

**A MODALIDADE DE COMÉRCIO ELETRÔNICO B2B - UMA ABORDAGEM À
LUZ DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**
*E-COMMERCE B2B – NA APPROACH ACCORDING TO
BRAZILIAN PRIVATE LAW*

Lorena Muniz e Castro Lage*

RESUMO: O comércio eletrônico *Business to Business* (B2B) tem como instrumento viabilizador o contrato eletrônico, atípico por escolha legislativa. Assim, através de uma análise empírica com interpretação e abordagem à luz do Direito Civil brasileiro, o presente estudo pretende verificar a compatibilidade do regramento geral das contratações tradicionais aos contratos eletrônicos, abordando questões como a qualificação do contrato eletrônico, o seu modelo de realização, a obrigatoriedade da proposta, o efetivo momento e local de formação destes contratos e o foro para dirimir litígios oriundos desse meio de contratação, a fim de que possam ter a melhor solução diante do caso concreto ocorrido no ambiente virtual.

Palavras-Chave: Contrato eletrônico; Comércio eletrônico; Direito civil; *Business to business*; Litígio.

ABSTRACT: E-commerce Business to Business (B2B) is the enabler electronic atypical contract by Brazilian legislative choice. Through an empirical analysis with interpretation and approach based in Brazilian Civil Law, the present study aims to verify the compatibility of the general rules of traditional contracting to electronic contracts, verifying issues such as the qualification of the electronic contract, the obligation of the proposal, the effective time and place of formation of these contracts and the forum to settle disputes arising from this type of contracts so that they can have the best solution in the concrete case of the virtual environment.

Keywords: Electronic contract; E-commerce; Private law; Business to business; Litigation.

* Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos; pós-graduada em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; bacharela em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva; Advogada inscrita na OAB/MG sob o nº 163.448 e sócia no escritório de advocacia Lage & Oliveira Sociedade de Advogados. Atua nas áreas do Direito Civil, Direito Digital e Direito Empresarial (*startups*, pequenas e médias empresas).

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade o comércio eletrônico através de contratações pela forma eletrônica em ambientes virtuais, tal como através da rede mundial de computadores, tem crescido significativamente diante de um meio de contratação sem limites geográficos e horários definidos para funcionamento, facilitando e permitindo contratações em nível global com grande facilidade.

Diante desse mundo *online*, que facilita o comércio e as respectivas contratações em ambiente virtual, o presente estudo pretende, a partir de uma análise empírica da evolução histórica do comércio eletrônico, analisar e realizar uma abordagem acerca da modalidade de comércio eletrônico *Business to Business* (B2B) à luz do Direito Civil brasileiro.

A compreensão da presente análise depende ainda do entendimento das modalidades de contratações eletrônicas, com foco no B2B, além do entendimento essencial acerca do contrato eletrônico como sendo um instrumento viabilizador das contratações realizadas no ambiente virtual, tanto no modelo *take it or leave it* como no modelo *friendly*, que serão abordadas ao longo deste estudo.

Após o entendimento da sistemática contratual do comércio eletrônico, das contratações eletrônicas entre empresas (B2B), esta modalidade será analisada à luz do Direito Civil brasileiro em aspectos extremamente importantes acerca do seu funcionamento nos ambientes virtuais, quais sejam: a) a qualificação do contrato eletrônico “entre presentes” e “entre ausentes”; b) a obrigatoriedade da proposta; c) momento de formação dos contratos eletrônicos; d) local de formação dos contratos eletrônicos e e) foro para dirimir litígios.

Desta forma, pretende-se com este estudo uma análise das contratações eletrônicas na modalidade B2B à luz do Código Civil, solucionando impasses que surgiram no mundo jurídico diante das contratações realizadas entre empresas no ambiente virtual hodierno.

2. COMÉRCIO ELETRÔNICO

2.1 Breves informações acerca da evolução histórica do comércio

Pelo que se tem notícias, o Comércio teve a sua origem na Idade Antiga quando as civilizações tal como os fenícios, bem lembrada por André Luiz Santa Cruz Ramos (2006), ainda em 3.000 a.C., necessitaram evoluir para sobreviver, passando a não mais somente

cultivar e viver do que produziam em locais de terras inférteis, destacando-se na realização da atividade mercantil, principalmente marítima. Assim, surgiu a economia de escambo, a partir da necessidade das civilizações antigas de trocar produtos por outros produtos.

Na Idade Média o comércio evolui na sua forma de realização, deixando de ser algo limitado para alguns povos e tornando-se uma realidade de todos. Nesse momento histórico, as civilizações identificam que para a sua própria subsistência e enfrentamento das adversidades necessitarão de outros produtos, produzidos por outros povos.

Rubens Requião (2014) destaca que, após a Idade Média, a economia de escambo evolui para a economia de mercado, momento pelo qual os povos começam a produzir não somente para o seu consumo e subsistência, passando a ter um pensamento evoluído acerca da contraprestação monetária, a fim de aplicá-la a um novo ciclo de produção que melhor lhe interesse.

Raquel Sztajn (2010) destaca que o comércio que está em constante mudança nessa fase histórica inova até a existência da moeda, que passa a ser o símbolo da troca, atualmente conhecida por “compra e venda”.

Importante perceber que, apesar de tão comum nos dias hodiernos, a moeda foi uma inovação à época, alterando todo um ciclo de mercado.

Assim, fica fácil perceber e fazer a transição para o momento mais atual de nossa sociedade, tendo em vista que evoluímos também do pensamento de produção e circulação de bens e serviços exercida de forma organizada pelo empresário individual ou pela sociedade empresária, ampliando-se o seu campo de atuação em virtude das facilidades proporcionadas pelo comércio eletrônico.

O comércio eletrônico vem apenas como recente modalidade mercantil, como meio de inovação e flexibilidade de instrumentos para que o desenvolvimento econômico seja possível, reduzindo-se as suas dificuldades (SZTAJN, 2010).

Na atualidade podemos perceber que em virtude da globalização e da evolução contínua da tecnologia, o ciclo da comercialização passou a existir de forma facilitada através da Rede Mundial de Computadores (Internet), por meio da qual os contratantes têm a oportunidade de ofertar e aceitar rapidamente produtos e serviços à distância.

2.2 O comércio eletrônico como facilitador

O comércio eletrônico é definido pelas transações que são realizadas através de ambientes virtuais, tal como a rede mundial de computadores, ou seja, da realização da oferta e da aceitação, bem como de eventuais negociações e/ou interações *online*.

Fábio Bellote Gomes (2017) dispõe que o desenvolvimento tecnológico característico da atualidade teve implicações diretas para a atividade empresarial que, com o uso em larga escala da rede mundial de computadores, tornou-se fato comum e corriqueiro o oferecimento de produtos e serviços através do meio virtual.

Diante da inovação e conseqüente evolução percebida nos ciclos do comércio, o comércio eletrônico teve o seu início nas inovações e criações tecnológicas, tornando-se um meio facilitador às contratações e à mercantilização.

O Comércio Eletrônico é realizado através de diversos meios eletrônicos, tal como na *Web*, apresentando-se como um campo que permite notável expansão do comércio ante às reduções de dificuldades e entraves do comércio tradicional, possibilitando redução de custos administrativos, redução de prazos entre a distribuição e intermediação, funcionamento em período ilimitado sem a necessidade de interlocução direta entre as partes, a transposição de barreiras nacionais, dentre tantos outros (LAWAND, 2003).

Desse modo, o Comércio Eletrônico existe na atualidade como facilitador, sendo cada vez mais utilizado em virtude da redução de óbices do comércio tradicional, permitindo-se a redução de custos para manutenção e operação de um estabelecimento.

3. MODELOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico é classificado e dividido em modelos de aplicação e transação que definem as possibilidades de negócios ou relacionamentos entre as partes envolvidas no ambiente virtual.

Essa divisão é caracterizada pelos modelos: a) *Business to Business*, identificado pela sigla B2B; b) *Business to Consumer*, identificado pela sigla B2C; c) *Consumer to Consumer*, identificado pela sigla C2C; d) *Consumer to Business*, identificado pela sigla C2B.

Conforme bem destaca Cíntia Lima (2009), uma característica da globalização é a homogeneização de padrões culturais, sendo que esta homogeneização reflete diretamente no predomínio da língua inglesa na linguagem da era digital.

Deste modo, a língua inglesa predomina na internet ante ao desenvolvimento e origem da internet justamente nos Estados Unidos da América, estruturada através de códigos, tais como os ora apontados.

3.1 Do B2B

Precipuamente, para o presente estudo, vamos nos ater à modalidade *Business to Business*, identificada pela sigla B2B.

Acerca do B2B, Fabio Bellote Gomes (2017) define que compreende as negociações realizadas entre agentes econômicos com a finalidade de viabilizar ou aprimorar a sua atividade econômica, tratando-se, portanto, de negócios-meio com intuito de atrair os seus negócios-fim (*Business to Consumer*).

Como bem destaca o professor Carlos Alberto Rorhmann (2005), o B2B não conta com consumidores em qualquer dos seus polos contratuais.

O B2B envolve as contratações realizadas entre empresas dentro de sua própria atividade, sendo diferenciadas por serem realizadas através do meio eletrônico (RORHMANN, 2005).

As transações na modalidade B2B podem ser exemplificadas pelas contratações cotidianas da empresa, tais como compra e venda de produtos, prestação de serviços, busca de novos parceiros, dentre outras.

Nesse sentido, Sheila Leal (2009) dispõe que o B2B é a modalidade responsável por grande volume das transações comerciais eletrônicas, tendo em vista que supre as necessidades de uma empresa ou até mesmo de uma rede de empresas de um mesmo ramo comercial, aplicando-se desde as contratações para matérias-primas até a embalagem final de um produto.

A fim de permitir a operacionalização do B2B, as empresas têm se organizado em sites próprios por meio dos quais se permite a realização das contratações entre agentes econômicos, de acordo com a necessidade da empresa, facilitando e agilizando as contratações internas (LEAL, 2009).

Portanto, podemos definir que, basicamente, o B2B é a modalidade de contratações entre empresas através do ambiente virtual, atualmente utilizando-se da rede mundial de computadores.

3.2 Dos demais modelos

A título de conhecimento e para facilitar o entendimento do próprio B2B, é importante esclarecer alguns pontos dos demais modelos de classificação.

Business to Consumer, identificado pela sigla B2C, identifica as negociações mantidas através do meio virtual entre um agente econômico (fornecedor) para com o seu destinatário final, ou seja, o consumidor (GOMES, 2017).

Já o *Consumer to Consumer*, identificado pela sigla C2C, é compreendido pelas negociações realizadas diretamente entre partes que não possuem o status de agentes econômicos, através de portais de internet (GOMES, 2017).

E, por fim, *Consumer to Business*, identificado pela sigla C2B, é definido pelas negociações inicialmente ofertadas por agentes não econômicos para agentes econômicos.

Os modelos ora apontados classificam os relacionamentos e formas de transação entre as partes que contratam através do comércio eletrônico para conceituação e melhor entendimento das soluções jurídicas aplicáveis a cada situação fática, de acordo com o modelo envolvido na negociação.

4. O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Com a evolução histórica do comércio, a partir de necessidades encontradas em óbices que travavam a realização de contratações, o Comércio Eletrônico surge como alternativa para driblar as adversidades e alcançar maior êxito nas contratações.

A fim de facilitar as contratações que até então eram realizadas tão somente através do meio físico tradicional - telefone, fax ou oralmente - passou-se a realizar as contratações eletrônicas, através da rede mundial de computadores (LEAL, 2009).

Essa nova modalidade contratual, hoje denominada majoritariamente pela doutrina como Contrato Eletrônico, surge para atender aos anseios da sociedade que na atualidade contrata com enorme frequência através desse meio.

Apenas a título de esclarecimento, o Contrato Eletrônico também é conhecido por outras terminologias, dentre as quais contratos virtuais, contratos por computador e contratos *online* (LIMA, 2009).

O Contrato Eletrônico tem adicionado à definição do contrato tradicional a particularidade do seu meio de celebração, como bem conceitua Carlos Alberto Rohrmann

(2005), definindo que o Contrato Eletrônico é o negócio jurídico bilateral que tem o suporte básico para a celebração o meio virtual.

Tal suporte básico é a transmissão eletrônica de dados, por meio da qual a manifestação de vontade das partes envolvidas (oferta, eventual interatividade e/ou negociação e a aceitação) não é realizada através dos meios físicos tradicionais, mas sim através do registro em meio virtual (COELHO, 2012).

Trata-se de contrato atípico, por escolha legislativa, com embasamento legal para a sua celebração o art. 425 do Código Civil que permite às partes a estipulação de contratos atípicos, observadas as normas gerais que regulam a contratação.

Na atualidade podemos destacar dois modelos para a realização das contratações eletrônicas, quais sejam: o modelo *take it or leave it* e o modelo *friendly*.

O primeiro modelo, traduzido na literalidade como “é pegar ou largar”, por meio do qual o proponente deixa uma oferta pública permanente exposta na rede mundial de computadores para ser aceita pelo oblato a qualquer momento, sem a necessidade de negociações preliminares ou maior interatividade, ou quando efetivamente envia uma proposta diretamente ao oblato, mas, no entanto, não permite alterações no que fora proposto.

Este modelo é a opção para a contratação em massa através da rede mundial de computadores, utilizada em larga escala nos dias atuais através de contratos de adesão.

Já o segundo modelo, traduzido na literalidade como “amigável”, é um modelo mais recente, adotado por proponentes que utilizam dos contratos eletrônicos como meio facilitador para as contratações que lhes interessam, mas que ainda assim dispõe de recursos para permitir a interatividade e as negociações preliminares entre o proponente e o oblato, distanciando-se dos contratos massificados de adesão.

Trata-se de modelo recomendado e utilizado por proponentes que se preocupam em chegar a um efetivo acordo com o oblato, evitando-se, ou pelo menos, reduzindo-se futuras discussões desnecessárias acerca de cláusulas e condições contratuais.

Deste modo, seja no modelo de utilização *take it or leave it* ou no *friendly*, o Contrato Eletrônico é o instrumento que materializa e operacionaliza as relações contratuais firmadas em ambientes virtuais.

4.1 Leis aplicáveis às contratações no comércio eletrônico

Ainda existe insegurança acerca das leis aplicáveis às contratações no comércio eletrônico brasileiro, sendo que a doutrina majoritária julga inconcebível em pleno século XXI o Código Civil não tratar do assunto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Existe uma lacuna normativa na legislação brasileira acerca da falta de regulamentação própria à temática, tendo sido opção legislativa deixar a contratação eletrônica como modalidade contratual atípica. Nesse sentido:

Ademais, não se entende como em pleno terceiro milênio a lei civil se omite em enquadrar os contratos formados pela Internet. Ao contrato eletrônico, atípico por escolha legislativa, aplicar-se-á o disposto no art. 425 do Código Civil (ROSENVALD; FARIAS, 2013, p. 74).

O Código Civil permite, através do art. 425, a estipulação de contratos atípicos, tal como o Contrato Eletrônico, determinando-se apenas que sejam observadas as normas gerais fixadas no mesmo diploma legal.

Jorge José Lawand (2003) deixa claro que o meio virtual não cria um espaço alheio ao direito, sendo que as normas legais cabíveis deverão ser aplicadas aos contratos eletrônicos, dentre do que lhes couberem, da mesma forma que a outros negócios jurídicos.

Dessa forma, as avenças através de ambientes virtuais estarão sujeitas a todas as disposições aplicáveis àquela contratação específica, sendo, conforme o caso, a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) ou, em caso de contratos de consumo, a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) (LAWAND, 2003).

Apenas a título de conhecimento, importante ressaltar a existência de internautas filiados a uma corrente denominada “*cybernarchy*”, através da qual sustentam a não regulamentação estatal da internet, defendendo que a internet é dinâmica e interativa, se autorregulando na medida de suas necessidades e conveniências sociais (LIMA, 2009).

Caberá ao operador do Direito, diante do caso concreto, a atualização acerca do aprimoramento e avanço das tecnologias de processamento de dados e jurídica envolvidas (COELHO, 2012) e realizar a análise acerca do processo de contratação *online* para que a aplicação das legislações existentes seja realizada e amoldada ao caso concreto, não extrapolando ou utilizando regramento que não seja cabível dentro dos avanços tecnológicos ocorridos.

5 O B2B À LUZ DO DIREITO CIVIL

Como foi possível depreender na leitura do presente estudo até o momento, a contratação eletrônica ainda é temática recente e atípica, por escolha do legislador.

Com a vigência do Código Civil, os contratos cíveis e empresariais foram regulados sem qualquer distinção em um mesmo diploma legal, o que, em um primeiro momento, pode trazer dificuldades quanto à distinção na aplicação do regramento e base principiológica mais adequada (FINKELSTEIN, 2012).

Maria Eugênia Finkelstein (2012) define que os contratos empresariais são os negócios jurídicos celebrados entre empresas com a finalidade de perseguir a atividade empresária.

Desta forma, a finalidade empresária do contrato formalizado em conjunto com o meio pelo qual ele será realizado, através de ambiente virtual, é que diferenciará os contratos B2B dos demais contratos não empresariais e empresariais.

A lógica dos contratos empresariais difere da lógica aplicável aos contratos não empresariais, ficando a cargo do operador do Direito realizar o estudo do contrato no caso prático, aplicando o Código Civil e/ou as normas comerciais extravagantes, com as adequações necessárias, a fim de que sejam devidamente utilizadas (FINKELSTEIN, 2012).

Diante do que nos é possível, analisaremos a seguir alguns dos pontos jurídicos de maior preocupação nas contratações eletrônicas entre empresas, ou seja, na modalidade B2B, que são aplicáveis à luz do Código Civil brasileiro vigente.

5.1 Qualificação do contrato eletrônico “entre presentes” e “entre ausentes”

Para ser analisado no caso concreto, o contrato eletrônico precisa enfrentar uma qualificação no tocante à sua “presença”, qualificação esta que foi largamente discutida ao longo de sua construção doutrinária, com posições e justificativas muito divergentes.

A grande questão é que, antes dos contratos por telefone, bastava definir se as partes haviam contratado com presença física ou não para definir se eram contratos celebrados “entre presentes” ou “entre ausentes”, aplicando-se as implicações jurídicas cabíveis ao caso, de acordo com a qualificação realizada no caso concreto.

Dessa forma, o Código Civil limitou-se a dispor no inciso I do art. 428 que considera presente, além da pessoa com presença física nas contratações tradicionais, a pessoa que contrata por telefone ou “meio de comunicação semelhante”.

Para alguns autores, tais como Luis Henrique Ventura (2010) e Guilherme Magalhães Martins (2010), a contratação eletrônica não seria um meio de comunicação semelhante ao telefone e, portanto, seria considerada uma forma de contratação entre ausentes.

Por outro lado, outros autores, tais como Flávio Tartuce e Fernanda Tartuce (2004), chegaram a defender que toda contratação realizada no mundo virtual deveria ser considerada “entre presentes” tendo em vista ser um meio semelhante ao telefone, tendo em vista que a informação seria enviada via linha.

Esses entendimentos acabaram por ser superados, ao ser melhor estudado e compreendido pela doutrina que o requisito essencial para as implicações jurídicas de um contrato não seria a presença física ou a forma de envio da informação, mas sim a interatividade.

O que o legislador pretendeu demonstrar através da exemplificação do inciso I do art. 428 foi que através de telefone ou meio de comunicação semelhante, por meio do qual fossem possíveis a interatividade e a instantaneidade na negociação entre as partes, é suprida a necessidade de presença física, já que o objetivo almejado é cumprido.

Antes de ser possível a interatividade em tempo real, de outra forma que não com a presença física entre as partes, era difícil imaginar esse requisito ser cumprido e haver uma contratação com distância física, mas com interatividade e instantaneidade.

O legislador do Código Civil percebeu tal possibilidade de interatividade e instantaneidade através do telefone e, pensando no futuro, nas inovações constantes da sociedade, optou por deixar um rol exemplificativo a fim de não criar óbices aos novos meios de contratação; o que de fato veio a calhar.

Assim defendi em outra oportunidade:

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

Por sua vez, a qualificação do contrato como formado “entre ausentes” ocorrerá quando não se evidenciar a comunicação de forma imediata, faltando a característica da instantaneidade e existindo um lapso temporal entre a proposta e a aceitação. (LAGE; LOPES, 2014).

Dessa forma, podemos inclusive tomar a liberdade de dizer que a melhor expressão, para evitar confusões, não mais é da qualificação “entre presentes” ou “entre ausentes”, mas sim “com interatividade” ou “sem interatividade”.

Por ora, nos resta entender que o contrato eletrônico poderá ser formalizado entre presentes ou entre ausentes, a depender da possibilidade de interação permitida através do efetivo meio no caso concreto.

A título de exemplo, teremos como contratos eletrônicos formados “entre presentes” “com interatividade” através de *Skype*, salas de *Chat* ou *Webcam* e contratos eletrônicos formados “entre ausentes” ou “sem interatividade”, aqueles formados através de correio eletrônico, ofertas públicas permanentes, dentre outros (LAGE; LOPES, 2014).

Vale destacar ainda que existem meios que poderão permitir a interatividade e a instantaneidade ou não; por isso, mais uma vez a expressão “com interatividade” faz mais sentido. Temos como exemplo dessa situação o *Whatsapp*, tendo em vista que a resposta poderá vir com interatividade e instantaneidade (“entre presentes”), como também poderá vir após um lapso temporal (“entre ausentes”).

5.2 Obrigatoriedade da proposta

O art. 427 do Código Civil dispõe que, por regra, a proposta de um contrato obrigará o proponente, excetuando-se “se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

O dispositivo em comento é de suma importância para os contratos eletrônicos, principalmente se considerarmos as ofertas públicas permanentes, tal como exemplificado anteriormente acerca da utilização por empresas de sites próprios através dos quais se permite a realização das contratações entre agentes econômicos, de acordo com a necessidade da empresa, facilitando e agilizando as contratações internas (LEAL, 2009).

Trata-se de proteção daquele que toma conhecimento da proposta exposta na rede mundial de computadores e, de boa-fé, aceita e confia na posterior conclusão do negócio (LEAL, 2009).

O não cumprimento injustificado pelo ofertante da proposta realizada, ainda que por meio de oferta pública permanente, através da rede mundial de computadores, implicará no dever de reparar perdas e danos ao oblato.

O art. 428 do Código Civil complementa esta temática, prevendo que a oferta deixará de ser obrigatória: caso seja feita sem prazo a pessoa “presente” (destaque-se: com interatividade e instantaneidade) e não foi imediatamente aceita; caso seja feita sem prazo a pessoa “ausente” (destaque-se: sem interatividade e instantaneidade), tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; caso seja feita a pessoa “ausente” (destaque-se: sem interatividade e instantaneidade), não tiver sido expedida resposta dentro do prazo dado; ou, por último, caso antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Assim, não sendo contemplado pelo rol dos casos em que uma proposta deixa de ser obrigatória, o proponente ficará obrigado a cumpri-la, nos termos propostos, sob pena de reparação das perdas e danos do oblato.

5.3 Momento de formação dos contratos eletrônicos

Acerca dos contratos eletrônicos realizados “entre presentes”, ou seja, com o cumprimento do requisito da interatividade e instantaneidade, não haverá dúvidas acerca do momento de sua formação, tendo em vista que a aceitação deverá ocorrer imediatamente após a proposta ter sido realizada conforme exposto no tópico anterior, bem como a sua formação será reputada concretizada naquele momento.

O grande problema do momento de formação dos contratos eletrônicos encontra-se na formação dos contratos realizados “entre ausentes”, sem o cumprimento do requisito da interatividade e da instantaneidade.

Como defendi em outra oportunidade, há a necessidade de análise das teorias da Cognição e da Agnição e de suas subteorias para a definição do efetivo momento de formação do contrato eletrônico “entre ausentes” (LAGE; LOPES, 2014).

Leonardo Parentoni (2007) dispõe que a teoria da Cognição pressupõe que o pacto será formado quando o proponente tomar conhecimento da aceitação, não bastando que a aceitação tenha sido recebida pelo proponente, sendo necessário ainda que seja lida pelo mesmo. Trata-se de teoria extremamente insegura e adotada apenas por parte minoritária da doutrina tendo em vista não ser compatível com o meio eletrônico, já que não há como controlar o momento ao qual o proponente irá efetivamente ler a declaração de aceitação recebida pelo oblato, sendo extremamente insegura para o mundo jurídico.

A teoria da Agnição determina que o contrato será formado quando da declaração pelo aceitante concordando com a proposta enviada pelo proponente, sendo que as subteorias quanto ao momento exato dessa declaração, são: da declaração propriamente dita; da expedição; e, da recepção (LAGE; LOPES, 2014).

A subteoria da declaração propriamente dita entende que o contrato será formado quando a declaração no sentido de aceitação for redigida, o que é entendido pela doutrina majoritária como uma precipitação, tendo em vista que a declaração ainda não adentrou no mundo jurídico e ainda não pode produzir efeitos. Thiago Garcia de Menezes Santos (2007) acrescenta ainda que a insegurança jurídica é notória, tendo em vista que caso o oblato redigisse a aceitação e a guardasse em uma gaveta, conforme a subteoria em comento pretende, o contrato estaria formado, entendimento demasiadamente precipitado e perigoso para os efeitos que realizará no mundo jurídico.

A subteoria da expedição pretende que o contrato seja considerado efetivamente formado quando da expedição da declaração de aceitação pelo oblato. Trata-se de mais um entendimento extremamente perigoso para o meio eletrônico, tendo em vista que podem ocorrer intervenções ou interceptações da resposta durante o seu caminho até o recebimento e a devida ciência pelo proponente (LAGE; LOPES, 2014).

Por outro lado, a subteoria da recepção resolve o calcanhar de Aquiles das demais subteorias, definindo que o negócio jurídico será reputado formado, para todos os seus efeitos no mundo jurídico, quando o proponente efetivamente recebe a declaração de aceitação do oblato, ainda que não a leia.

Assim, a teoria para solucionar o efetivo momento de formação dos contratos eletrônicos “entre ausentes” adotada majoritariamente, tal como por Nelson Rosenvald e Cristiano Farias (2013), é a Teoria da Agnição na subteoria da Recepção, definindo que o seu efetivo momento de formação será no momento da recepção pelo proponente da declaração de vontade de aceitação expedida pelo oblato.

5.4 Local de formação dos contratos eletrônicos

O local de formação dos contratos eletrônicos é extremamente discutido ante à possibilidade disponibilizada no ambiente virtual pela rede mundial de computadores ao permitir a contratação em nível global, sem limites geográficos. Este é um fator de suma importância para a aplicação dos efeitos quanto à fixação da competência para o julgamento

dos litígios que surgirão no tocante à lei aplicável, o caráter nacional ou internacional do contrato e a sua interpretação quanto aos usos e costumes do lugar (LAWAND, 2003).

Neste sentido, Sheila Leal (2009) nos relembra que a internet é capaz de ligar pessoas de um lado a outro do planeta, mediante o envio e recepção de mensagens eletrônicas, viabilizando tal contratação em nível global.

No que tange ao Direito Civil, o art. 435 do Código Civil define que o contrato será reputado celebrado no local em que foi proposto.

Ainda, importante citar o art. 9º das Leis de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657 de 1942 que define, para qualificar e reger as obrigações, a lei do país em que constituírem. O parágrafo primeiro do artigo em comento ainda complementa que se destinando a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, esta será observada admitindo-se as peculiaridades de lei estrangeira quanto a requisitos extrínsecos do ato. Já o parágrafo segundo do artigo em comento finaliza a questão definindo que a obrigação resultante do contrato celebrado reputar-se-á constituída no lugar em que residir o proponente, balizando o enunciado do artigo 435 do Código Civil.

Nesse sentido, Érica Barbagalo (2001) bem dispõe que aplicar-se-á o direito interno quando ambas as partes envolvidas na contratação eletrônica residam no Brasil.

Por outro lado, quando uma das partes ou ambas estiverem fora do território nacional será aplicada a determinação do local de formação do contrato disposta no art. 9º, parágrafo segundo da LINDB.

O grande problema acerca desta temática no âmbito do Direito Civil na modalidade B2B é quando as partes não definem o local de celebração do contrato eletrônico, sendo considerado o local onde a legislação aplicável fixar (LAWAND, 2003).

A Lei Modelo da UNCITRAL define no parágrafo 4º do seu art. 15 que caso as partes envolvidas na contratação não concordem de outra forma, a celebração do contrato será considerada como tendo sido emitida no local onde o remetente tenha o seu estabelecimento e recebido no local onde o destinatário tenha o seu. A UNCITRAL complementa ainda que, caso o proponente ou o oblato tenham mais de um estabelecimento, deverá ser considerado aquele que tenha uma relação mais próxima com a operação da empresa, ou, caso não tenha, o seu principal local de negócios. Caso alguma das partes não tenha estabelecimento empresarial, a UNCITRAL complementa que deverá ser levado em consideração o local de residência habitual dos mesmos.

Jorge José Lawand (2003) nos relembra que o lugar não está vinculado com a empresa que disponibiliza o site, nem onde possa ser acessado, mas sim onde a empresa desenvolva a sua atividade econômica e, caso existam vários estabelecimentos, será considerado aquele ao qual se efetivamente preste serviços ou aquele onde o prestador tenha seu centro de atividades.

Assim, o que será importante para a determinação do lugar onde o contrato foi avençado será a averiguação acerca do local do efetivo exercício da atividade econômica, a matriz ou filial da empresa (LAWAND, 2003).

Érica Barbagalo (2001) ressalta que, para maior segurança da relação jurídica avençada através de um contrato eletrônico, o ideal é que as partes estipulem o local de formação do contrato, ou, diante de uma impossibilidade para tal definição, que a proposta enviada expresse indubitavelmente o local de onde partiu.

Portanto, com a estipulação prévia do local de formação em contratos eletrônicos, poderiam ser evitadas discussões e conflitos desnecessários, principalmente no relacionamento B2B, que pode envolver empresas com diversos estabelecimentos.

5.5 Foro para dirimir litígios

A grande dificuldade para a eleição do foro para dirimir os litígios advindos de contratos eletrônicos na modalidade B2B está justamente na dificuldade exposta no tópico anterior, no tocante ao local de formação destes contratos.

As novas tecnologias ensejam uma realidade muito diferente da que estávamos habituados, com novos desafios para o Direito, ante à livre circulação de informação, bens e serviços, desconhecendo os limites fronteiriços geográficos (LIMA, 2009).

Essa nova realidade, como já exposta no presente trabalho, advém da dificuldade em definir algumas questões acerca da globalização através da rede mundial de computadores, dentre elas a dificuldade do aplicador do Direito em definir o foro para dirimir litígios advindos do comércio eletrônico.

Cíntia Lima (2009) nos exemplifica, acerca do fenômeno da desterritorialização, que uma empresa multinacional que distribua seus produtos e serviços através da internet com a finalidade de tentar eliminar eventuais riscos que decorram da possibilidade de vir a ser julgada em países distantes e com legislações diversas, acaba por eleger um único foro para a jurisdição e lei aplicável por meio das cláusulas de eleição de foro e escolha da lei aplicável.

O benefício da modalidade B2B está justamente na possibilidade de se escolher, sem o enorme perigo de interferências posteriores de legislações extremamente protetivas, tais como as consumeristas.

O atual Código de Processo Civil dispõe em seu art. 63 a possibilidade de modificação de competência, elegendo o foro onde deverá ser proposta a ação oriunda de direitos e obrigações, devendo para tanto constar de instrumento escrito e aludir expressamente ao negócio jurídico para o qual tal cláusula do foro de eleição é aplicável.

Não existindo cláusula de eleição de foro, no tocante à modalidade B2B, o inciso III do art. 53 do Código de Processo Civil dispõe que: é competente o foro do lugar de onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica; do lugar onde se acha agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu; do lugar de onde exerce suas atividades para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica; e, do lugar onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento.

Assim, o ideal é que na preparação de contratos bem elaborados na modalidade contratual eletrônica B2B, as partes definam, sem equívocos, o foro de eleição da avença realizada, evitando-se as discussões acerca do local de formação dos contratos, conforme exposto anteriormente, sob pena de reger-se pelo que a legislação dispõe subsidiariamente acerca da temática e dos foros competentes aplicáveis por regra.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser percebido ao longo da presente análise da modalidade de comércio eletrônico *Business to Business* (B2B) à luz do Direito Civil brasileiro, a recente contratação eletrônica entre empresas no meio virtual trouxe, em conjunto com a facilidade das contratações através deste meio, algumas questões que suscitaram dúvidas ao mundo jurídico acerca do seu encaixe ou não nas soluções dos contratos tradicionais.

Assim, pudemos observar que algumas questões das contratações B2B no ambiente virtual, principalmente através da atual rede mundial de computadores, carecem de maior atenção para que sejam amoldadas às regras tradicionais do Código Civil aplicáveis às contratações atípicas, tal como aos contratos eletrônicos.

O contrato eletrônico tornou-se o instrumento do comércio eletrônico, viabilizando a sua realização diante de um ambiente sem fronteiras geográficas, em nível global. Percebe-se, a partir da presente análise empírica, que detalhes como a qualificação do contrato eletrônico,

o seu modelo de realização, o efetivo momento e local de formação destes contratos, a obrigatoriedade da proposta e o foro para dirimir os litígios oriundos desse meio de contratação dependem de uma análise pormenorizada, diante do caso concreto no ambiente virtual para que possam ter a melhor solução.

Conclui-se, portanto, que ao aplicador do Direito e à sociedade, há a necessidade de evolução nos pensamentos acerca dos contratos eletrônicos B2B realizados em ambiente virtual, adequando à realidade deste meio de contratação a fim de que não decorram litígios e judicialização desnecessária da matéria, sendo possível a aplicação da prevenção jurídica também a estes meios, com a devida aplicação do Direito Civil brasileiro aos contratos atípicos realizados em ambiente virtual, entre empresas.

REFERÊNCIAS

- BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2017. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- FINKELSTEIN, M. G.; BRUSCHI, G. G. (coords.). *Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.
- GOMES, Fabio Bellote. *Manual de Direito Empresarial*. 6. ed., Salvador: JusPODIVM, 2017.
- LAGE, Lorena Muniz e Castro; LOPES, Bráulio Lisboa. *O momento de formação do contrato pela via eletrônica*. Revista Letras Jurídicas, n. 3. P. 126-130, set-dez. 2014.
- LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: J. de Oliveira, 2003.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2009.

LEI MODELO DA UNCITRAL. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/lei-modelo-da-uncitral>>. Acesso em: 01 out. 2017

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 de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Documento eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito comercial ou direito empresarial?: Notas sobre a evolução histórica do ius mercatorum*. Revista Virtual da AGU, n. 57. out. 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

SANTOS, Thiago Garcia de Menezes. Do momento da formação do contrato. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano X, n. 41, maio 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1873>. Acesso em: 7 out. 2017.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio; TARTUCE, Fernanda. A proposta celebrada via internet faz com que o contrato eletrônico seja formado entre presentes? *Revista Eletrônica Intelligentia Jurídica*, set. 2004. Seção Bate-Boca. Disponível em:

<http://www.fernandatartuce.com.br/site/artigos/cat_view/38-artigos/43-artigos-da-professora.html>. Acesso em: 30 set. 2017.

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

Encaminhado em 11/10/17

Aprovado em 17/11/17