

# A FORMA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

---

## *THE FORM OF THE ELECTRONIC CONTRACTS*



Assista agora aos  
comentários do autor  
para este artigo

**FABIANO MENKE**

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Kassel (Alemanha). Professor Adjunto de Direito Civil no Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado e árbitro. [fabiano@menkeadvogados.com.br](mailto:fabiano@menkeadvogados.com.br)

Recebido em: 15.06.2020  
Aprovado em: 09.02.2021

**ÁREAS DO DIREITO:** Digital; Civil

**RESUMO:** O estudo objetiva analisar a forma dos contratos eletrônicos, abordando os fundamentos dogmáticos que autorizam a sua celebração, bem como examina o que se denomina "forma eletrônica". Num segundo momento, aborda as vedações à celebração dos contratos eletrônicos, bem como expõe o conceito da denominada forma contratual híbrida. Por fim, aborda a questão relacionada à necessidade de assinatura das testemunhas instrumentárias nos contratos eletrônicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos eletrônicos – Forma – Equivalência funcional – Assinatura eletrônica – Forma híbrida.

**ABSTRACT:** The article aims to study the form of electronic contracts, addressing the legal grounds that authorize its conclusion, as well as the "electronic form". Subsequently, the article approaches the legal prohibitions on the concluding of electronic contracts and discusses the concept of the hybrid contractual form. Finally, it studies the question related to the requirement of subscribing witnesses in electronic contracts.

**KEYWORDS:** Electronic contracts – Form – Functional equivalence – Electronic signature – Hybrid form.

**SUMÁRIO:** Introdução: o contrato eletrônico. 1. Fundamentos dogmáticos autorizadores do contrato eletrônico. 2. A forma eletrônica. 3. A vedação da forma eletrônica. 4. Forma contratual híbrida. 5. A questão das testemunhas instrumentárias. Conclusões. Referências.

eletrônico. Trata-se de conceito que estabelece a base para que as finalidades e as funções perseguidas pelos institutos jurídicos também sejam alcançadas no mundo eletrônico. Determina-se as condicionantes para que a equiparação seja possível e em que medida; ou se conclui até mesmo por sua inviabilidade.

A Medida Provisória 2.200-2/2001 realiza a equivalência funcional, equiparando a denominada assinatura digital ICP-Brasil à assinatura manuscrita, com efeitos jurídicos de presunção de autoria e integridade dos documentos eletrônicos assinados com base nesta ferramenta (art. 10, §1º), o que se dá com arrimo nos conceitos de criptografia assimétrica e na observância de práticas, *standards* internacionais e regras atinentes às atividades envolvendo os integrantes da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira.

A MP 2.200-2/2001 não impede que as partes optem por outros meios de comprovação de autoria e integridade para a contratação eletrônica, diferentes do certificado digital ICP-Brasil (art. 10, §2º). A eficácia jurídica destes outros meios deve ser avaliada no caso concreto.

Alguns países, como Alemanha e China, vedam a utilização da forma eletrônica para a realização de determinados atos e contratos, em que a função de alerta da assinatura manuscrita possa ser mais relevante, como nos exemplos alemães da fiança e da denúncia do contrato de trabalho. A reflexão acerca da necessidade desta proibição deverá ser procedida em cada ordenamento jurídico, observando-se a cultura jurídica e o contexto específico.

No exercício de sua autonomia privada, também será possível que as partes celebrem contratos por meio da forma híbrida, onde uma delas se vale de forma eletrônica específica e a outra de forma distinta, eletrônica ou não, como no exemplo em que o contrato de mesmo conteúdo é assinado digitalmente por um dos contratantes mediante o emprego de assinatura digital ICP-Brasil e o outro apõe a imagem de sua assinatura (assinatura digitalizada), ou até mesmo a própria assinatura de próprio punho, após a impressão. Nestas hipóteses, o mais adequado é que a diversidade de forma seja convencionada em cláusula específica e que se declare no final do instrumento estarem as partes assinando em “vias de igual teor e formas distintas”.

No que toca ao questionamento de se a presença de testemunhas instrumentárias nos contratos ainda é necessária para que mereça o *status* de título executivo extrajudicial, a prudência deve ser considerada. Na linha dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é importante que, a partir de uma análise casuística das circunstâncias que envolveram a contratação, verifique-se se é possível atestar que a celebração do acordo ocorreu nos termos, na forma e no momento em que o respectivo instrumento contratual contempla.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos: conceito, fontes, formação*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I.

- BENETTI, Giovana. A aceitação pelo silêncio na Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e no Código Civil Brasileiro. In: SCHWENZER, Ingeborg; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A.; TRIPODI, Leandro. *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.
- BORGES, Georg. *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr*. München: Beck, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund. In: NEUNER, Jörg; GRIGOLEIT, Hans Christoph (Coord.). *Claus-Wilhelm Canaris: Gesammelte Schriften*. Berlin: De Gruyter, 2012, t. 2, p. 691-715.
- CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos via Internet – Segundo os Ordenamentos Jurídicos Alemão e Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. Direito material e processual em tema de prova. *Revista de Processo*, vol. 13, p. 135-146, jan.-mar., 1979.
- DONEDA, Danilo (Org.). *A regulação da criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- DURAZZO, Kelly; SOTTANO, Augusto. *Contratos eletrônicos e o registro de imóveis*. Disponível em: [<https://migalhas.com.br/depeso/327074/contratos-eletronicos-e-o-registro-de-imoveis>]. Acesso em: 15.06.2020.
- ELIAS, Paulo Sá. *Contratos Eletrônicos e a Formação do Vínculo*. São Paulo: Lex, 2008.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Breves Anotações ao Código Civil Brasileiro*. Salvador: Joaquim Ribeiro, 1918. v. 1.
- FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft. Dritte ergänzte Auflage*. Berlin: Springer, 1977. v. 2.
- FOX, Dirk. *Elektronische Wahlgeräte, Datenschutz und Datensicherheit* 2009. v. 2. p. 114.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HÄSEMEYER, Ludwig. Die Bedeutung der Form im Privatrecht. *Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung*. 1980. v.1. p. 1-9.
- HELDRIICH, Karl. Die Form des Vertrages: Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referats. *Archiv für die Civilistische Praxis*, v. 147, p. 89-129, 1941.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- LAWAND, Jorge José. *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LEENEN, Detlef. *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*. 2. ed., Berlim: Walter de Gruyter, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Comércio Eletrônico*. Trad. Fabiano Menke, com notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- LUCCA, Newton de. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MANKOWSKI, Peter, Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2822, 2002.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Documento eletrônico como meio de prova. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 1, v. 27, p. 137-180, 1998.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: Forense, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- MENKE, Fabiano. Apontamentos sobre o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro. In: AA.VV. *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 347-375.
- MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MENKE, Fabiano. *Die elektronische Signatur im deutschen und brasilianischen Recht: Eine Rechtsvergleichende Studie*. Baden-Baden: Nomos, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas, Bookseller, 2003. t. III.
- REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES, Carlos Alexandre. Da desnecessidade de assinatura para a validade do contrato efetivado via Internet. *Revista dos Tribunais*, v. 90, n. 784, p. 83-95, fev. 2001.
- ROßNAGEL, Alexander. *Das Recht der Vertrauendienste: Die e-IDAS-Verordnung in der deutschen Rechtsordnung*. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- ROßNAGEL, Alexander; PFITZMANN, Andreas, Der Beweiswert von E-Mail, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1209, 2003.
- SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elementos da declaração negocial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- WIEBE, Andreas. *Die elektronische Willenserklärung: Kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen des elektronischen Geschäftsverkehrs*. Tübingen: Mohr, 2002.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Nova Iorque: Oxford University Press: 1996.
- ZÖLLNER, Wolfgang. Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht. *Archiv für die Civilistische Praxis* 196/1-36, 1.º caderno, 1996.

#### PESQUISAS DO EDITORIAL

##### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Contratos eletrônicos: formação, consentimento, lei e jurisdição aplicável, de Erik Frederico Gramstrup – *RDRE* 8 (DTR\2018\14259);
- Contratos eletrônicos: segurança e validade jurídica, de Luan José Jorge Camargo e Carolina Maria Jorge Camargo – *RDPriv* 48/247-279 (DTR\2011\4649); e
- Natureza jurídica e formação dos contratos eletrônicos, de Thalles Ricardo Alciati Valim – *RDC* 123/251-288 (DTR\2019\35269).