

CONTRATOS DIGITAIS OU ELETRÔNICOS: APENAS UM MEIO OU UMA NOVA MODALIDADE CONTRATUAL?

E-contracts: just a simple shift from paper to electronic form or an entire new
contractual model?

Revista dos Tribunais | vol. 966/2016 | p. 21 - 40 | Abr / 2016
DTR\2016\4807

Patricia Peck Garrido Pinheiro

Doutoranda em Direito Internacional pela USP. Especialista em Negócios pela Harvard Business School. MBA em Marketing pela Madia Marketing School. Curso em Gestão de Riscos pela Fundação Dom Cabral. Advogada. patricia.peck@pppadvogados.com.br

Área do Direito: Civil

Resumo: Com o uso de novas tecnologias e o surgimento da "Internet das coisas", que fez crescer as relações contratuais através de interfaces digitais, onde muitas vezes são até as máquinas que manifestam a vontade de contratar, gerando obrigações entre elas e para seus usuários ou proprietários, os contratos eletrônicos começaram a assumir novas características, muito além do que apenas a migração do papel para o suporte digital. Junto com a evolução da forma, acompanhou também a transformação de alguns conceitos, como o de testemunha, que passou a ser a máquina, a possibilidade de gerar a geolocalização da contratação, a certeza do momento no tempo, entre outras características que trazem mais segurança jurídica e afastam o repúdio de autoria.

O presente artigo visa apresentar uma análise da evolução desde os contratos em papel com a assinatura manuscrita até os contratos totalmente digitais com assinatura biométrica, o que mudou nos contratos e como isso vem sendo aplicado e como tomar proveito de uma nova era de contratos totalmente digitais.

Palavras-chave: Contratos eletrônicos - Assinatura digital - Assinatura biométrica - Assinatura digitalizada - Validade jurídica contratos - Internet das coisas - Contratos intersistêmicos - Contratação eletrônica - Negócio jurídico digital.

Abstract: The present article focus to address an important issue of the Digital Society related to the necessity to give effectiveness to electronic contracts and how it is shifting to a total digital model. With the Internet of Things (IoT), the contractual relationships are changing and the machines are becoming the parts and the witness of the agreement, creating obligations among its owners and users. This kind of paperless contracts are a new form of contract? What are the differences that this legal innovation is bringing to the business world? How to be prepared to take advantage of this digital contracts Era?

Keywords: Electronic contracts - Digital signature - Biometric signature - Internet of things - Iot intersystem contracts - Digital business - Electronic form of agreement.

Sumário:

Primeiramente, quando iniciamos qualquer estudo sobre contratos, por muitas vezes nos deparamos com uma questão fundamental: qual a verdadeira natureza do contrato?

Esta pergunta merece nossa atenção pelo fato de que a investigação sobre o que de fato consiste um contrato permite entender a transformação pela qual o mesmo vem passando em todo o mundo.

Claramente, é inquestionável afirmar que todo contrato nasce de uma manifestação de vontade, que por muito tempo se associou com a própria origem da obrigação. Mas será que esta premissa ainda persiste?

Ou seja, em plena era digital, podemos continuar a sustentar que o contrato para ser válido precisa atender necessariamente aos requisitos do negócio jurídico,¹ quais sejam: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei? E como fica o fenômeno da tipicidade social, que está implica na existência de um contrato sem negócio jurídico a ele relacionado?²

Há ainda doutrinadores contemporâneos que defendem inclusive que já vivemos a "morte" dos contratos como os conhecemos, a exemplo da obra clássica de Grant Gilmore,³ bem como retratam o seu ressurgimento com novas características mais adaptadas à realidade socioeconômica atual, em um contexto de globalização e eliminação de fronteiras físicas entre os Estados.

Mas se o contrato, de forma bem simples, é o meio jurídico criado para não apenas representar uma obrigação, mas permitir exigir legalmente sua executividade, o que seria então uma obrigação?

A obrigação no Direito Moderno é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor e deve cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para a satisfação do seu interesse ou exigir seu cumprimento ou, ainda, ser ressarcido pelos danos decorrentes do seu não cumprimento.

Este conceito de obrigação está presente em qualquer contrato, pois sempre haverá um credor no aguardo do cumprimento, pelo devedor, de uma prestação jurídica (de dar, fazer, ou não fazer) alguma coisa, no interesse daquele que tem como garantira dessa execução o patrimônio do mesmo devedor.

Este princípio foi recepcionado pelo Direito Brasileiro⁴ e o mesmo ocorre no Direito Italiano, onde, o contrato seria o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial.⁵

Logo, todo contrato embarcaria uma obrigação, mas nem toda obrigação seria sempre um contrato, assim como nem todo pacto recebe guarida jurídica. O pacto passa a ter força de contrato quando permite a parte cumpridora de sua obrigação o direito de exigir a contraprestação da outra parte e não simplesmente a indenização pelos danos sofridos (actio de dolo). Para que isso ocorra ele deve preencher requisitos formais tidos como essenciais.

Pela teoria geral do contrato na perspectiva legislativa, não diferindo muito daquela adotada pelo Direito Francês e pelo Direito Alemão, e que é aplicada na grande maioria das Escolas de Direito do Brasil, compreende-se que o contrato seja constituído por duas declarações de vontade, e que, pelo menos, encontrem-se e coincidam: uma é formulada por uma proposta (Código Civil (LGL\2002\400)) ou oferta (Código Defesa Consumidor); e a outra pela aceitação e o consentimento.

Desse modo, o contrato somente poderá ser alcançado quando abranger seus três aspectos: a) acordo sobre a existência e natureza do contrato; se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há; b) acordo sobre o objeto do contrato; se as partes divergem a seu respeito, não pode haver contrato válido; c) acordo sobre as cláusulas que o compõem: se a divergência campeia em ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato.

Neste sentido, as espécies de declarações de vontade poderiam ser assim classificadas: a) declaração da vontade expressa (realiza-se por meio da palavra, falada ou escrita, de gestos, sinais ou mímicas); b) declaração da vontade tácita (revelada pelo comportamento).⁶

Mas veremos que na evolução dos contratos, a tecnologia passou a interferir um pouco nestes princípios ao ponto de construir um novo formato, que subverte as premissas aqui apontadas assim como a estrutura tradicional do contrato, principalmente se do

mesmo surgir um título de crédito capaz de circular o direito a um valor (riqueza) independente inclusive da obrigação que a originou.

Portanto, observamos que já é possível que o Judiciário brasileiro tenha que enfrentar situações de cobrança ou execução contratual onde a manifestação de vontade ocorreu por um sistema (e não um ser humano), a testemunha humana dos fatos é uma máquina, o suporte daquela obrigação é digital ou eletrônico e não mais um meio físico (seja papel ou outro), descaracterizando o conceito de cártula, o local de celebração foi determinado por geolocalização e a data está registrada com um "log"⁷ de tempo certificado pela hora legal brasileira do observatório nacional, a assinatura não é mais uma firma manuscrita mas uma solução de autenticação, onde a identidade das partes é determinada seja por um login com senha, um certificado digital ou mesmo a própria biometria.

Ou seja, será que é realmente essencial que a testemunha seja um ser humano para que um contrato possa ser um título executivo? Ou o conceito de testemunha está mudando? E pode uma máquina receber poderes para contratar em nome de seu usuário, como acontece com a solução do sistema "Sem Parar"?⁸

O que terá mais força em uma discussão judicial, a informação por geolocalização,⁹ hoje muito mais comum e acessível, já que quase todo aplicativo que se instala em um celular consegue embarcar este dado como um atributo simultâneo à manifestação de vontade, como ocorre quando se usa um serviço como, por exemplo, o do "Easy Taxi"¹⁰ ou o local escrito no documento? Qual dos dois traz mais garantia de veracidade do ponto de vista técnico e deveria então prevalecer na análise jurídica da relação?

Por tudo isso, Juliana Pedreira da Silva, em sua obra "Contratos sem negócio jurídico" propõe a revisão do conceito de contrato, propondo que o mesmo deveria passar a ter a seguinte definição: "o contrato é a própria atividade econômica deflagrada entre dois ou mais centro de interesses, baseada ou não em negócio jurídico".

Estas questões crescem de importância quando saímos da seara dos contratos empresariais e adentramos os contratos existenciais? As relações de consumo, de massa, e adicionamos características unilaterais, como os contratos de adesão. E o que está impulsionando toda esta mudança? O que sempre impulsionou, a necessidade de crescimento econômico e o surgimento de novos tipos de mercados e negócios.

Por isso, o tema aqui em discussão é atual e de suma importância, bem como merece ser mais bem estudado, pois, afinal, os contratos digitais, ou também chamados eletrônicos, representam apenas a mudança do meio, que deixa de ser físico ou em papel, ou se de fato são uma nova modalidade dentro dos contratos atípicos. Ou, ainda, será que são uma outra coisa, um novo instituto, alguém que vá além do próprio conceito de contrato?

Para responder a esta questão, devemos voltar à análise do que são os contratos atípicos. Ou melhor, o que são os contratos típicos? A origem do conceito vem do termo latino *typus* que significa tipo, modelo, molde, forma, o que foi forjado. *Typus* vem do grego verbo *typto* (forjar).

De modo indireto, os contratos atípicos ou inominados seriam aqueles que não pertencem aos tipos, que possuem disciplina particular, desde que realizem interesses mercedores de proteção pelo ordenamento jurídico.

Segundo Angelo Piraino Leto o contrato típico seria "contrato que se insere em uma figura que tem uma disciplina legal particular e atípico seria aquele que tem uma causa nova e diversa, relativamente ao disciplinado pela lei".

Nos contratos atípicos, o regulamento contratual resulta da vontade das partes, evidenciando o binômio autonomia privada-responsabilidade contratual.¹¹ Desse modo, os contratos atípicos devem ser interpretados de acordo com a autonomia contratual,

como uma unidade vinculada à causa objetiva, declarada pelos contratantes, que determina o regulamento aplicável ao contrato individualmente considerado.¹²

Os contratos atípicos seriam, portanto, uma evolução dos contratos onde o fator preponderante é a liberdade de contratar que atingiu seu apogeu no século XIX, com o princípio da autonomia da vontade.

A força contratual nasce, justamente, do poder de uma das partes de exigir da outra o implemento de uma obrigação, desde que tenha cumprido a sua.

Nos contratos atípicos, por não haver regulamentação legal específica, as partes devem acautelar-se na fixação das normas contratuais (cláusulas), desde que estas não contrariem os princípios gerais do direito (a ninguém lesar, dar a cada um o que é seu, viver honestamente etc.), os bons costumes e as normas de ordem pública.

Entende-se por liberdade de contratar quando qualquer pessoa pode optar por celebrar ou não um contrato. Entretanto, esta liberdade fica limitada por numerosas proibições legais, dentre elas normas de ordem pública e de bons costumes, além da observância a determinadas obrigações legais de contratar, que podem se basear na interdição de discriminação.

Quanto ao conteúdo do contrato, a liberdade permite às partes o poder de escolher livremente o tipo de contrato que elas desejam concluir. Podem mesmo celebrar um contrato atípico, cujo conteúdo tenha sido livremente fixado por elas.

Mesmo se as partes escolhem um modelo de contrato regulamentado pela lei, elas podem retirar algumas regras supletivas, assumindo grande relevo a classificação dos contratos em típicos, atípicos e mistos.

Aplica-se, aqui, o princípio do *numerus apertus*, diametralmente oposto daquele que vigora no Direito das Coisas, do *numerus clausus*.

A liberdade de forma significa que, em princípio, o contrato não está preso a formalidades para a sua validade, isto é, não está submetido às condições de formas particulares, pois vigora o princípio do consensualismo, pelo qual se compreende que um simples acordo oral pode ser suficiente.

No entanto, em muitas hipóteses, a lei exige o respeito a algumas formalidades que poderão ser usadas como prova, ou mesmo para prevenir comportamentos desleais da outra parte. Para Paul Esmein, "as restrições à liberdade contratual resultam de disposições legais específicas para evitar convenções contrárias à ordem pública e aos bons costumes".

Portanto, prevalece nos contratos atípicos também os princípios da autodisciplina dos contratos, da equidade e do *pacta sunt servanda*, que traz a força obrigatória do contrato dentro dos limites da lei.

Devido a toda esta peculiaridade dos contratos atípicos, desenvolveram-se métodos para apoiar a sua interpretação, que podem ter critérios igualmente baseados na regulamentação típica dos contratos, o que permitiria, no entanto, questionar a atipicidade dos contratos mistos:¹³ a) método da absorção: atribui ao contrato atípico a disciplina do tipo dominante na parte que lhe for aplicável e trata a parte não correspondente como cláusula acessória, a ser interpretada de acordo com os princípios gerais;¹⁴ b) método da combinação, pelo qual a disciplina dos contratos mistos será identificada por meio da "combinação" de elementos e de preceitos legais originários de diferentes tipos contratuais.

Além disso, foram desenvolvidos critérios próprios dos contratos atípicos, tais como: a) o método da analogia: prestações dos diferentes tipos contratuais como organismos autônomos, pelo que a disciplina dos contratos típicos só poderá ser aplicada aos contratos atípicos por analogia, com adaptação dos preceitos à realidade do contrato

atípico;¹⁵ b) o método da criação onde se estabelece uma solução concreta específica para os contratos mistos, por meio da interpretação integradora, com base nos princípios, nas cláusulas gerais e "standards", tais como a boa-fé, a equidade ou a diligência do bonus pater familiae,¹⁶ considerando, portanto, a função econômico-social pretendida pelas partes.

Desse modo, podemos verificar que a disciplina dos contratos atípicos permite a contínua expansão e aperfeiçoamento dos contratos, podendo, eventualmente, de tempos em tempos, trazer alguma nova forma atípica para o âmbito dos contratos típicos, o que ocorre quando o mesmo passa a ser regulamentado por lei.¹⁷

Logo, com o crescimento dos contratos atípicos, os mesmos também passaram a se subdividir, sendo que no Brasil se destaca a classificação feita por Orlando Gomes: No Brasil destaca-se a classificação de Orlando Gomes dividindo-os essencialmente em a) atípicos propriamente ditos e b) atípicos mistos.

É uma tarefa árdua e complexa fazer uma sistematização dos contratos atípicos. Atualmente, é difícil dizer com precisão se se trata de figura contratual típica ou atípica, dadas as variações inúmeras no campo contratual e a falta de regulamentação específica de certas situações na lei.

O que se discute é se a lei deveria fixar moldes gerais para os contratos atípicos, a fim de que a liberdade privada não vá além de seus limites.

No entendimento de Darcy Bessone "mera comodidade de expressão para a distinção entre os contratos especialmente denominados pela lei e aqueles que, não previstos pelo legislador e fundados no princípio da liberdade das convenções, não tenham disciplina legal particular".

Já Caio Mário entende que a importância prática da classificação não pode ser negada, e diz que "todos os contratos produzem efeitos, são revestidos de ação e geram direitos e obrigações. Não obstante isso, ainda sobreviveu a classificação dos contratos nominados e inominados".

Pondera Arnold Wald "a atual tendência do direito para uma maior interferência nos contratos visa a ampla proteção para o elemento economicamente fraco, não pretendo, todavia, reduzir ou limitar o número de contratos inominados e a liberdade que os contratantes têm de criar novos tipos de contratos".

Por outro lado, Álvaro Villaza prefere localizar os contratos atípicos usando o critério da análise das prestações que os compõem (dar, fazer, não fazer). Assim, ele assevera que mesmo quando há prestações típicas, pode ser caso de contrato atípico misto. A questão é verificar se os negócios formam uma unidade obrigacional indivisível, onde as partes, ao contratarem, quiseram o todo da contratação.

Com isso, a teoria da atipicidade contratual envolveria uma equação onde a soma de um elemento típico com outro elemento atípico tornaria o contrato atípico, visto que seus elementos são indivisíveis.

A lei poderia regular pelo menos o que já é conhecido pelos costumes e pela jurisprudência, assim como tem o papel de garantir maior respeito à dignidade humana e evitar o enriquecimento indevido, sem causa.

Sobre a questão da regulamentação dos contratos atípicos, sua importância consiste na fixação expressa ex lege do seu conceito, princípios gerais que os informam, princípios da liberdade contratual com as limitações específicas respectivas.¹⁸

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato,

como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

O que seriam os contratos digitais ou eletrônicos? Podemos dizer que o nascedouro da aceitação jurídica dos contratos celebrados por via eletrônica ocorreu com a Lei Modelo da Uncitral,¹⁹ de 1996, que em seu art. 5.º. disse o seguinte: "não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica".

A mesma lei tratou ainda em seu art. 11 sobre a formação e validade dos contratos, onde "salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação".

Sendo assim, considerando a classificação contemporânea dos contratos atípicos, os contratos eletrônicos seriam uma modalidade de contrato atípico.

Para Lorenzetti, o contrato eletrônico traduz uma transação eletrônica em que as declarações de vontade se manifestam por meios eletrônicos, por computador, podendo ser, inclusive, manifestadas automaticamente por um computador (sistema informático automatizado), ou mediante a oferta pública em um site e a aceitação pelo consumidor através de um click.

Na visão de Maria Eugênia Finkelstein, "o contrato eletrônico é caracterizado por empregar meio eletrônico para sua celebração" ou ainda, "o contrato eletrônico, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade e é celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados."

Segue o seguinte julgado na direção de todo o exposto quanto à evolução do contrato eletrônico:

"Não se deve olvidar que o contrato eletrônico é o instrumento para a realização de um negócio jurídico, que não usa o papel, mas é inegável, que é um ato jurídico. Como se sabe, o contrato pode ser definido como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que depende, para sua formação, do encontro de vontades das partes interessadas, gerando para estas, uma norma jurídica individual, reguladora de interesses privados (...). Os contratos eletrônicos não devem ser considerados um novo tipo ou uma nova categoria autônoma de contrato, mas tão-somente uma nova tecnologia de formação contratual. Sob tal perspectiva, não haveria qualquer inovação substancial pertinente aos requisitos de validade dos contratos eletrônicos e à sua aceitação jurídica como meio de prova. (...) Sob este prisma, podemos ter contratos eletrônicos de compra e venda, contratos eletrônicos de mútuo, contratos eletrônicos de comodato, contratos eletrônicos de prestação de serviço, dentre outros, desde que sejam celebrados por meio de uma rede de computadores. Na espécie, o banco apelante insiste na impossibilidade material do cumprimento da obrigação, ante a inexistência de contrato físico assinado pela mutuante. (...) Embora a relação contratual tenha sido estabelecida eletronicamente, o contrato físico não é o único instrumento capaz de comprovar a existência de uma relação jurídica e a validade negocial existente entre as partes. Cumpre lembrar que os contratos eletrônicos realizados por meio da internet devem possuir preferencialmente certos requisitos para serem válidos ou para que eles possam ser usados como prova, esses são: a certificação eletrônica, assinatura digital, autenticação eletrônica, para manter a autenticidade e integridade do documento, conforme o meio que foi utilizado

para realização do mesmo. Considerando-se a inexistência de normas específicas que particularmente disciplinem os documentos gerados e armazenados em meio eletrônico, e diante dos princípios da livre persuasão racional do juiz e da liberdade de forma, é certo que os documentos eletrônicos, num primeiro momento, têm amparo legal e doutrinário para serem admitidos como meios de prova lícitos, consubstanciando-se, tão-somente, numa forma probatória não especificamente elencada no Código de Processo Civil, mas amparada por seu art. 332 do CPC (LGL\2015\1656). Assim, o banco apelante para comprovar a validade do contrato eletrônico firmado, poderá se utilizar de todos os meios de provas admitidos em direito, em eventual litígio, pois esses meios são lícitos, moralmente legítimos, respeitando os requisitos legais necessários, podendo a parte se valer do disposto nos arts. 212, 219, 222 e 225 do CC e nos arts. 363, 374, 375 e 383 do CPC (LGL\2015\1656) para corroborar a existência do contrato firmado eletronicamente" (TJSP, Ap 0027833-36.2013.8.26.0196, j. 28.05.2014, rel. Des. Spencer Almeida Ferreira).

Mas, os contratos eletrônicos, após o advento da internet, passaram a ter uma dimensão muito mais ampla, alcançando características novas, fazendo surgir a categoria dos contratos telemáticos.

O contrato telemático (reúne telecomunicações e informática) apresenta todos os mesmos elementos essenciais, quais sejam, o acordo de vontades, o objeto e a forma (algumas legislações prescrevem a causa como outro elemento essencial, como o faz a lei espanhola, mas assim não o faz a lei brasileira).

Para muitos o contrato telemático não encerra nova espécie ou classe de contrato, mas apenas resume o meio pelo qual as declarações de vontade formadoras do contrato se manifestam.

Segundo Newton de Lucca, "contrato telemático, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem, o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração".

Sendo assim, todos os tipos contratuais podem se formar em meio telemático, excluindo-se apenas os contratos que a lei prescreve forma especial (contratos solenes), como salienta Maria Eugênia R. Finkelstein.

Mas os contratos telemáticos continuaram se transformando e gerando novas formas, como os contratos telemáticos instantâneos ou online que são aqueles em que, ainda que distantes fisicamente as partes contratantes, o elemento de distância física é relativizado pelo elemento tempo, já que os meios telemáticos permitem que proponente e aceitante conheçam a vontade manifesta de cada um em um mesmo instante ou com uma diferença ínfima de tempo, como se dá nas contratações por telefone, por teleconferência, por videoconferência, por MSN, por exemplo. Essas contratações são consideradas entre presentes justamente pela ausência de espaço temporal, ainda que ausentes, fisicamente, os contratantes.

Há ainda os contratos telemáticos à distância ou off-line, que são aqueles firmados por meios telemáticos que não permitem o imediato conhecimento da manifestação de vontade de uma parte contratante pelo outro contratante. São exemplos os contratos firmados em sites disponíveis na Internet e por e-mail, já que tais meios telemáticos não permitem saber se a parte contratante está conectada no exato momento da manifestação de vontade.

E começaram a surgir os contratos telemáticos desumanizados ou intersistêmicos (conhecidos pela sigla EDI - Eletronic Data Interchange) que consistem em negociações contratuais firmadas remotamente, ou seja, as manifestações de vontade dos contratantes perfazem-se por comandos eletrônicos e computacionais, sem o comando da parte contratante.

A intervenção do homem dá-se em momento pretérito, ou seja, quando da eleição do

EDI para a formalização dos contratos telemáticos, o que se opera, via de regra, por contrato escrito, no qual as partes detalham o sistema de EDI eleito, e todas as funcionalidades operacionais e de segurança a serem seguidas para as contratações que se operaram de forma eletrônica remota após a adoção do EDI, vide julgado abaixo, que envolveu sistemas como o "Via Fácil" e o "Sem Parar".

"Termo de adesão ao sistema 'sem parar', acompanhado dos extratos de passagens dos veículos cadastrados. Ônus da prova. Prova de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor titular do cheque que instrui a demanda. Alegada falta de prova quanto à efetiva utilização dos serviços. Impugnação aos extratos que não se verificou oportunamente e nem é feita de satisfatoriamente neste processo Inteligência do art. 333, II, do CPC (LGL\2015\1656) (...). A Apelada ajuizou a ação monitória de origem, que veio instruída no Termo de Adesão ao Sistema 'Sem Parar' e nos extratos indicativos dos dias, horas exatas e locais em que os veículos autorizados pela Recorrente teriam passado pelas barreiras de pedágio contendo o sistema contratado (cf. f.). De fato, pelo que se depreende da avença, haveria a instalação do dispositivo denominado 'TAG' nos veículos de propriedade da Apelante, os quais foram expressamente autorizados por ela quando da assinatura da avença. Após tal providência competiria à Recorrida 'emitir e enviar ao usuário, via correio ou correio eletrônico (e-mail), mensalmente, extratos com a discriminação das passagens realizadas e os valores das transações devidas' (cláusula 5, item iii, f.). Deste modo, o procedimento adotado na avença estava expresso no contrato, de forma inequívoca e sem obscuridade. Tal proceder viabiliza à Apelante que, ao tempo oportuno, ofereça impugnação aos extratos informados apresentando eventual divergência e questionando os valores indicados, o que, em relação aos extratos que embasam a monitória, não se verificou" (TJSP, Ap 9135012-18.2009.8.26.0000, j. 27.05.2014, rel. Des. Nelson Jorge Júnior).

No entanto, com o uso de novas tecnologias e o surgimento da "internet das coisas", que fez crescer as relações contratuais intersistêmicas, onde máquinas manifestam a vontade de contratar perante outra, gerando obrigações entre elas, os contratos telemáticos evoluíram para um novo conceito, chamado de contratos digitais.

Junto com a evolução da forma, acompanhou também a transformação da manifestação de vontade, que assim como a parte que contrata e a testemunha passarão a ser máquinas, o registro desta contratação, mesmo quando por ato humano, também é feito por uma máquina, com a vantagem de se aumentar a segurança jurídica da relação através de uma maior prova de autenticidade (prova de autoria).

Ou seja, com o aprimoramento da técnica, pode-se afastar por completo o risco do repúdio de uma contratação digital, conforme a mesma está evoluindo para o uso da biometria. Mas este avanço ainda depende, no Brasil, de lei, para que se possa atribuir uma identidade digital obrigatória a todo brasileiro, o que vem ocorrendo com o andamento do novo modelo de identidade.²⁰

Segue abaixo uma tabela sobre os tipos de assinatura digitais já aceitas pelo judiciário brasileiro:

Características X Assinatura	Assinatura Digital Baseada em ICP-Brasil	Assinatura Digital Baseada em não ICP-Brasil	Assinatura Digital Biométrica - Manuscrita
Dispositivo legal	MedProv 2.200-2 de 2001, art. 10, § 1.º	MedProv 2.200-2 de 2001, art. 10, § 2.º	MedProv 2.200-2 de 2001, art. 10, § 2.º
Atributos de identificação	Certificados expedidos com tecnologia aprovada pelo ITI.	Nome de usuário e senha; Tokens; Plug-ins instalados em dispositivo digital; Certificados	Coordenadas horizontais, verticais e de altura da caneta; Velocidade; Aceleração; Tempo;

Contratos digitais ou eletrônicos: apenas um meio ou uma nova modalidade contratual?

		expedidos por autoridades independentes.	Força exercida na ponta da caneta; Troca de estado da ponta da caneta; Inclinação da caneta em relação aos eixos X e Y; Azimute da caneta; Elevação da caneta.
Metodologia para aplicação definida	Deliberações do Comitê Gestor da ICP-Brasil	ISO/IEC 27002:2013; ISO/IEC 27005:2011.	ISO 19092:2008; ISO 19092:2008; ISO/IEC 29109-7:2011; ISO/IEC 19794-7:2014; ISO/IEC 19794-11:2014.
Efeito jurídico produzido	Contra terceiros	Entre partes	Entre partes

A questão da aceitação da assinatura digital como manifestação de vontade plenamente válida, inclusive quando coletada de testemunhas, fiadores e avalistas é essencial para garantir que os contratos eletrônicos tenham pela eficácia como títulos executivos completos. É o que começou a entender o judiciário nacional também:

"Processual civil. Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Contrato eletrônico. Assinatura digital. Validade. Inclusão do fiador após a citação do executado. Possibilidade. Art. 264 do CPC (LGL\2015\1656). Inaplicabilidade.

In casu, não merecem prosperar as alegações do excipiente de ausência de assinatura de duas testemunhas no contrato objeto da presente execução, bem como a indevida inclusão de seu nome no polo passivo, após a citação da principal devedora. A uma, porque conforme se infere do documento de f., o contrato foi assinado por testemunhas, ainda que se trate de assinatura digital; convém ressaltar que em razão das inovações eletrônicas, a forma do contrato pode ser diferente, mas não descaracteriza sua essência; a duas, porque não sendo localizados bens do executado passíveis de penhora, caberá ao fiador responder pela dívida, nos termos do contrato pactuado entre as partes. No que concerne à assinatura por duas testemunhas, a decisão agravada merece prosperar por seus próprios fundamentos. Consoante previsão do item 5.1 do instrumento contratual, 'a contratação de financiamento no âmbito do Programa Juro Zero será formalizada eletronicamente, com a utilização de assinatura digital da empresa, da FINEP e de testemunhas, no Formulário de Solicitação de Financiamento, o qual será também assinado digitalmente pelo Parceiro, na qualidade de Interveniente Anuente' (f.). O documento de f. representa o próprio formulário de solicitação referido na cláusula contratual, não havendo que se falar na apresentação de um segundo contrato, como alegado pelo recorrente, com a assinatura de duas testemunhas, nos termos do art. 585, II, do CPC (LGL\2015\1656). Destaque-se, ainda, que a possibilidade de assinatura eletrônica encontra-se prevista no art. 10 da MedProv 2.200-02, in verbis: 'Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1.º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do § 2.º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a

quem for oposto o documento" (TRF-2.^a Reg., CNJ 0012986-37.2013.4.02.0000, rel. Des. Federal José Antonio Neiva).

Assim, podemos concluir que a liberdade no âmbito contratual revolucionou os meios jurídicos, na história do direito, e continua revolucionando, só que agora com um novo ferramental tecnológico a serviço da evolução humana.

É justamente este novo conceito de contratos digitais que passou a ser analisado no sentido de não ser mais um meio (como no eletrônico ou no telemático), mas uma nova modalidade contratual per se.

Afinal, para que servem os contratos? Para garantir o cumprimento da obrigação acordada, seja pelo adimplemento da mesma ou pelo ressarcimento da outra parte. Ou seja, para diminuir a insegurança jurídica das relações.

No caso dos atípicos, as cláusulas devem ser muito bem feitas, mas a liberdade não é ilimitada.

Independentemente do que o contrato seja, ou venha a se tornar, há um consenso em torno dos princípios que norteiam a sua tutela, quais sejam: a boa-fé, a vedação ao enriquecimento sem causa, o da proteção pela aparência, e alguns mais que possamos identificar como essenciais à tutela de relações éticas e sustentáveis.

Por último, a evolução tecnológica está trazendo mais força jurídica para os contratos, no sentido de geração de provas que incluem até a geolocalização das partes (local de celebração), os logs de tempo (para evitar adulteração do momento de celebração do mesmo), assim como maior certeza de autoria e integridade e que o fato foi devidamente testemunhado, logo ocorreu (só que cada vez mais por máquinas e não por humanos). Tudo isso deverá aumentar sua executividade e não o contrário.

ASCARELLI, Tullio. Contrato misto, negócio indireto, "negotium mixtum cum donatione". Revista dos Tribunais. vol. 952. p. 27. São Paulo: Ed. RT, nov. 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Negócio jurídico - Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Negócio jurídico e declaração negocial (noções gerais e formação da declaração negocial). Tese de Doutorado (Tese para o concurso de Professor Titular de Direito Civil da USP), São Paulo, USP, 1986.

BARCELLOS, Rodrigo. O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais. São Paulo: Atlas, 2009.

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. Jurisdição e lei aplicável na internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quarter Latin, 2008.

BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. Collana: Università Di Camerino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BOBBIO, Norbert. Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRIZ, Jaime Santos. La contratacion privada: sus problemas en el trafico moderno. Madrid: Montecorvo, 1966.

BUCKLAND, W. W. A text book of roman law: from Augustus to Justinian. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2007.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. O futuro do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTO E SILVA, Clovis do. A obrigação como processo. 4. reimp. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DE LUCCA, Newton. Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, 2002. vol. 1.

ESMEIN, Paul. L'obligation et la responsabilité contractuelles. Le droit privé au Millieu du XX Siècle: études offertes a George Ripert. Paris: Libr. Généralde de Droit et de Jurisprudence, 1950. t. 2.

FIUZA, Ricardo. Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2003.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Aspectos jurídicos do comércio eletrônico. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FRADERA, Vera Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM et al (coord.) Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil - Contratos - Teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 4, t. 1.

GARCIA, Enéas Costa. Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

GEHRINGER, Max; LONDON, Jack. Odisseia digital. Veja Especial. São Paulo: Editora Abril, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função social do contrato: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 16. ed. Atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

GORDLEY, James. Foundations of private law, property, tort, contract, unjust enrichment . New York: Oxford University Press, 2007.

GUAJARDO-FAJARDO, José Luis Arjona. La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales. Sevilla: Universidade de Sevilla, 1999.

HÄHNCHEN, Susanne. Die causa conditionis: ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual. A chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. Revista do Direito do Consumidor. vol. 93. p. 209. São Paulo: Ed. RT, maio 2014.

HAUPT, Gunter. Teoria das relações contratuais de fato. Conferência de Leipzig, Alemanha, 1941.

LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. 14. ed. München: Beck, 1987. vol. I (Allgemeiner Teil), § 24, II, p. 387.

LARENZ, Karl, Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002.

_____. Derecho de obligaciones. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. vol. 2. p. 29-30.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Revista de Direito da FGV. vol. 2. n. 1. p. 55-64. jan.-jun. 2006.

LETO, Angelo Piraino. I contratti atipici e innominati. Torino: UTET, 1974.

LIMA, Cíntia Rosa P. Da formação do contrato em face às novas tecnologias: estudo comparado entre Brasil e Canadá. Revista da Faculdade de Direito (USP). vol. 104. p. 145-176. 2009.

_____. Contratos eletrônicos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (org.). Direito dos contratos. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 3.

_____; DE LUCCA, Newton; DINIZ, E. S.; LAWSON, P.; FINE, T.; HIRATA, A.; DIAS, André Gonçalves Pereira; MARCACINI, Antônio Augusto; ARAUJO, B. S. R.; ANDRADE, F. P. C.; ESTRADA, M. M. P.; VASCONCELOS, R. C.; VIANA, R. G. C. Estudos avançados em direito digital. São Paulo: Campus Elsevier, 2014. vol. 1.

LÓPEZ, V. Carrascosa et al. La contratación informática: el nuevo horizonte contractual - Los contratos electrónicos e informáticos. 3. ed. Granada: Comares, 2000.

LORENZEN, ERNEST G. Causa and consideration in the law of contracts. The Yale Law Journal. vol. 28. n. 7. p. 621-646. may 1919. The Yale Law Journal Company. Disponível em: [www.jstor.org/stable/786772]. Acesso em: 17.03.2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 1998.

_____. Comércio eletrônico. São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. Tratado de los contratos. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2000. t. III.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A representação no negócio jurídico. São Paulo: Ed. RT, 2001.

MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva: 1995.

MARQUES, Maria Beatriz Loureiro de Andrade. Novas figuras contratuais. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2005.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. Tratado de direito civil português. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. I.

MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere. Tomo Primo. Milano: Giuffrè, 1973.

NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José. Direito civil: teoria geral, ações e fatos jurídicos. 2. ed. São

Paulo: Saraiva, 2010. vol. 2.

_____. Direito civil: teoria geral, relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 3.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. O problema na importação de conceitos jurídicos. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-ago-08/direito-comparado-inadequada-importacao-institutos-juridicos-pais]. Acesso em: 04.05.2015.

ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. Ana Coimbra e Manuel Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. Diritto privato. 4. ed. G. Torino: Giappichelli, 2014.

ROQUE, José Sebastião. Direito contratual civil-mercantil. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2003.

SARDAS, Letícia. A modelação dos contratos do novo Código Civil. Disponível em: [www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=8c3d4ac7-55f7-42a3-b4d9-097dcfd6053c&groupId=

SCHULZ, Fritz. Principles of Roman Law. London: Oxford University Press, 1956.

SILVA, Juliana Pedreira da. Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato. Prefácio de Gustavo Tepedino. Posfácio de Anderson Scheriber. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa). Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2001. Sob a orientação de Antonio Junqueira de Azevedo.

STADLER, Astrid, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts. Tübingen: Mohr, 1996.

VANZELA, Rafael Domingos Faiardo. O contrato e os direitos reais. São Paulo: Ed. RT, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2009. Coleção Teses de Doutorado.

WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1979.

WINDSCHEID, Bernhard, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf, 1850.

Outros:

[<http://jus.com.br/artigos/5779/os-contratos-atipicos-e-sua-disciplina-no-codigo-civil-de-2002>].

1 Código Civil (LGL\2002\400) Brasileiro - "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III -

forma prescrita ou não defesa em lei".

2 Teoria das relações paracontratuais e da existência de contrato sem negócio jurídico, defendida por doutrinadores como Gunter Haupt, Karl Larenz, Giselda Hironaka e Juliana Pedreira da Silva.

3 Grant Gilmore é professor de Direito da Universidade de Yale autor da obra "The death of contract".

4 Código Civil (LGL\2002\400) Brasileiro - "Art. 476. Nenhuma das partes que contrata poderá exigir o cumprimento obrigacional da outra, se não cumprir sua obrigação".

5 Código Civil (LGL\2002\400) Italiano de 1942 - Art. 1.321.

6 Código Civil (LGL\2002\400) Brasileiro - Arts. 322, 323 e 324.

7 Em computação, log de dados é uma expressão utilizada para descrever o processo de registro de eventos relevantes num sistema computacional.

8 Sistema eletrônico de coleta de pedágio em: [www.semparar.com.br].

9 Geolocalização é um processo pelo qual se estabelece o local de onde o usuário está efetuando determinada operação como: triangulação de antenas celulares, localização a partir de um endereço MAC, RFID (identificação de radiofrequência), conexão sem fio, bem como uso de coordenadas de um GPS.

10 Aplicativo para pedir taxi em: [www.easytaxi.com].

11 ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. Ana Coimbra e Manuel Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 126.

12 MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere. Tomo Primo. Milano: Giuffrè, 1973. p. 707.

13 Idem, p. 713.

14 VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 2009. Coleção Teses de Doutorado. p. 235.

15 Idem, p. 241.

16 Idem, p. 243.

17 O novo Código Civil Brasileiro acrescentou nos contratos típicos outros já incrustados em nosso costume jurídico como o contrato estimatório (arts. 534 a 537), de comissão (arts. 693 a 709), de agência e distribuição (arts. 710 a 721), corretagem (arts. 722 a 729) e o de transporte (arts. 730 a 756) - ou seja, deixaram de ser modalidades atípicas e viraram típicos pelo Código Civil de 2002. Além disso, outro exemplo de contrato que era atípico e depois virou típico por lei específica foi o de franquia.

18 AZEVEDO, Álvaro Villaga de. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 182.

19 Disponível em: [www.lawinter.com/1uncitrallawinter.htm].

20 Disponível em:
[http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,dilma-relanca-carteira-de-identidade-unica,1696289].