁹ Art. 11: Na celebração de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagem eletrônica.

⁴⁰ Corpórea seria a materialização da vontade de contratar, como, por exemplo, ocorre nos chats, em que os caracteres da exteriorização da vontade podem ser armazenados. A *contrarium sensu*, não corpórea seria em relação àqueles casos em que a exteriorização de vontade não pode ser armazenada, materializada, como ocorre nos casos de conversação de voz, *skype*.

⁴¹ O vernáculo já é auto-explicativo. Proposta instantânea seria aquela em que o contato com o oblato é imediato, isto é súbito, como no MSN. Enquanto que não instantânea, seria o caso em que o contato é intervalado, necessitando de um espaço de tempo não só para a comunicação da policitação, como também para a própria contratação. Veja: LIMA. Op. Cit., p. 412-414.

⁴² LIMA. Op. Cit., p. 475.

³³ Em sentido análogo: MARQUES. *Contratos*. Op. Cit., p. 721: “O que significaria exatamente esta vinculação: seria sinônimo de obrigação contratual principal? Não: apesar de o art. 427 do CC/2002 utilizar o verbo obrigar, não podemos confundir os efeitos da proposta clássica com os efeitos do contrato em si. O proponente não fica obrigado a efetuar a prestação principal. Esta obrigação contratual principal só nascerá após a aceitação, quando da formação do contrato.”

³⁴ GONÇALVES. Op. Cit., p. 74.

³⁵ BESSONE. Op. Cit., p. 165: “O proponente poderá revogá-la, ainda que respondendo pelo prejuízo decorrente da revogação, e, revogando-se, impedirá a formação do contrato, porque o acordo de vontades deve ser atual e não se poderá realizar quando, ao ser manifestada a aceitação, a proposta já houver sido destruída pela revogação.”

³⁶ GOMES. Op. Cit., p. 75.

Não sendo corpórea, mas instantânea, como na utilização de conversação de voz, seria necessário o efetivo conhecimento do oblato.⁴³

E, ainda, quando fosse corpórea, mas não instantânea, *verbi gratia*, por e-mail, o seu efeito vinculante dar-se-ia, desde o momento em que a proposta ingressasse no sistema de informação do oblato, não sendo assim, necessário seu conhecimento, mas, apenas, a sua acessibilidade.⁴⁴

De modo diverso, ao que parece, o Projeto de Lei 4.906/2001 adotou de forma indistinta, para qualquer “tipo” de mensagem eletrônica (entenda-se proposta eletrônica), que seus efeitos valerão a partir do aviso de seu *recebimento*.

Pelo que se depreende da análise dos artigos constantes do capítulo III, da seção V do Projeto – Do Aviso de Recebimento –, toda a eficácia das mensagens eletrônicas e, até, a sua própria *existência* (vide: artigos 19, inciso II, e 20 do projeto de Lei 4.906/2001)⁴⁵ estão condicionadas ao aviso de recebimento a ser informado pelo destinatário.

Não obstante a terminologia “aviso de recebimento”, a qual induz, em uma primeira análise, atrelar-se a eficácia da proposta apenas a sua acessibilidade, a verdade é que, na prática, a aludida “ferramenta” está mais em consonância com efetivo conhecimento da mensagem do que à sua acessibilidade.

Ora, como sabido, o aviso de recebimento só é expedido no momento em que o destinatário visualiza a mensagem,

oportunidade na qual, por exemplo, em sede da utilização do Microsoft Outlook, é facultado ao destinatário optar pelo o envio ou não de tal confirmação.

Até por isso, seria mais adequado falar-se em confirmação de leitura e, não de aviso de recebimento, pois tal confirmação ocorre posteriormente à acessibilidade da mensagem eletrônica, notadamente quando o seu destinatário a visualiza, razão pela qual o efeito vinculativo da proposta eletrônica está condicionado, ao que parece, para as disposições do anteprojeto, ao seu efetivo conhecimento.

Vale destacar, entretanto, que o regramento acima estabelecido é *supletivo*, eis que, o artigo 10⁴⁶ da mencionada lei, prevê que as partes poderão, mediante comum acordo, alterar as disposições da lei a respeito da comunicação eletrônica, de modo a prevalecer a autonomia privada.

À guisa de conclusão comunga-se, das disposições do citado anteprojeto, tal como da posição de Orlando Gomes⁴⁷, de que a eficácia da proposta, pelo seu próprio conceito, está condicionada ao efetivo conhecimento da mesma, isto é da sua *real recepção*.⁴⁸

Contraditório seria suscitar tese diferente, quando a própria natureza do efeito vinculante da proposta está entrelaçada à *confiança*⁴⁹ despendida no oblato a respeito da contração, o que só acontece, por óbvio, quando este tem o conhecimento efetivo da proposta.

⁴³ *Idem*. Op. Cit., p. 476.

⁴⁴ *Idem*. *Ibidem*. Op. Cit., p. 477.

⁴⁵ Art. 19. No caso de o remetente não declarar que os efeitos da mensagem eletrônica estão condicionadas à recepção de um aviso de recebimento e tal aviso não for recebido pelo remetente dentro do prazo estabelecido ou pactuado, ou, inexistindo este, o remetente poderá, em um prazo razoável: I – notificar o destinatário declarado que nenhum aviso de recebimento foi recebido e estipulando um prazo adequado à efetivação dessa providência; II – caso o aviso de recebimento não seja recebido dentro do prazo a que se refere o inciso I, o remetente poderá, notificando o destinatário, tratar a mensagem como se ela nunca tivesse existido.

Art. 20. A recepção, pelo remetente, do aviso de recebimento enviado pelo destinatário gera a presunção de que aquele que tenha recebido a mensagem eletrônica pertinente.

⁴⁶ Art. 10. Nas relações entre as partes que geram, enviam, recebem, armazenam ou, de qualquer outro modo, processam mensagens eletrônicas, as disposições deste capítulo poderão ser alteradas, mediante comum acordo.

⁴⁷ GOMES. Op. Cit., p. 75.

⁴⁸ Poder-se-ia cogitar que *recepção* seria equivalente à acessibilidade. Por isso que, fala-se em real recepção, sendo necessário que a proposta adentre na esfera de conhecimento e não apenas na sua esfera de controle, o que difere, portanto, de acessibilidade.

⁴⁹ ASSIS. Op. Cit., p. 169: “O princípio da força vinculativa da proposta se entrosa com o princípio da boa-fé. É a solução preferível, *de lege data*, e bem fez o art. 427 em adotá-la. A oferta instiga uma legítima expectativa no destinatário. Sua retirada arbitrária e inopinada, no correto alvitre de Silvio Rodrigues, “representaria uma fonte insegurança, capaz de causar prejuízo ao outro... que de boa-fé, acreditou na seriedade da proposição a ele apresentada.”

Imagina-se, suscitar a responsabilização pelos danos decorrentes da revogação da proposta, quando esta, embora tenha se mostrado acessível, não tenha chegado ao conhecimento do peticitado, seria afrontar toda a estrutura da força vinculativa da proposta.

Por isso que, não obstante a mudança dos meios intimativos de contratação, ainda assim, prevalece toda a estrutura da formação dos contratos, notadamente quanto ao efeito vinculativo da proposta, até, pelo menos, que sobrevenha legislação específica a tratar de maneira díspare a matéria, o que, observe-se, efetivamente, não decorre do anteprojeto de Lei 4.906/2001.

2.3 A Oferta ao Público no Código Civil

O elemento inicial do contrato pode ser direcionado a um número determinado de pessoas, configurando-se como proposta, ou a um número indeterminado de pessoas, caracterizando-se como oferta ao público.

Frisa-se que, a distinção não está atrelada à quantidade de pessoas que são atingidas pela policitação, um número reduzido ou massificado, mas, mais precisamente, quanto ao aspecto de os peticitados serem determinados ou indeterminados.

Assim, *verbi gratia*, será considerada proposta o envio de uma série de e-mails para um *mailing list*,⁵⁰ enquanto que será considerado como oferta, um anúncio em uma revista ou em jornal.⁵¹

A referida diferenciação, entre proposta e oferta, é fruto da inovação do Código Civil, eis que, em relação ao artigo 429⁵² do Código Civil não havia dispositivo correspondente no diploma civil de 1916.

E, ao contrário de outras legislações, a oferta ao público, desde que revestida dos elementos essenciais do contrato e, do

contrário não resultar de suas circunstâncias e dos usos e costumes, vincula o ofertante, não sendo apenas um mero convite a contratar.⁵³

A *contrarium sensu*, se a manifestação ao público não contiver todos os elementos essenciais do contrato, haverá verdadeira *invitatio ad offerendum*, como acontece com um anúncio publicitário que não está, na grande maioria das vezes, acompanhado de tais questões pontuais contratuais.

Vale dizer que, este regramento não engloba as relações de consumo que, como veremos no tópico infra, dispõem de regulamento especial.

A oferta, assim como a proposta, também poderá ser revogada, desde que tal ressalva conste da oferta realizada e, ainda, seja veiculada pelos mesmos meios da veiculação da oferta (*exegese* do artigo 429, p. único, do Código Civil).

Posto tal panorama, cabe realizar o enquadramento geral da oferta eletrônica.

Pois bem. Assim como na proposta, o conceito do instituto jurídico sob análise é o mesmo, sendo que a sua peculiaridade consiste no meio em que é propagada a intenção de contratar.

Assim, os meios eletrônicos que possibilitam uma divulgação a um número indeterminado de pessoas serão considerados como meio de envio de oferta eletrônica, como por exemplo, os *webs sites*, as revistas digitais ou virtuais.

A questão importante a que se coloca é que, como já destacado acima, eventual revogação da proposta deve ser concretizada pelo mesmo meio de veiculação da proposta.

Assim, se feita por meio de um determinado *web site*, o aviso de retratação deve ser concretizado naquele mesmo sítio da *internet* e, o mais importante, a possibilidade de tal retratação tem que constar na própria oferta, sob pena de a revogação ser ilegítima.

Caso contrário, estar-se-á despendendo uma legítima confiança nos destinatários da

⁵⁰ Consiste no envio de um grande número de mensagens eletrônicas ou mesmo correspondências, oferecendo um bem, produto ou serviço.

⁵¹ ASSIS. Op. Cit., p. 184.

⁵² “Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra em os requisitos essenciais do contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.”

⁵³ No Canadá, por exemplo, a policitação a um número indeterminado de pessoas não vincula o ofertante, eis que, trata-se apenas de um “*invitation to treat*”, de sorte que a pessoa que é atingida pela oferta é que será o proponente na contratação, já que, repita-se, trata-se apenas de um convite à contratação. Vide: LIMA. Op. Cit., p. 391.

oferta pela conclusão do contrato, de sorte que, a retratação resultará em perdas e danos, podendo o ofertante ser responsabilizado nesse tocante.

Conclusivo mais uma vez, é o princípio da confiança. Se, na própria oferta ressalva-se a possibilidade de sua revogação fica, por conseguinte, maculada uma justa expectativa de contratação, pois o destinatário sabe, desde logo, tal possibilidade. Entretanto, vale observar, que a revogação da oferta deve ser veiculada pelo mesmo mecanismo de sua divulgação, devendo ter um alcance igual ou maior do citado ato do início do contrato, sob pena de ser ilegítima.

2.4 A Oferta no Código de Defesa do Consumidor

Ab initio, importante destacar que o diploma consumerista não estabeleceu a exposta diferença entre proposta e oferta, equivalendo tais expressões.

Assim, no termos do Código de Defesa do Consumidor, não haverá diferença se o movimento inaugural do contrato é direcionado a um número indeterminado ou determinado de pessoas, pois em ambos os casos haverá oferta.

E, o Código Civil difere ainda mais do Código de Defesa do Consumidor no tocante à abordagem da formação dos contratos.

Assim, observa-se do artigo 30 do diploma consumerista, que acaba por *ampliar* o conceito de oferta, já que a trata como toda e qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa que veiculada *obriga* o fornecedor e *integrará* o contrato a ser celebrado.⁵⁴

Pouco importa, assim, se a oferta, no âmbito das relações consumeristas, trará os elementos essenciais do contrato, já que toda e qualquer informação ou publicidade vincula o ofertante, bastando ser precisa sobre algum elemento da contratação.

A própria figura da publicidade reclamava um regramento no sentido alhures,

eis que, como sabido, a propagação de idéias que se estabelece na sociedade atual alcança um nível de massificação enorme, de sorte que, cada vez mais, a divulgação de um produto ou um serviço representa uma linguagem concisa e rápida, a qual impede encerrar todos os elementos da contratação.⁵⁵

Tal constatação é de fácil percepção, eis que, a aventada publicidade caracteriza-se, na verdade, mais por um *marketing*, que visa inculcar a idéia no consumidor a adquirir um bem de consumo, do que pela “preocupação em evidenciar todos os elementos essenciais do contrato”.⁵⁶

Por isso que, toda e qualquer publicidade representará uma oferta e, por consequência, integrará o futuro contrato a ser celebrado.

Assim, o consumidor poderá exigir aquilo que foi publicizado no momento da conclusão do contrato e, ainda, mesmo que não ressalvado no instrumento contratual, também poderá dela se beneficiar durante a execução do contrato.⁵⁷

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 154: “Por outro lado, a oferta ao público apenas obriga quando encerra os requisitos essenciais do contrato. Esta exigência, embora obedeça o lógica contratual do direito civil tradicional, naturalmente que não aparece adequada à realidade dos contratos de massa, assim como o fenômeno da publicidade e sua linguagem às vezes muito fluída, de duplo sentido, sem precisão e caráter determinável inerentes à noção da proposta contratual formal e determinada. Daí porque, nos contratos de consumo, a definição de oferta não mais exigirá a determinação de um ato específico com informações precisas sobre todos os elementos do contrato.”

⁵⁶ LIMA. Op. Cit., p. 384.

⁵⁷ Esclarecedor é o exemplo de NUNES, Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 396: “Suponhamos que uma construtora faça anúncio de venda de apartamentos, que já são entregues com armários embutidos no quarto. Atraído o consumidor, ele adquire o imóvel mediante escritura pública da qual não consta que o bem está sendo entregue com os armários embutidos. E, de fato, recebendo as chaves e tomando posse, o consumidor percebe a falta de armários. Como fica a relação?”

O outro sentido disposto no art. 30, ao expressar “integra o contrato que vier a ser celebrado”, é o de que, uma vez feita a oferta, todos os elementos que a compõem, desde já, integram o contrato a ser celebrado,

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Como bem observado pela professora Cláudia Lima Marques⁵⁸, já era chegada a hora em que o ordenamento jurídico daria relevância para o fenômeno, tão difundido, da publicidade, a ponto de proteger a confiança que dela deriva.

O fato social da contratação já não está, há muito tempo, atrelado ao modelo da contratação previsto pelo Código Civil em que, necessariamente, o elemento inicial do contrato, para vincular o ofertante ou proponente, deveria encerrar todos os elementos essenciais do contrato.

Ainda que não estejam previstos todos os elementos do contrato, o *marketing*, a publicidade, ou somente uma informação prestada pelo vendedor, divulgando, de modo suficiente e preciso, algumas ou alguma condição contratual, por si só, já dependem confiança no policitado, pelo menos no que tange a aquele aspecto *pontual* do contrato.

Deste modo, por ser de rigor, deve haver um alargamento do efeito vinculante da proposta ou da oferta, para que toda e qualquer confiança incutida a alguém, por mais que seja advinda de um simples contato social e/ou negocial, seja protegida, já que é apta a deflagrar um vínculo jurídico, aquele da justa expectativa quanto aquele elemento precisamente divulgado.

Tal inovação, vale dizer, é digna de aplausos e está em consonância com os métodos atuais de contratação, notadamente aqueles utilizados em sede do ambiente eletrônico, no qual a comunicação e os contatos sociais são tão *fluidos*.

Atualmente, os *e-mails*, os *links*, as “janelas” que, automaticamente, abrem-se ao acessar um domínio na internet, representam a atual linguagem da publicidade e que, portanto, devem ser tidos como ofertas, de

mesmo que quando de sua assinatura, o fornecedor omite algum ou alguns elementos que dele constavam. Não resta dúvida de que, no caso do exemplo, a construtora está obrigada a cumprir a oferta, instalando os armários embutidos, exatamente como fora anunciado.”

⁵⁸ A Autora, de forma brilhante, traça todo o panorama do alargamento do campo obrigacional, o que o faz, com base, na construção doutrinária alemã, notadamente a do catedrático da Universidade de Tubigen, Johannes Koendgen. MARQUES. *Contratos*. Op. Cit., 729 e seguintes.

sorte que as informações suficientes e precisas ali veiculadas vincularão o ofertante.

Se no passado com maior intensidade eram os anúncios na rede de televisão aberta e no rádio, hodiernamente, de forma mais incisiva, são as apontadas técnicas em que consiste o novo modelo de publicidade.

Esta atuação dos fornecedores de bens de consumo acarreta, invariavelmente, confiança nos consumidores, frente à *aparência*⁵⁹ criada que representarão ofertas de consumo, sendo, portanto, elemento decisivo para a formação dos contratos eletrônicos.

Neste cenário, mais do que nunca, é imprescindível a aplicação do regime jurídico consumerista para regular a formação dos contratos eletrônicos, notadamente quanto ao efeito vinculativo da publicidade propagada nos ambientes eletrônicos, a fim de proteger a confiança⁶⁰ despendida nos consumidores, viabilizando, assim, o próprio comércio eletrônico.

Sob esta premissa é que devem ser visualizados os contatos sociais no âmbito da contratação eletrônica. Especialmente as publicidades e informações veiculadas que consistirão, nos termos do artigo 30 do código de Defesa do Consumidor, uma oferta a que estará vinculado o prestador de serviços ou de produtos.

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 375-376: “A confiança é necessária porquanto ela está na base do funcionamento do sistema especializado, indestrinçável e anônimo, consistindo no lubrificante das relações sociais. Em virtude disso, deve ter respaldo jurídico, tanto por meio de presunções quanto mediante imputações de responsabilidade, utilizando para isso a regra da aparência jurídica.

Por esta razão, sustentamos que no plano conceitual é necessário utilizar a noção de aparência jurídica para justificar a existência de oferta contratual de bens e serviços e a noção de confiança para aferir a aceitação. Esses instrumentos têm importância decisiva no momento da formação do consentimento contratual em matéria de responsabilidade por danos e no plano da lei aplicável.”

⁶⁰ Esta é a conclusão de Cláudia Lima Marques que já é perceptível na introdução de sua obra tão festejada: MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos do consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31-50.

E, as conseqüências do efeito vinculante da oferta também são díspares. Enquanto que, no Código Civil a recusa indevida em dar cumprimento à oferta resulta em perdas e danos, no Código de do Consumidor é facultado ao consumidor optar entre o cumprimento forçado da obrigação, aceitar outro produto ou serviço equivalente ou, ainda, rescindir o contrato com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, mais perdas e danos.⁶¹

Percebe-se, ante o exposto, que há dois regimes jurídicos bem distintos sobre a oferta ao público, aquele para as relações de consumo e aquele para as relações privadas civis e empresariais, regulados, respectivamente, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil.⁶²

Logo, no caso concreto, deverá ser auferido se a relação jurídica encampa uma relação de consumo ou não, para daí proceder ao regramento da formação do contrato eletrônico.⁶³

⁶¹ SOBRINHO, Mário de Camargo. *In: Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). CHINELATTO, Silmara Juny (Coord.). 3. ed. Barueri: Manole, 2010, p. 342.

⁶² SENISE. Manual. Op. Cit., p. 123.

⁶³ Verifica-se uma classificação das relações jurídicas formadas no ambiente eletrônico que auxilia a respeito da investigação de sua natureza jurídica e, por conseguinte, do regramento a ser a ela aplicado. SIMÃO FILHO, Adalberto. **Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet**. In **Direito dos Contratos II**. Org. JABUR, Gilberto Haddad. São Paulo: Quartier Latin, 2008: i) B2B Business to business: Trata-se de negócio jurídico praticado entre empresários na sua linha ou cadeia de produção específica. Utiliza-se o site como meio para a compra e venda de produtos ou serviços específicos da linha da empresa prestadora, comercializadora ou fabricante ou para o relacionamento entre o distribuidor e a sua rede de representantes ou agentes empresariais. ii) B2C Business to Consumer: São negócios jurídicos de escopo diverso que efetivamente envolvem um consumidor como destinatário final do produto ou dos serviços. Estes sites são voltados para a venda ou prestação de serviços no varejo. iii) C2C Consumer to consumer: São sites que envolvem tão-só a relação de consumidor para consumidor. Em alguns destes sites, se possibilita a conversação entre pessoas (*chat*) ou a exposição de imagens e vídeos entre pessoas consumidoras (*Orkut-youtube*) e, em outros, são praticados negócios jurídicos por consumidores e para consumidores. Há quem discipline e ordene estes sites e disponibilize os serviços organizatórios aos

2.5 A Publicidade

A publicidade como uma forma de oferta, tal como de um contato social negocial, já foi abordada no item supra, cabendo, agora, discorrê-la sob a ótica dos deveres alocados nos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁴

Por isso que, como bem salientado por PAULO VASCONCELOS JACOBINA, o controle da publicidade “tem uma característica muito forte na tutela de direitos difusos”,⁶⁵ visto que deixa ter seus reflexos no que pertine às partes contratuais, passando a ter seus reflexos sobre pessoas indeterminadas, a uma pluralidade de consumidores.

O próprio conceito de publicidade induz à conclusão acima tecida.

Como nos ensina a doutrina, a publicidade é uma forma de comunicação para o fim de estimular ou influenciar o público ao ato de consumir.⁶⁶

Ocorre que, essa estimulação não pode ser concretizada de maneira a ferir valores éticos e morais, notadamente aqueles elencados no Código de Defesa do Consumidor, para que, a todo e qualquer

consumidores. Esta é outra relação jurídica (...) Estas são algumas das operações realizadas em ambiente virtual e, originariamente, para que se possa detectar a aplicabilidade do código de consumidor, tem-se operações B2C como destinatários finais. Para qualquer outro tipo de operação, há que se investigar a sua natureza jurídica e se está presente o conjunto de elementos autorizadores da relação de consumo com vistas à adoção de normas de natureza consumerista.”

⁶⁴ A abordagem metodológica é de MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 160-161: “Para o direito do consumidor, a publicidade terá relevância basicamente em três situações. A primeira, quando se apresenta como veículo, como forma, de uma oferta de consumo, hipótese em que produz efeito de vinculação do fornecedor que a promove, na condição de negócio jurídico unilateral. A segunda quando viola os deveres estabelecidos pelo CDC, caracterizando-se como uma das figuras típicas de publicidade ilícita, previstas na norma do artigo 37 deste diploma, como publicidade enganosa ou publicidade abusiva. E a terceira, quando se apresenta como espécie de contato social de consumo”

⁶⁵ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 89.

⁶⁶ MIRAGEM. Op. Cit., p. 159; PASQUALOTTO, Alberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

custo, cumpra seu desiderato econômico, em prejuízo da vulnerabilidade do consumidor.

Preceitua o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor que a publicidade “deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Trata-se do princípio da identificação da publicidade que consiste em assegurar ao consumidor o direito de percepção de que aquela comunicação promove o ato de consumo, não estando isenta da sua finalidade de influenciá-lo a consumir.⁶⁷

Como bem salienta BRUNO MIRAGEM, nada mais é do que uma “norma que deriva da boa-fé objetiva, estabelecendo deveres de lealdade e transparência entre as partes”.⁶⁸

Refuta-se, assim, a chamada publicidade clandestina que se efetua, no exemplo clássico das novelas, em que um personagem utiliza-se de um serviço ou produto, associando este bem de consumo aquele personagem idealizado.⁶⁹

Veda-se, com isso, também a denominada publicidade dissimulada consubstanciada em reportagens, textos redacionais travestidos⁷⁰ de publicidade, em que não se tem a imparcialidade que se espera de uma abordagem jornalística ou crítica.

No ambiente da sociedade da informação, com toda certeza, é muito difícil o controle desta última prática ilícita de publicidade, visto que diversos são os *sites* que divulgam, diariamente, as experiências da utilização de um serviço ou de um produto.

LORENZETTI identifica, além desses textos redacionais ou jornalísticos, outra espécie ilícita de publicidade, a denominada publicidade oculta. Em *chats*, comunidades de redes sociais, enfim, em um grupo de notícias, pode-se infiltrar como um consumidor um

titular de um produto ou serviço, opinando bem sobre seu produto e mal sobre o da concorrência.⁷¹

Percebe-se que, também, especialmente no ambiente eletrônico, as opiniões e críticas tecidas sobre bens de consumo poderão ser objeto de uma publicidade ilícita, visto que a análise daquele produto ou serviço não será imparcial e, principalmente, terá o desiderato de influenciar o ato de consumir.

Tudo isto se agrava, quando se tem na *internet* o auxílio do anonimato, o que só propiciará ainda mais o desafeto pelo princípio da identificação da atividade publicitária.

O Código de Defesa do Consumidor, ainda no seu artigo 37,⁷² também estabelece limitações sobre a publicidade, proibindo a enganosa e abusiva.

A publicidade enganosa é aquela que tem como característica principal ser suscetível de induzir⁷³ ao erro o consumidor, de modo que esta publicidade, seja por comissão ou omissão, deixa de observar o direito básico do consumidor ao acesso à informações claras, precisas e adequadas.

Assim, exemplificativamente, o consumidor poderá ter uma percepção errônea acerca das características, quantidades, propriedades, origem ou preço, sobre os produtos e serviços.

Toda vez que o anúncio publicitário tiver capacidade de indução em erro a respeito de

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo L. Op. Cit., p. 396-396.

⁷² Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que se incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

⁷³ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 737.

⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 728: “A idéia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica, que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço.

⁶⁸ MIRAGEM. Op. Cit., p. 163.

⁶⁹ *Idem*. Op. Cit., 165.

⁷⁰ PASQUALOTTO. Op. Cit., p. 86.

dado essencial⁷⁴ sobre o produto ou serviço será considerado como uma publicidade enganosa.

Vale esclarecer que, é desnecessário que a publicidade leve o consumidor efetivamente a erro. Ou seja, é necessário, tão somente, que seja apta para tal fim, o que se auferi mediante um juízo abstrato e não concreto, sendo o dano ao consumidor um *mero plus*.⁷⁵

É proibida, ainda, a denominada propaganda abusiva que “fere os valores sociais, que fere a própria sociedade como um todo”,⁷⁶ já que a incitação à violência, ou qualquer tipo de discriminação, afronta a solidariedade e a harmonia de um grupo de pessoas.

Em sede do ambiente eletrônico este último tipo de publicidade ilícita ganha uma periculosidade ainda maior, visto que a disseminação da comunicação e das informações abusivas é muito rápida e de abrangência global.

Ademais, o acesso é facilitado, já que, por mais que as autoridades tentem inibir a sua exposição, diversos são os mecanismos para sua divulgação (*sites, redes sociais, chats, messenger, e-mail etc...*), tornado praticamente impossível o seu controle no que toca a acessibilidade.

Conclui-se, destarte, que, mais do que nunca, a publicidade ganha papel de destaque na sociedade atual, visto que a sua difusão alarga-se no ambiente eletrônico, mantendo-se *in totum* a proteção estabelecida pelos artigos 36 e 37 do *Codex consumerista*, já que se acredita até que as publicidades ilícitas terão maior frequência.

3. A Aceitação e os Comportamentos Conclusivos no Ambiente Eletrônico

Como já assinalado, imprescindível para a formação dos contratos o consentimento.

⁷⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 243: “É considerado essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o conheça”.

⁷⁵ *Idem*. p. 240.

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários**. Op. Cit., p. 738.

Logo, a proposta, por si só, não dá ensejo ao aludido negócio jurídico, razão pela qual se conceitua como uma declaração de vontade receptícia.

Nessa ordem dos fatores é que surge a aceitação, como verdadeira *reação* do policitado, para que, enfim, conclua-se ou não o contrato.

A reação do policitado pode ser negativa, isto é uma recusa, o que fulminará, por óbvio, a formação do vínculo jurídico contratual, haja vista a inexistência de consenso.

Todavia, pode ser uma reação positiva,⁷⁷ aderindo o policitado às condições explanadas na policitação, o que deve ocorrer de maneira integral,⁷⁸ pois uma aceitação parcial ou condicional,⁷⁹ que não a equivalha ou a reflita por completo, será considerada uma contraproposta, nos termos do artigo 431 do Código Civil.

Assim, a aceitação, é o ato jurídico que gerará a conclusão do contrato, reunindo as vontades das partes contratantes, respectivamente, proposta e aceitação, que fusionadas transparecerão o consentimento.

A aceitação, tal como a proposta, é declaração receptícia de vontade, visto que, somente com seu efetivo conhecimento pelo ofertante é que estará *lacrado* o liame contratual.

Até porque, assim como na proposta, quando se trata de contração entre ausentes, possível será a retratação, desde que chegue antes ou simultaneamente ao conhecimento do proponente ou ofertante.

Por isso, entenda-se que, o efetivo conhecimento, e não apenas a chegada ou a acessibilidade da proposta da aceitação, é que não empregará legitimidade à retratação, notadamente no ambiente eletrônico, quando tal exercício seria estéril, caso considerada a segunda assertiva, ante a fluidez com que se efetivam as relações negociais.

⁷⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceito, Fontes e Formação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 123.

⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. v. III. Fontes das obrigações: contratos**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 97

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 54.

E, a aceitação, assim como a proposta, também poderá se efetivar por meio da *linguagem da sociedade da informação*, notadamente por meio eletrônico, hipótese na qual se caracterizará *aceitação eletrônica*.

A aquisição do oblato, isto é a aceitação, não precisa ser, literalmente falando-se, uma declaração de vontade, mas, como dito, uma reação positiva à policaçãoção, como por exemplo, qualquer comportamento conclusivo da contratação.⁸⁰

Por exemplo, no comércio eletrônico o consumidor pode, por simples atos, tais como os de “tocar símbolos, ícones, fazer clicks – *point and click agreements*”,⁸¹ que são os famosos “concordo”, “aceito”, exteriorizar a sua aceitação à policaçãoção.

Do mesmo modo, o início da execução do contrato, como por exemplo, no caso de uma compra e venda, em que o consumidor já efetua o pagamento pela aquisição do bem, colocando o número do seu cartão de crédito na página da eletrônica,⁸² ou ainda, já usufruindo o bem ou o serviço, como nos casos dos programas de computadores – objeto dos *downloads*, são todos estes comportamentos sociais, atos conclusivos que revelam a aceitação da policaçãoção.

Nestes casos não há declaração de vontade dirigida ao oblato,⁸³ mas, tão somente, como dito, um comportamento ou um ato conclusivo que representa a concordância do oblato frente à policaçãoção, permitindo, assim, a formação do liame contratual.⁸⁴

⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança**. Op. Cit., p. 71

⁸¹ Idem., p. 271.

⁸² RIBEIRO, Luciana Antonini. **Contratos Eletrônicos**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2003, p. 138.

⁸³ GOMES. Op. Cit., p. 77: “Dentre as modalidades de aceitação da oferta ao público sem declaração de vontade destinada à conclusão de um contrato, destaca Larenz o ato da utilização efetiva da prestação prometida genericamente, que conduz à constituição da relação contratual, por ele mesmo denominado do comportamento social típico.

⁸⁴ PASQUALOTTO. Op. Cit., p. 43: A declaração de vontade é vista como ato de autodeterminação privada, capaz de produzir efeitos jurídicos. Esses efeitos, porém, podem ser atingidos igualmente por comportamentos concludentes segundo as concepções gerais, destituídos de consciência da declaração, mas animados por uma vontade natural. Tais

Creia-se que, no atual estágio da sociedade, em que, como dito, as relações procedem-se de maneira mais *fluída*, será mais rotineira a formação do vínculo contratual tornar-se concretizada por um comportamento ou um ato conclusivo, posto que o ambiente eletrônico assim induz.

À guisa de conclusão cabe, assim, destacar que, a formação dos contratos engloba, ante o todo exposto neste capítulo, uma seqüência de atos complexos que possibilitam, ao final, o consentimento das partes e, por conseguinte, a celebração do contrato, o que não é diferente na contratação eletrônica, sendo díspare apenas quanto aos meios utilizados.

4. O Consentimento Eletrônico e sua Classificação

Os contratos eletrônicos, como visto, nada mais são do que um novo modelo de contratação, em que as partes utilizam-se dos meios eletrônicos para reunir suas respectivas vontades.

Posta tal prática, pode-se qualificar o consentimento, assim como se fez aos contratos, como eletrônico – consentimento eletrônico.

As variações como se sucedem, nesse segmento – o consentimento –, tornam possível classificá-lo em subespécies, o que se passa a fazer.

4.1. Consentimento Eletrônico Intersistêmico

A prática contratual pode se efetivar por meio de sistemas pré-programados, pelos quais as partes utilizam-se do computador apenas como um ponto convergente de vontades preexistentes.⁸⁵

O ambiente eletrônico serve, assim, para explicar um consentimento já preteritamente consolidado, o qual é executado *a posteriori*.⁸⁶

comportamentos, objetivamente considerados, suscitam a proteção da confiança que para o declarante gera a sua própria declaração, correspondendo a uma vontade negocial.

⁸⁵ BARBAGALO. Erica Brandini. Op. Cit., p. 47.

⁸⁶ BOIAGO JÚNIOR. José Wilson. **Contratação eletrônica: Aspectos jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2010,

O maior exemplo, desta prática, é a utilização do *Electronic Data Interchange* – EDI, como salienta SHEILA DO ROCIO CERCAL SANTOS LEAL, em que se opera:

a troca de dados estandarizados entre sistemas computacionais de informações estruturadas e acordadas previamente pelos usuários (geralmente empresas).

(...)

Com sua utilização permite-se às empresas desenvolver um processo automatizado de dados que gera, transmite, recebe e processa informação comercialmente estruturada, tudo eletronicamente, em substituição aos tradicionais documentos em papel.⁸⁷

Esse tipo de contratação é, normalmente, utilizada entre empresas para relações comerciais de atacado,⁸⁸ por serem situações em que os sistemas pré-programados, automaticamente, processam os pedidos de compra e de saída das mercadorias, enviando ainda, a fatura da operação comercial, encerrando, enfim, um verdadeiro “gerenciamento de produção e distribuição dos bens.”⁸⁹

Tal prática, sem dúvida, faz com que a operação comercial seja mais veloz e, ainda, os custos operacionais sejam diminuídos,⁹⁰ tornando-se assim um modelo atrativo de contratação.

À guisa de conclusão, a proposta e aceitação da operação contratual são, não obstante frutos de uma atividade humana pretérita, executadas e levada a efeito por *sistemas computacionais*, razão pela qual, sem dúvida, o consentimento pode ser qualificado como *intersistêmico*.

p. 88: “Nesses contratos, os computadores são apenas utilizados como um ponto para integralizar e convergir as vontades dos contratantes previamente estipuladas, geralmente em contratos escritos, e os agentes limitam-se apenas a executar o que ficou anteriormente pactuado entre ambos.”

⁸⁷ LEAL. Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17.

⁸⁸ *Idem*. Op. Cit., p. 82.

⁸⁹ LIMA. Cíntia Rosa Pereira de. Op. Cit., p. 462.

⁹⁰ BOIAGO JÚNIOR. José Wilson. Op. Cit., p. 89.

4.2. Consentimento Eletrônico Interpessoal

Neste modelo de contratação o ambiente eletrônico não é utilizado como “forma de comunicação de vontade já concebida”,⁹¹ mas como um meio para que as partes interajam e acabem por formar o consentimento contratual.

O vínculo contratual não é “lacrado” ou executado pela interação de dois sistemas pré-programados, mas pela própria atuação da vontade humana, sendo que, todo o *iter*⁹² contratual perpetra-se pelos meios eletrônicos e não apenas a sua exteriorização e/ou execução, diferindo-se, portanto, substancialmente, do consentimento eletrônico intersistêmico.

O maior exemplo é a contratação por meio do correio eletrônico, dos *real chats*, ferramentas estas que podem ser utilizadas desde as negociações preliminares à efetiva formulação da proposta e aceitação.

Por assim ser, o consentimento eletrônico é interpessoal, posto que o ambiente eletrônico é manuseado com um meio para a formação do consentimento e, não, apenas, para a sua execução.

4.3. Consentimento Eletrônico Interativo

A contratação, nesta hipótese, deriva de uma interação “entre uma pessoa e um sistema aplicativo previamente programado”⁹³ e, não como abordado alhures, entre os sistemas – consentimento intersistêmico – ou a interação entre duas pessoas.

Na prática, este modelo de contratação funciona como uma oferta ao público, haja vista que o computador oferece continuamente, através da *world wide web*,

⁹¹ BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit., p. 48.

⁹² MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. Op. Cit., p. 44: “Nesse caso, as partes se utilizam dos meios eletrônicos em toda a tratativa do início ao fim, e se o objetivo for também referente ao envio do *software*, até mesmo a execução poderá ser via comunicação eletrônica, embora não seja obrigatória que isso ocorra.”

⁹³ LEAL. Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86

produtos ou serviços a pessoas indeterminadas.⁹⁴

Assim, quem tem interesse no bem ofertado acessa a página eletrônica, seguindo as instruções por ela fornecidas,⁹⁵ estabelecendo a comunicação necessária para o acesso às condições contratuais e, porventura, para a concretização da formação do vínculo contratual.

Como conclui ERICA BRANDINI BARBAGALO:

Dessa forma, através da interação com um sistema computacional, a parte que o acessou tem conhecimento da disposição do proprietário deste sistema em se vincular, originando na pessoa que acessa a vontade de integrar o vínculo. Portanto, o computador interligado à rede, utilizado desse modo, atua como auxiliar no processo de formação de vontade.⁹⁶

Fala-se em auxiliar no processo de formação de vontades, pois, é por meio da aludida interação que o programa computacional irá indicar os campos a serem preenchidos, os dados a serem informados, onde o internauta deve “clicar” para que, enfim, manifeste a sua aceitação.

A um só tempo o programa computacional, portanto, não só exterioriza a vontade de contratar do ofertante, como também, interage com o ofertado para que seja estabelecido o vínculo contratual, razão pela qual só poderia o consentimento, sob análise, ser qualificado como interativo.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou demonstrar como se efetiva a formação e a conclusão dos contratos eletrônicos, tentando trazer aspectos pontuais e peculiares deste novo iter da contratação, mas, sem o preciosismo de esgotar o tema, o qual, vale dizer, tem guarida em nosso ordenamento jurídico, cabendo ao interprete e aplicador da lei, tão somente, amoldar este novo fato social às normas existentes que permitam regrá-lo, notadamente em vista dos princípios contratuais do consensualismo e da confiança.

94 BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit., p. 51: “Esse é o mais peculiar dos modos de contratar via computador. Por esse meio de utilização, uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem, que esta esteja, ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contrato foi efetuado. Esse é o exemplo mais comum de conclusão de contrato via Internet, através do *World Wide Web*, do qual derivam as compras de produtos ou contratação de serviços pela rede de computadores, mediante acesso aos chamados *Web sites*, que se compõem do que se usou denominar “páginas eletrônicas”

95 MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. Op. Cit., p. 4

96 BARBAGALO, Erica Brandini. Op. Cit. p. 51

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceito, Fontes e Formação**. Coimbra: Almedina, 2008.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato – Teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato Eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Barueri: Manole, 2004.
- ASSIS, Araken de. **Comentários ao código civil brasileiro, v. 5: do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de rede de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2000.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. **Contratação eletrônica: Aspectos jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. São Paulo: Saraiva: 2009.
- FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos Contratos em Geral**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): - Um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, v. 3: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil. v. III. Fontes das obrigações: contratos**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964.
- LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MALHEIROS, Clóvis Veiga Laranjeira. **Comércio Eletrônico no Âmbito do Direito do Consumidor**. Tese (Mestrado), Faculdade Autônoma de Direito. São Paulo: FADISP-SP, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NUNES, Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PASQUALOTTO, Alberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- PIZARRO, Sebastião Nóbrega. **Comércio Electrónico: Contratos Electrónico e Informáticos**. Coimbra: Almedina, 2005.
- RIBEIRO, Luciana Antonini. **Contratos Eletrônicos**. Tese (Mestrado), Universidade de São Paulo Faculdade de Direito. São Paulo: USP-SP, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. **Proteção dos consumidores nos contratos celebrados via internet**. *In: Direito dos Contratos II*. Org. JABUR, Gilberto Haddad. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SOBRINHO, Mário de Camargo. *In: Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). CHINELATTO, Silmara Juny (Coord.). 3. ed. Barueri: Manole, 2010.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.