



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

WESLEY TOMASZEWSKI

**EM BUSCA DE UMA TEORIA GERAL CONTRATUAL
ELETRÔNICA CIVIL E CONSUMERISTA**

Londrina
2007

WESLEY TOMASZEWSKI

**EM BUSCA DE UMA TEORIA GERAL CONTRATUAL
ELETRÔNICA CIVIL E CONSUMERISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

Londrina
2007

WESLEY TOMASZEWSKI

**EM BUSCA DE UMA TEORIA GERAL CONTRATUAL
ELETRÔNICA CIVIL E CONSUMERISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Aduino de Almeida Tomaszewski
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula
Universidade Paranaense - UNIPAR

Londrina, 12 de dezembro de 2007.

Ao meu assombroso Deus...

AGRADECIMENTOS

A Deus pelas bênçãos e por permitir cada evento na minha vida.

A minha família por servir de asilo inviolável e socorro bem presente nas minhas angústias, neste contexto familiar destaque-se meu irmão-orientador que sem dúvida é uma vereda nesta minha ainda pequena caminhada pelas letras jurídicas, o qual pelo exemplo de esforço e dedicação me provou que “a gente muda aquilo que estuda”.

A minha mãe, que pela vontade de Deus ocupou as posições materna e paterna, privou-se de seus desejos e vontades para satisfazer a dos filhos, superou todas as dificuldades e me deu educação e suporte moral, enfim nunca me deixou faltar amor. Falando de amor, dedico também a minha ora noiva em breve esposa, que não obstante as grosserias e ausência decorrentes de um cotidiano cada dia mais estressante, acentuado por conta de um curso de mestrado, nunca faltou com um “eu te amo”.

Aos professores pelo conhecimento transmitido.

Aos amigos e colegas, falsos e verdadeiros, cada um com a sua parcela de participação, seja pela felicidade de amizades sinceras ou pela necessidade de tornar o espírito cada vez mais robusto e preparado para suportar as revelações de caráter.

Ao Aldimar que antes do término deste curso, por conta do que chamamos “fatalidade”, nos deixou só a saudade.

A todos que, com boa intenção, colaboraram para a realização deste trabalho os quais não citarei nominalmente pelo potencial pecado da omissão, por fim a todos que não impediram o desenvolvimento do trabalho, uma vez que na sociedade hodierna pela nutrição constante de valores à base de indiferença e egoísmo, pode ser considerado um fator positivo.

“Ainda antes que houvesse dia, eu sou; e ninguém há que possa fazer escapar das minhas mãos; operando eu, quem impedirá?” (Isaías 43:13)

Passagem bíblica acerca de DEUS...

TOMASZEWSKI, Wesley. **Em busca de uma teoria geral contratual eletrônica civil e consumerista**. 2007. 180f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007.

RESUMO

Verifica o cenário da celebração eletrônica como a nova ordem contratual do direito obrigacional. Diante disso, busca-se perquirir os elementos básicos para a elaboração de uma teoria geral dos contratos eletrônicos. Para tanto, tem-se como ponto de partida a realidade contemporânea marcada por uma sociedade globalizada e digitalizada. Esta dispõe aos indivíduos recursos, que oferecem novos meios negociais e novas práticas que clamam por normatização. Não obstante, a carência de normas e institutos já que a legislação pertinente ainda se encontra em trâmite, tem-se a abertura e instrumentalidade do ordenamento jurídico pátrio como forma de concretização do direito. Os institutos jurídicos estão envolvidos em diálogos com os avanços tecnológicos, os quais atuam como fator de promoção de uma ateritorialidade, atemporalidade e despersonalização das relações jurídicas. Assim, torna-se necessária uma releitura dos valores que compõem a nova ordem negocial, em virtude da base principiológica servir de sustentação para o deslinde das pequenas às ontológicas questões atinentes a contratação. A base valorativa do Direito Privado brasileiro vive uma situação de hipercomplexidade, devido à interação entre os princípios clássicos do contrato, os éticos-sociais e a criação de princípios próprios do ambiente digital. Se não fosse suficiente, percebe-se uma interatividade e internacionalidade, além da ação de *hackers* e *crackers* como características do ambiente digital. Isto provoca discussões desde a natureza jurídica, formação, classificação, tempo e lugar do contrato eletrônico seja em sede de relações civis ou consumeristas. Após esta análise, se discute estas disposições diante da segurança jurídica. O trabalho dissertativo tem por escopo apresentar critérios e modelos de conduta com finalidade preventiva, uma vez que falar em solução seria uma idéia muito distante se não utópica.

Palavras-chave: Globalização. Base filosófica. Teoria geral dos contratos. Digitalização. Princípios. Contratos eletrônicos. Segurança jurídica.

TOMASZEWSKI, Wesley. **The consumerist civil electronic general contractual general theory search**. 2007. 180p. Dissertation (Master Degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007.

ABSTRACT

It verifies the electronic celebration scenario as the new order of obligation law contractual order. Thus, we try to look for the basic elements for the electronic contract general theory elaboration. For that, we have as a starting point the contemporary reality, marked by a globalized and digitalized society. It provides the individuals resources that offer new negotiable means and new practices which claim for a normalization. However, the lack of norms and institutes, since the pertinent legislation is still in transit, we have the opening and instruments of the country's judicial order as a way to concretize the law. The judicial institutes are involved with dialogues with the technological advances that act as promotion of an aterritoriality, atemporality, and depersonalization of the judicial relations. So, it is necessary a re-reading of the values, which compose the new negotiable order, due to the principles serving as a base for the solution from the small to the ontological questions pertaining the contracting. The Brazilian Private Law value base, lives on a hipercomplexity situation due to the interaction between the contract classical principles, the social-ethnical and the creation of the digital environment own principles. If not enough, we note an interactivity and internationality, besides the action of hackers and crackers as characteristics of the digital environment. This provokes discussions, from the judicial nature, formation, classification, time and place of the electronic contract, either in civil relations or consumerist levels. After this analysis, we discuss such dispositions before the judicial safety. The dissertation work has the scope to present criteria and conduct models with a preventive aim, once to talk of solution would be a distant idea if not an utopia.

Keywords: Globalization. Philosophical base. Contract general theory. Digitalization. Principles. Electronic Contracts. Judicial Safety.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1 – Estrutura da rede mundial - INTERNET	112
Ilustração 2 – Necessidade de provedor de acesso	114
Ilustração 3 – Conexão entre provedores de acesso.....	115
Ilustração 4 – Estrutura do sistema de certificação com raiz única.....	117
Ilustração 5 – Certificado Digital	118
Ilustração 6 – Criptografia	119
Ilustração 7 – Criptografia Assimétrica – Sigilo.....	120
Ilustração 8 – Criptografia Assimétrica - Autenticidade.....	121
Ilustração 9 – Assinatura Digital.....	122
Ilustração 10 – Conferência assinatura digital	123
Ilustração 11 – Confirmação Eletrônica	140

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ALCA – Área de Livre Comércio das Américas

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

DNS – Domain Name System (Sistema de nome de domínio)

EDI – Electronic Data Interchange (Intercâmbio eletrônico de dados)

EUA – Estados Unidos da América

INTERNET – redes interligadas

ICQ – sistema de comunicação simultânea

IP – Internet Protocol

ITI – Instituto de Tecnologia e Informação

MCT – Ministério da Ciência e Tecnologia

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

MP – Medida Provisória

MSN – Microsoft Service Network (rede de serviços oferecidos pela Microsoft) meio de comunicação simultânea

NAFTA – North American Free Trade Agreement

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)

WWW – word wide web

SUMÁRIO

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	13
1.1 DO PERCURSO – CORTE EPISTEMOLÓGICO E METODOLOGIA EMPREGADA	19
2 UMA (PÓS) MODERNIDADE GLOBALIZADA – O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E A TELEMÁTICA COMO CARACTERÍSTICAS DO PARADIGMA GLOBALIZANTE	24
2.1 HIGIENE EPISTEMOLÓGICA – AFINAL DE CONTAS GLOBALIZAÇÃO, MUNDIALIZAÇÃO OU INTERNACIONALIZAÇÃO?	27
2.2 BREVE VISÃO HISTORIOGRÁFICA DO FENÔMENO GLOBALIZANTE	30
2.3 O CURRÍCULO DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TÉCNICO COMO CARACTERÍSTICA DO PARADIGMA DA GLOBALIZAÇÃO – OBSERVÂNCIA SOB A ÓTICA DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS.....	33
2.4 O PANO DE FUNDO DA GLOBALIZAÇÃO - A TELEMÁTICA E SEUS EFEITOS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	38
3 A BASE CULTURALISTA E O SISTEMA DE CLÁUSULAS GERAIS COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO	42
3.1 DOS PLANOS DE COMPREENSÃO DA REALIDADE JURÍDICA: DA MATÉRIA-PRIMA (RAÍZES), FORMA E APLICAÇÃO	42
3.2 DO MÉTODO – DA VIRAGEM DO PARADIGMA DA APLICAÇÃO AO PARADIGMA JUDICATIVO-DECISÓRIO	46
3.3 CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO E A ORIENTAÇÃO CULTURALISTA – A INFLUÊNCIA REALEANA NA ELABORAÇÃO DO DIPLOMA CIVIL PÁTRIO	50
3.3.1 Método de elaboração do projeto de Código Civil.....	53
3.3.2 Diretrizes centrais do projeto.....	55
3.3.3 Sistema do Código Civil – Cláusulas Gerais (<i>Generalklauseln</i>) e Diretrizes Culturalistas – forma de concretização do Direito.....	59
4 DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS COMO FONTE NORMATIVA – A PRINCIPIALIZAÇÃO DO CÓDIGO	64
4.1 OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA GERAL CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS.....	66

4.2 DOS PRINCÍPIOS DITOS “CLÁSSICOS”	67
4.2.1 Autonomia Privada	67
4.2.2 Da força obrigatória dos contratos	69
4.2.3 A relatividade dos efeitos do contrato	71
4.2.4 O princípio do consensualismo	74
4.3 NOVOS ARES – APROXIMAÇÃO PRINCIPOLÓGICA - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, O “SUPER PRINCÍPIO” DA BOA-FÉ OBJETIVA E EQUIVALÊNCIA MATERIAL.....	76
4.3.1 A função social do contrato	77
4.3.2 Princípio da Equivalência Material.....	81
4.3.3 O “super” princípio da boa-fé objetiva	86
4.3.3.1 Breve Escorço Histórico da Boa-Fé.....	87
4.3.3.2 A boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva	89
4.3.3.3 Boa-fé objetiva – funções – visão contemporânea.....	90
4.3.3.4 A boa-fé objetiva como fundamento para o paradigma da confiança – sua relevância para as contratações eletrônicas.....	94
4.4 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE OU INALTERABILIDADE DO DIREITO EXISTENTE.....	97
4.5 CORRELAÇÃO PRINCIPOLÓGICA – AJUSTAMENTO DE VALORES.....	100
5 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA (PÓS) MODERNIDADE TRANSFORMAÇÕES DOS CONTRATOS – UM REDIMENSIONAMENTO PRINCIPOLÓGICO E PARADIGMÁTICO	101
5.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA CONTRATUALÍSTICA – EM BUSCA DE UM CONCEITO DE CONTRATO.....	101
5.2 UM ADMIRÁVEL MUNDO NOVO – A INTERNET E O AMBIENTE DIGITAL.....	110
5.2.1 Suporte Pátrio para as relações jurídicas eletrônicas: Sistema de Chaves Públicas e Privadas e Assinatura Digital.....	117
6 IMPLICAÇÕES DO AMBIENTE DIGITAL: DIFICULDADE DE DETERMINAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL, TEMPO E LUGAR.....	125
6.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ELETRÔNICO	125
6.2 INTERATIVIDADE – POR UMA CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	130
6.2.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos	131
6.2.2 Contratos eletrônicos interpessoais	132
6.2.3 Contratos eletrônicos interativos	133

6.3 DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS.....	134
6.3.1 Em busca de uma teoria para formação dos Contratos Eletrônicos – Declaração, Expedição e Recepção – um estudo de Direito Comparado.	137
6.4 PROPOSTA E OFERTA NO AMBIENTE DIGITAL	141
6.5 DO LOCAL DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	144
7 AFINAL DE CONTAS EXISTE SEGURANÇA JURÍDICA EM SEDE DE CONTRATAÇÕES ELETRÔNICAS	149
7.1 CERTEZA JURÍDICA E SEGURANÇA JURÍDICA – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA.....	150
7.2 A NOVA ORDEM CONTRATUAL – UMA PROPOSTA NORMATIVA A CARGO DO ORDENAMENTO JURÍDICO OU INCIDÊNCIA ANALÓGICA?	152
7.3 AFINAL DE CONTAS EXISTE SEGURANÇA OU CERTEZA JURÍDICAS EM SEDE DE CELEBRAÇÕES ELETRÔNICAS	154
7.4 LEGISLAÇÃO PROJETADA E SUA PERTINÊNCIA EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA	157
8 CONCLUSÕES	160
REFERÊNCIAS.....	169

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A vida do Direito pode ser entendida como um eterno “vir a ser”. Apresenta forças em conflito, luta por interesses e anseios, movimentos e transformações, dentre outros fatores que buscam promover o divórcio entre o Direito e a realidade social – o terrorismo dos fatos contra as normas.

A sociedade por sua vez é oscilante e dinâmica como as ondas do mar, que a cada manhã surpreende as praias jurídicas com situações carentes de tutela jurisdicional.

Nesse movimento frenético e incessante da busca de um enlace entre o regulamento e o que se pretende regulamentar, afloram situações jurídicas em que os fatos são presentes, entretanto as normas sequer foram idealizadas pelo legislador.

Na espinha dorsal deste relacionamento percebe-se o Direito Civil, que rege as relações mais comuns de natureza privada. Uma vez que, analiticamente, desde os períodos interbíblicos, percorrendo toda a história das civilizações antigas até a sociedade contemporânea pós-moderna, evidencia-se o Direito Privado como: o direito das gentes que se apresenta como a matéria-prima necessária para colocar e manter o Direito em pé.

Segundo Francesco Santoro-Passarelli o Direito Civil é o direito comum.¹

Em virtude dessa ligação umbilical, a trajetória da civilística é tão antiga quanto a consciência humana da necessidade de convivência em sociedade. Destarte desenha-se historicamente e evoluindo continuamente.

Nesse processo de construção, sistematização e aglutinação da história jurídica dos homens, revela-se que o Direito Civil esquadrinhou-se, principalmente, por quatro períodos históricos; o embrião localizado no Direito Romano, o Direito Medieval, o Direito Moderno e jactando-se, hodiernamente, para o Direito contemporâneo ou pós-moderno.

Em todos estes momentos é possível localizar, pela sua

¹ Francesco Santoro-Passarelli, *Doutrine generali del diritto civile*. Napoli, Eugenio Jovene, 9ª edizione, 1971, p.19 *apud* AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução, 5ª ed, Rio de Janeiro:

indispensabilidade cotidiana, um instrumento muito comum, entretanto que espelha a sociedade vivente, a saber: o contrato.

O contrato apresenta-se como a estrutura fundante do direito privado, presente na triangulação básica do Direito Civil, acompanhado da propriedade e da família e, ao sofrer uma ingerência por parte do Estado, expressamente considerada na limitação da autonomia da vontade privada, teria entrado em crise decorrente até do “vaticínio da crise das instituições”²

O sentido de declínio, se é que esse existiu, deve-se ao fato do contrato, então concebido pelo Código Francês de 1804 e conhecido em terras brasileiras, de espírito dogmático-formalista e de caráter nitidamente individualista-patrimonial, deixou de existir.

Este sofreu uma releitura de ordem conceitual e principiológica, mudou de feição e dispensa atenção em atender aos proclames da sociedade hodierna, esteja ele ora mais publicizado ou socializado ou poroso à intervenção do estado ou funcionalizado, já não interessa.³

Ato contínuo, respira novos ares que exalam do social e encontra-se em um sistema, que permite sua aproximação deste local conferindo-lhe uma nova principiologia e paradigmática e, por conseguinte, outra visão interpretacional.

Nesse cenário de renovo encontra-se a celebração eletrônica, um novo meio de manifestação de vontades muito em voga devido ao utente dos recursos da telemática, se deparar com uma gama imensurável de possibilidades e alternativas de negociações pelo ambiente digital.

Destaque-se, que o final do século XX serviu de palco para um processo de desenvolvimento sem precedentes, tendo-se o crescimento vertiginoso das tecnologias de informação, da telemática, da globalização, dentre outras esferas como fatores ensejadores de uma mudança paradigmática no modo de visão e funcionamento das instituições jurídicas, além da criação de novas figuras contratuais.

A esfera jurídica, assim como os demais segmentos sociais, sofre o

Renovar, 2003, p. 28

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa brasileira.* In Introdução Crítica ao Código Civil, organizador Lucas Abreu Barroso – Rio de Janeiro:Forense, 2006, p. 117.

³ Ibid, p.118.

impacto do desenvolvimento dos meios eletrônicos, tendo-se a publicização da junção dos recursos das telecomunicações aos computadores – a telemática, como a concretização de uma nova forma de negociação de ordem pública e privada.

A nova contratualística em comento encontra-se em notória expansão, em virtude da evolução dos meios de produção e do comércio e, principalmente, pelo acesso à rede mundial de computadores (*Internet*). Caracteriza-se essa tendência pela despersonalização⁴ das relações jurídicas, pela velocidade do envio e recebimento de informações, pela internacionalidade e a massificação dos contratos de prestação de bens e serviços, que cotidianamente são celebrados, em grande parte, por adesão com base em textos pré-elaborados, através do comércio eletrônico: o *e-commerce*.⁵

Diante desse novo cenário, o Direito não pode ficar estranho às transformações que diuturnamente ocorrem na sociedade, principalmente em suas relações mais cotidianas como as negociais.

Evidentemente que não pode ser criada uma nova fonte normativa para cada novo fenômeno, mas que tais mudanças sejam apreciadas com base nas normas jurídicas preexistentes e os princípios informadores dessas.

Assim, torna-se necessária uma releitura dos valores, que compõem a nova ordem negocial, em virtude da base principiológica servir de sustentação para o deslinde das pequenas às ontológicas questões atinentes a contratação.

É claro que apontar os novos paradigmas para nortear o deslinde dos problemas oriundos dos contratos é tarefa árdua, principalmente em virtude do direito contratual apresentar-se conduzido por princípios de ordem tradicional e moderna.

Tal observância e atenção quanto aos valores, que nutrem os contratos, é oportuna e necessária devido a codificação mais recente, aprovada em

⁴ Para os contornos do presente trabalho entenda-se a despersonalização como a decorrente da ausência física dos contratantes, não obstante o entendimento de que “despersonalização” estaria ligada a mudança de centro do direito, no caso, a pessoa humana – dignidade da pessoa humana.

⁵ Segundo o professor de Comércio Eletrônico no curso de Pós-graduação da Universidade Mackenzie Dailton Felipini o e-commerce é um novo canal de comercialização possibilitado pela Internet, cujo faturamento cresceu 319% nos últimos 4 anos, sem falar no constante crescimento da base de internautas estimada em mais de 20 milhões de brasileiros. Em 2006, o montante faturado com o e-commerce no Brasil foi de R\$ 4,4 bilhões, um aumento de 76% em relação ao faturamento do ano anterior, e possui uma previsão de R\$ 6,4 bilhões em 2007. Informações disponíveis em <http://www.e-commerce.org.br/abc-4segredos.pdf> acesso em 08/09/2007.

2002, apresentar uma “principalização do Código”⁶, bem como promoveu uma aproximação principiológica com o microsistema do Código de Defesa do Consumidor.⁷

Com base nessa supervalorização da principiologia contratual, no presente trabalho dissertativo percorrer-se-á um caminho diferenciado, afeto em perquirir sobre a importância e incidência dos princípios que informam a base contratual, os quais são expressamente considerados em disposições do Código Civil e de Consumo e se concretizam na aplicação diuturna dos operadores do direito.

Superado e formado este suporte valorativo, promover-se-á o estreitamento de um diálogo, que compreende a junção dos recursos das telecomunicações aos computadores – a telemática e o Direito.

Diante destas premissas, percebe-se o desenvolvimento perene da sociedade e da contratualística, as quais revelam a contratação eletrônica⁸ como a nova ordem contratual no direito obrigacional.

Isto se faz pela rede mundial de computadores – Internet, a qual dispensa um histórico acerca de sua criação e desenvolvimento, uma vez que tal tarefa foi amplamente realizada pelas obras que se debruçam sobre o advento da rede “*net*”.

Dessas, é possível extrair uma conclusão de que a rede mundial é presente, indeclinável e inevitável, seja como auxílio para comunicação entre as pessoas, como forma de contratação entre os particulares, seja operando como auxiliar da justiça na prestação jurisdicional – consulta e acompanhamento público nos *sites* dos Tribunais ou mais recentemente o sistema de processo eletrônico⁹, além do sistema *e-proc* da Justiça Federal onde o processo é totalmente

⁶ AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório *in* TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo.(coordenadores) Direito Civil – Direito Patrimonial e Direito Existencial, São Paulo: ed. Método, 2006, p. 4.

⁷ Expressamente considerada na III Jornada do STJ “Enunciado 167. Com o advento do CC, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o CDC, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

⁸ Segundo Ricardo Lorenzetti “Uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um “contrato eletrônico”. *in* Comércio Eletrônico, São Paulo: RT, 2004, p. 287.

⁹ BRASIL, Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006. dá nova redação ao Parágrafo Único do Art. 154. do Código de Processo Civil.

digitalizado, inclusive a propositura, dentre outras possibilidades.

Enfim, a Internet, hodiernamente, integra o dia-a-dia de um número incalculável de pessoas ao redor do mundo.

Este cenário propiciou não só um novo modelo de contratação; tem-se um novo ambiente para a realização deste; as transações ocorrem em uma esfera digital a qual consagrou-se denominar de *ciberespaço*¹⁰ ou ambiente digital, por conseguinte, verifica-se a dispensabilidade dos documentos físicos, que façam prova da celebração e a substituição da rubrica de próprio punho pela assinatura digital¹¹.

Esta estrutura tem por base a *Word Wide Web*, que vem modificando a estrutura fundamental do direito, uma vez que conceitos basilares clamam por uma releitura devido ao fato de um corriqueiro contrato de compra e venda, quando celebrado com suporte virtual pode apresentar peculiaridades.

Outra característica determinante do contrato eletrônico é a despersonalização das relações negociais, ou seja, a desnecessidade de tratativas físicas entre os interessados, já que as negociações eletrônicas em contraposição as vetustas formalidades do contrato realizado de forma cartácea, onde a pessoa física ou seu representante era fundamental; nesse cenário apresenta-se facilmente desconsiderada.

Nesse espírito, outro aspecto que merece apreço é quanto o valor probante dos ditos documentos digitais¹², devido às suas especificações técnico-informáticas e à segurança das informações, às peculiaridades envolvendo as negociações e a fidedignidade destas em função da problemática de identificação do

¹⁰ Este termo provém da língua inglesa, e fundamentou-se no livro *Neuromancer*, de William Gibson, de 1984, tendo sido difundido amplamente. Conforme Alberto João Cunha Júnior: “ciberespaço ou *cyberspace* é o ambiente ou lugar agregado consistido pela memória e caminhos eletrônicos de todos os computadores. Termo designado relativo à teia mundial de computadores, ou Internet. Quem se conecta à Internet está dentro do *cyberspace*, ou ciberespaço.”(CUNHA JÚNIOR, Alberto João da. *Contratos Eletrônicos*. Tese de conclusão de curso. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Monografias. 1999, p.4) *apud* LAWAND, Jorge José. *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*, São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 5.

¹¹ Assinatura Digital “espécie de assinatura eletrônica que constitui, em conjugação com os certificados digitais, meio consideravelmente seguro e eficaz de identificação em ambientes virtuais, bem assim de atribuição de autoria de documentos eletrônicos.” *In* MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo:RT, 2005, p. 151.

¹² BRASIL, Lei 10.406/2002 (Código Civil) “Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes

usuário.

Ainda nesse diapasão, encontra-se também incerta a normatização, que regulamenta a matéria devido aos vários Projetos de Lei¹³, ainda em trâmite, a aplicação de dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁴, Código Civil¹⁵, Código de Defesa do Consumidor¹⁶, além de legislação internacional – Lei Modelo da UNCITRAL¹⁷.

Devido às potencialidades do ambiente digital, semelhantemente ao que ocorrera com o cidadão consumidor, que hodiernamente transita entre a empresa, a família, o contrato e a propriedade, abandona-se a idéia de sujeito de direito neutro e percebe-se um indivíduo virtual, que necessita de proteção adequada ao ambiente em que está vinculado.

O desenvolvimento tecnológico e a criação de um novo ambiente de contratação provocam uma releitura dos princípios, pressupostos e meios de firmar contratos, uma vez que a formalização de uma contratação em um cenário virtual é diferenciada da concepção atual.

Esse estado de coisas é presente, o qual provoca a atenção da doutrina e jurisprudência pátria, uma vez que as relações jurídicas eletrônicas apesar de não acobertadas de forma suficiente pelo ordenamento jurídico, ocorrem diuturnamente.

Assim, resta aos jurisdicionados socorrer-se a meios metajurídicos e que recordam a auto-tutela, como o sistema de “reputação”¹⁸ e “arbitragem digital”¹⁹ muito presentes em *sítes* de comércio eletrônico, situação que se assemelha a passagem bíblica em que Moisés envolvido com o número excessivo de demandas trazidas pelo povo de Israel para sua apreciação, viu-se na necessidade de delegar

impugnar a exatidão.

¹³ O principal Projeto trata-se do PL 4906/2001 e seus apensos (PL 1483/1999 / PL 6965/2002 / PL 7093/2002) última ação “27/09/2001 – Mesa da Câmara dos Deputados (MESA) – Leitura e publicação do parecer da CESP – Pronto para ordem do dia.” Consulta realizada em 10.09.2007.

¹⁴ BRASIL, Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil.

¹⁵ BRASIL, Lei 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

¹⁶ BRASIL, Lei 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências

¹⁷ A sigla inglesa “UNCITRAL” (*United Nations Commission on International Trade Law*) significa: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

¹⁸ No sistema de reputação o histórico de vendas dos vendedores permanece à disposição na rede, local que o comprador poderá verificar se o vendedor deixou de entregar algum produto ou suporta alguma reclamação, seria uma espécie de currículo on line.

¹⁹ Através da atuação de terceiros estranhos ao litígio, mas de confiança e escolha das partes, busca-se uma solução para o conflito.

tal prerrogativa “E eles julgaram o povo em todo tempo; o negócio árduo traziam a Moisés, e todo negócio pequeno julgavam eles”²⁰ nesse instante, a delegação recaiu sobre os próprios contratantes.

Feitas estas observações preambulares e necessárias, o presente trabalho dissertativo encontra esteio para seu existir, bem como estrutura para seu desenvolvimento que leva em consideração o modelo de Estado, o sistema adotado pela codificação civil, além de observância dos fenômenos incidentes na sociedade moderna, como a globalização.

Assim, o mote da pesquisa dar-se-á em analisar as celebrações realizadas no ambiente digital e as implicações jurídicas decorrentes destas, não obstante a discussão quanto à legislação em vigor apresentar-se arcaica ou omissa, percebe-se que a abertura da codificação civil provoca e comporta um redimensionamento de natureza principiológica e paradigmática devido aos valores que informam tal diploma, tendo-se a proposta de compilar tal reformulação em uma teoria geral “básica”²¹ dos contratos eletrônicos.

1.1 DO PERCURSO – CORTE EPISTEMOLÓGICO²² E METODOLOGIA EMPREGADA

Para alcançar os objetivos da pesquisa, partir-se-á do cenário da realidade contemporânea, que é relatado como uma sociedade moderna, diversificada, integrada, avançada tecnologicamente – digitalizada, dentre outros aspectos. Pode-se dizer que este cenário fora montado em detrimento de um objetivo, que pode ser resumido em um vocábulo hodiernamente muito empregado, que tudo diz e nada significa, a saber: globalizar.

²⁰ Exôdo 18:26. Bíblia de estudo Pentecostal Antigo e Novo Testamento. Revista e corrigida edição de 1995 por LIFE PUBLISHERS, Deerfield, Flórida – EUA, pág. 144.

²¹ Tal expressão é devida ao fato da presente dissertação não comportar uma análise suficiente dos sujeitos envolvidos, quanto ao objeto e os princípios contratuais, bem como da análise realizada percorrer caminhos diferenciados que influenciam sob a contratação em comento, tais como globalização e a abertura do sistema. O foco da análise será concentrado nos fatores que servem de base para a teoria geral contratual, ou seja a principiologia e as disposições de formação dos contratos.

²² A expressão significa a necessidade de estabelecer cortes na abordagem da matéria devido a amplitude desta.

Observar-se-á a globalização como fator ensejador de diversos movimentos, em especial o desenvolvimento científico e tecnológico, encarado como uma espécie de “pano de fundo” do paradigma globalizante, valendo-se neste ponto das idéias da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas.

Superada a análise de âmbito global, valendo-se do conhecimento do filósofo da escola de Frankfurt, que por ser ainda vivo analisa o desenvolvimento dos efeitos mundiais da globalização, parte-se para o cenário brasileiro tendo como marco teórico um jurisfilósofo recentemente falecido, mas que deixou como herança uma nova ótica principiológica e estrutural para o Código Civil pátrio, a saber: Miguel Reale.

Este salto pode revelar uma espécie de desconexão entre o primeiro capítulo e o desenvolvimento normal do trabalho. Entretanto, isto se dá devido a finalidade preparatória, que nutre o espaço destinado a considerações acerca da globalização, pois tratam-se de elementos metajurídicos que vão espriar conseqüências na esfera jurídica.

Ainda nesta ordem de idéias analisar-se-á a orientação jurídico-filosófica observada na elaboração do Código Civil de 2002, além do sistema adotado pela aludida codificação, que através do sistema de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e determinados pela função conferem mobilidade ao julgador e buscam fundamentação de natureza principiológica e metajurídica.

Tal estrutura comporta um texto dinâmico, que abre espaço para o operador do direito, como dito por Anatole France “A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela.”²³, ou seja a codificação civil não se confunde com a letra fria e gasta da lei, longe disso, abre espaço para uma hermenêutica construtiva e interpretativa à luz da Constituição da República.²⁴

Percebe-se uma postura longe do paradigma adotado e parcialmente sepultado em 2003 de que a norma devia ser clara e precisa em suas hipóteses de incidência (*fattispecie*), devido à impessoalidade do julgador este recebera de Montesquieu o apelido de: a boca da lei “*la bouche de la loi*” que resumia a sentença em um mero silogismo.

²³ In PORTO, Mário Moacyr. O efêmero e o eterno no direito. São Paulo: RT, vol. 48, n. 285, 1959, p.20.

²⁴ Nesse sentido, FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil – À luz do Novo Código Civil,

Após a primeira guerra devido a preocupação e anseio por uma justiça²⁵ mais efetiva, localiza-se a inflexibilidade da norma como fator ensejador de injustiças, de forma a centralizar a figura do juiz e difundir textos normativos abertos seria a “fuga para as cláusulas gerais” o denominado paradigma da modernidade.²⁶

Ato contínuo, esta sistemática aperfeiçoa um olhar supervalorizado sobre a princiologia, que informa e nutre o ordenamento já que estes servem como uma espécie de matéria-prima, que receberá forma e contorno pelas mãos do oleiro jurídico, que a cada vaso trabalhado acrescenta mais uma forma e dimensão ao valor-princípio entregue para manuseio e confecção – a construção jurídico-jurisprudencial.

Diante disso, busca-se trazer a lume todos os planos de compreensão da realidade jurídica, que compreendem desde a base principiológica-filosófica, que confere a matéria-prima e estabelece as raízes da construção do ordenamento, caminha pela dogmática-normativa, que revela os contornos (forma) do primeiro plano e alcança a pragmática – aplicação do direito.

Tal metodologia proporciona uma visão geral do ordenamento, revelando seus fundamentos, os anseios que se busca tutelar, a formalização dos valores em normas, enfim a busca em se regulamentar as situações que emergem na sociedade.

Com este suporte de sistema formado, proceder-se-ão considerações acerca do sistema pátrio para as relações desenvolvidas em ambiente digital, como a infra-estrutura brasileira de chaves públicas e privadas, além da assinatura digital e certificação digital.

Necessário se faz, também, observância quanto a aspectos pontuais da contratação eletrônica como aceitação, formação, conclusão e local da aludida celebração, além de análise da legislação pátria – ainda projetada, disposições da

Rio de Janeiro: Renovar, 2003, apresentação.

²⁵ Devido a amplitude dos entendimentos que envolvem o termo “Justiça”, para os lindes do presente trabalho adota-se as idéias de RAWLS, Jonh. “Uma teoria da justiça” trad. Almiro Risetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. SP: Martins Fontes, 2002. Quanto a idéia de concepção de senso de justiça, Jonh Rawls entende que a mais adequada seria a de justiça como equidade, sendo esta mais forte do que os sentimentos envolvidos em outras concepções. Para tanto, esta deverá estar pautada em uma base de igualdade, que por sua vez, engloba deveres naturais como respeitabilidade as pessoas morais e que estas sejam tratadas independentemente da posição social que ocupam, enfim a segurança de uma justiça igual.

²⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: ed. Saraiva, 2004, págs. 58 seq.

Legislação Internacional – Lei Modelo da UNCITRAL, além das teorias e princípios que informam a parte geral da ordem contratual.

Tais peculiaridades do cenário digital, associadas a ausência legislativa aplicável e a abertura do sistema codificado pátrio, são analisadas à luz dos princípios que informam as relações civis mais cotidianas.

Devido à aproximação principiológica, ocorrida entre as tratativas negociais civis e a relações entre consumidores e fornecedores, analisar-se-á no presente trabalho dissertativo além dos princípios denominados “clássicos” ou “tradicionais” dos contratos, os princípios ético-sociais, além de um princípio próprio das transações eletrônicas – subsidiariedade ou não discriminação do ambiente digital.

Os ditos novos princípios do direito contratual contemporâneo, como a boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social do contrato de certa forma coexistem com os princípios denominados clássicos, a saber: autonomia da vontade, intangibilidade do conteúdo do contrato e relatividade de seus efeitos, o que se pode presenciar é a teoria contratual contemporânea vivendo uma “hipercomplexidade”.²⁷

Diante desta proposta e da amplitude de dispositivos, que envolvem o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor será necessário estabelecer alguns cortes epistemológicos e apresentar uma teoria “básica” para a contratação eletrônica civil e consumerista.

Nesse sentido, devido à distância e propriedades, que envolvem as contratações em que participam a administração pública, bem como a natureza valorativa diferenciada, nos lindes deste estudo as relações digitais em que participam entes públicos não sofrerão análise, a título de exemplo: o pregão eletrônico²⁸.

Durante a viagem histórica devido ao desenvolvimento perene da contratação privada e a atualidade das relações consumeristas, perceber-se-á a

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin, *in* Negreiros, Teresa. Teoria do Contrato – novos paradigmas, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: ed. Renovar, 2 ed, 2006, prefácio.

²⁸ O pregão eletrônico veio à luz no Direito pátrio por intermédio do parágrafo único do art. 2º da Medida Provisória que instituiu o pregão, tendo sido inicialmente regulamentado pelo Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000. Em face de essa regulamentação apresentar certa dificuldade de interpretação, o que afastava os executores de seu uso diuturno, resolveu o Governo Federal elaborar nova ferramenta regulamentar mais detalhada e adaptada à nova lei (Lei nº 10.520/02), vindo à tona, então, o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que passou a regulamentar a matéria quase que integralmente

pesquisa atenta aos dispositivos civis, enquanto os dispositivos de tutela do consumidor encontraram incidência já no plano das relações virtuais.

Com a proposta de explorar a aproximação principiológica existente entre os Diplomas não se pautará em tratar distintamente contratos civis e, posteriormente, de consumo, mas sim localizar o foco nas relações virtuais e evidenciar as propriedades e incidência de cada legislação.

Como dito e expressamente considerado nas noções introdutórias deste trabalho, busca-se uma “base’ para as relações virtuais de forma que aspectos específicos e pontuais, como regulamentação de propaganda virtual, não sofrerão análise devido a potencialidade de pecar pela abertura indiscriminada e não alcançar a proposta de cerne.

Em sede mais conclusiva, confronta toda a análise a um valor muito ansiado pelos jurisdicionados e expressamente considerado pelo ordenamento, sendo este a segurança jurídica, que atrelada a justiça é vislumbrada como alicerce e base fundamental do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, espera-se com o presente estudo apresentar as peculiaridades, que envolvem a contratualística mais recente, bem como suscitar as dificuldades do ordenamento seja em sede de legislação ou aplicação do Direito.

2 UMA (PÓS) MODERNIDADE GLOBALIZADA – O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E A TELEMÁTICA COMO CARACTERÍSTICAS DO PARADIGMA GLOBALIZANTE

A modernidade já não pode emprestar seus padrões de orientação de modelos de outras épocas. Ela encontra-se completamente abandonada a si mesma, tem de extrair de si mesma sua normatividade. Daqui em diante, a atualidade autêntica é o lugar onde se entrelaçam a continuação da tradição e a inovação. (JÜRGEN HABERMAS, A nova intransparência, p.103)

O final do século XX serviu de palco para um processo de desenvolvimento sem precedentes. O crescimento vertiginoso das tecnologias de informação, da genética, da medicina, dentre outras esferas provocou uma mudança paradigmática no modo de visão e funcionamento das instituições sociais.

Os pilares inamovíveis da era iluminista, que sustentaram a modernidade, como a razão (verdades absolutas), o marxismo e o liberalismo são rompidas e, segundo o filósofo francês Jean François Lyotard, caracterizando-se como uma “condição pós-moderna”.²⁹

Já Habermas compreende a modernidade como um “projeto inacabado” e sugere que é necessário aprender com os desacertos que acompanham o projeto.³⁰

Segundo Erik Jayme “o mundo pós-moderno é caracterizado pela comunicação (*Kommunikation*) e por não ter mais fronteiras”.³¹

De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo os tempos que estamos a viver não suportam as noções vagas, que proporcionam amplitude e discricionariedade para o julgador, bem como não deseja o retorno de um juiz

²⁹ LYOTARD, Jean-François: O pós-moderno. RJ. Olympio Editora. 1986. Introdução, viii. “o pós-moderno, enquanto condição da cultura nesta era [pós-industrial], caracteriza-se exatamente pela incredulidade perante o metadiscurso filosófico-metafísico, com suas pretensões atemporais e universalizantes”.

³⁰ HABERMAS, J.: “Modernidade – um projeto inacabado”. In: ARANTES, O.; ARANTES, P.: *Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas*. SP. Brasiliense. 1992. p. 118

³¹ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna, p.60. *apud* MARQUES, Cláudia Lima Marques. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. São Paulo:RT, 2004. p.40.

mecânico a garbo de uma lei abstrata, geral e inflexível. A centralidade que um dia existiu sobre a Lei, posteriormente localizada sobre o Juiz, agora reside sobre o caso. “A *centralidade do caso* – é este o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno.”³²

Quanto à presença de um paradigma moderno ou pós-moderno, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoi compila os seguintes entendimentos.

O pós-moderno³³ seria o equivalente filosófico que se presta a teorizar o núcleo do entorno da globalização. Enquanto a modernidade estaria assentada na admiração por uma cultura elevada³⁴, na arte sofisticada³⁵, na originalidade³⁶, no apego a forma, ao clássico³⁷, no hermetismo, na oposição ao público, a pós-modernidade seria determinada pela aceitação de uma cultura banal, pela aporia da anti-arte, pelo pastiche³⁸, pelo conteúdo, pela simplificação, pelo minimalismo³⁹, pela fácil compreensão, pela participação do público. Uma vigorosa denúncia da razão abstrata⁴⁰ choca-se com a idéia da ordem como uma tarefa a cumprir⁴¹ e a *crítica radical da razão paga um alto preço pela despedida da modernidade*^{42 43}.

Não obstante os entendimentos, que circundam a transposição da modernidade para pós-modernidade, seja como localização histórico-temporal ou com o rompimento de ideologias, não objetiva-se nos lindes deste capítulo travar um confronto entre os pressupostos e paradigmas da modernidade, pós-modernidade e

³² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. op. cit., págs. 59 e 60.

³³ SILVA, Jair Ferreira da. *O que é Pós-Moderno*, 7 ed. São Paulo: Brasiliense [s.d.], p. 24

³⁴ CASSIRER, Ernst. *The philosophy of the enlightenment*. Princeton: Princeton University Press, 1951. Traduzido para o inglês por Fritz C. A. Koelln e James P. Pettegrove. p. 93 e ss.

³⁵ CASSIRER, Ernst. op.cit., p. 275 e ss

³⁶ KRAMNICK, Isaac. (ed.) *The portable enlightenment reader*. New York: The Penguin Books, 1995 p. 314 e ss.

³⁷ RICHARD, Carl J. *The founders and the classics (Greece, Rome and the American Enlightenment)*. 4ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996 p. 53 e ss.

³⁸ ECO, Umberto. *The name of the rose*. London: Picador, 1984. Traduzido para o inglês por William Weaver.

³⁹ CALVINO, Italo. *Seis propostas para o próximo milênio: lições americanas*. São Paulo: Cia das Letras, 1990. Tradução de Ivo Barroso p. 13 e ss.

⁴⁰ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 4ed. São Paulo: Ed. Loyola, 1994. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves, p. 46.

⁴¹ SMART, Barry. *A Pós-modernidade*. S.l.: Europa-América, 1993. Tradução de Ana Paula Curado, p. 49

⁴² HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento, p. 467

⁴³ GODOI, Arnaldo Sampaio de Moraes. Globalização e Direito no Brasil . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 462, 12 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5797>>. Acesso em: 08 ago. 2007

trans-modernidade⁴⁴, até porque condicionado ao foco que se aperfeiçoe estes serão observados ambigualmente ou superpostos ou evolutivamente acondicionados diante de uma restrição jurídica.

De qualquer sorte, desde já, necessário se faz sinalizar a aderência ao entendimento de que enquanto houver espaço para interpretação e não perceber-se uma ruptura real entre modernidade e pós-modernidade, os tempos hodiernos estão envolvidos em um projeto inacabado – a modernidade.

Especialmente para o Direito Civil o que ora insta ressaltar é a necessidade de uma desconstrução paradigmática em prol da pós-modernidade, o que sugere a idéia de “oxigenar ranços ancestrais.”⁴⁵

Nessa ambiência de remodelamento das bases jurídicas, percebe-se o instrumento mais cotidiano das relações jurídicas privadas, a saber: o contrato, sofrer uma decadência da sua roupagem clássica liberalista-individualista sedimentada na autonomia da vontade em detrimento de um contrato “ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa.”⁴⁶

Ato contínuo, não só a base principiológica do contrato sofreu alterações, percebe-se uma fertilidade inesgotável de paradigmas contratuais que, não obstante, não estarem acobertadas por disposições legais típicas ou atípicas, ocorre hodiernamente e diuturnamente.

Nessa seara, caminham as relações jurídicas realizadas em uma sociedade globalizada e digitalizada, pois além de um novo modelo de sociedade, tem-se um novo ambiente de comunicação e contratação. O *ciberespaço* ou ambiente digital, que possui como característica primordial a dispensabilidade dos documentos físicos, que façam prova da celebração e a substituição da rubrica de

⁴⁴ Sobre Transmodernidade expõe Luiz Fernando Coelho: “Transmodernidade é um termo novo com o qual se faz referência à época atual; é igualmente uma nova categoria apta a catalisar a crítica à pós-modernidade, utilizada inicialmente por Warat para enfatizar o caráter de transição da pós-modernidade, isto é, de passagem para novo ciclo histórico cujos contornos ainda não são bem nítidos, mas que tende a afirmar-se como tendo sua identidade própria. Esse autor assinala que a transição para o novo ciclo ocorre paralelamente ao acaso dos sentidos de modernidade; essa perda dos sentidos faz-nos sentir capturados pelo vazio, sendo a transmodernidade justamente esse sentido de vazio, algo à espera de outros sentidos organizadores do mundo.” COELHO, Luiz Fernando. Saudade do Futuro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, pág. 41.

⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *In* Introdução Crítica ao Código Civil, BARROSO, Lucas de Abreu (organizador) – Rio de Janeiro: Forense, 2006, prefácio.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 118.

próprio punho pela assinatura digital, dentre outras vicissitudes e peculiaridades do aludido cenário.

Diante disso, o ordenamento jurídico apresenta-se delimitado por ranços arcaicos, permeado de uma problemática interpretacional e aplicabilidade incerta de toda ordem, que acabam por nutrir inseguranças e incertezas jurídicas e, estas, por sua vez, comprometem as relações realizadas na ambiência social e principalmente as celebradas no cenário eletrônico.

Esta problemática é atribuída a um fenômeno considerado “avassalador” e “inevitável” denominado “globalização”.

Deste estado de coisas parte a motivação para o presente capítulo, uma vez que se o direito é indissociável do social, necessário se faz a análise deste ambiente que sofre os efeitos da globalização da economia, da política, da sociologia, dentre outras esferas.

Neste momento, a compreensão de uma das características do dito “fenômeno da globalização”, a saber: o desenvolvimento da tecnologia e da telemática, que serve de suporte para a contratação eletrônica - é o que se passa a realizar.

2.1 HIGIENE EPISTEMOLÓGICA – AFINAL DE CONTAS GLOBALIZAÇÃO, MUNDIALIZAÇÃO OU INTERNACIONALIZAÇÃO?

A filosofia que reconhece a etapa de transição tem o seu vigor de forma mais técnico cibernético ante a conduta do homem, ocasionando uma racionalidade em benefício do capitalismo com nova roupagem. (COELHO, Luiz Fernando. Saudade do futuro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p.107)

O termo “higiene epistemológica” é um pressuposto metodológico empregado por Georges Mourin, que procura definir “previamente aquilo de que se está falando, mesmo se o termo tornou-se algo de uso comum.”⁴⁷

⁴⁷ MOURIN, Georges. *In* ARNAUD, André-Jean. O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado, trad. de Charles Wuillaume – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 4.

Nesse sentido, encontra-se o termo “globalização” que é propagado vulgarmente e serve de suporte para justificar os benefícios e mazelas decorrentes de uma ordem mundial. Segundo Frederic Jameson é possível “lamentar ou celebrar” a globalização.⁴⁸

Justamente nessa necessidade de conhecer algo, que já se encontra praticamente disseminado, é que J. J. Calmon de Passos entende que, hodiernamente, não há um termo tão abrangente e ao mesmo tempo tão inespecífico como globalização, um fenômeno onipresente e onipotente, impregnado de todos os saberes e todos os acontecimentos “quando falo de globalização, uma palavra que diz tudo e nada significa. Diz tudo porque a tudo ela é referida e não diz nada porque, embora tudo refira, nada esclarece.”⁴⁹

Inicialmente, tratando de uma questão terminológica da palavra, André-Jean Arnaud considera que a palavra “global” poderia sofrer críticas por ser polissêmica, e exemplifica com a língua francesa em que o termo em apreço pode significar “em bloco” os elementos de um conjunto, tendo-se por sinônimo de “globalmente” a expressão “em conjunto”⁵⁰

Ou seja, ao se observar sob uma acepção mais específica da palavra essa abrange intenções e significados diversos.

Referimo-nos, geralmente, ao empregá-la, a um efeito de uniformização e de padronização antiidentitário e destruidor de culturas. Mas trata-se aí de um efeito de superfície. Uma tal invasão de espaços locais por fenômenos, que se estendem pelo conjunto do globo, é na realidade, o resultado de outros tipos de globalização.⁵¹

Diante de uma preocupação com identidade cultural, os franceses preferem o termo “mundial” em detrimento do “global”. A intenção é aparentemente respeitável, entretanto empregar o termo “mundialização” poderia introduzir uma potencial ambigüidade.

⁴⁸ JAMESON, F. Notas sobre a Globalização como questão filosófica. In PRADO, J. L. A.; SOVIK, L. (Orgs) Lugar Global e Lugar nenhum: Ensaio sobre democracia e globalização. São Paulo: Hacker Editores, 2001, p.1.

⁴⁹ CALMON de PASSOS, J.J. *Globalização, Direito e Política* in LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (coordenadores) GLOBALIZAÇÃO E DIREITO, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 125.

⁵⁰ ARNAUD, op. cit. p. 4.

⁵¹ Ibid.

Registra-se efeitos destoantes, do global e do mundial, de natureza histórica e analisados com base no que seja, presentemente, “globalização”. Nesse sentido, aponta Arnaud:

A história do ocidente mediterrâneo e da cristandade medieval está cheia de tentativas imperialistas com pretensões “mundiais” muito afastadas daquilo que se entende, hoje em dia, por “globalização”. O mundo romano, o papado, os Estados nascentes na Idade Média, Portugal, Espanha, França, Inglaterra, Alemanha, tiveram todos, a seu tempo, tais pretensões, mas esses esforços sucessivos de dominação estavam longe daquilo que entendemos hoje por “globalização”⁵²

Com base nesse entendimento, cogita-se a resistência francesa no sentido de preocupação cultural ou, tão somente, em não ceder ao modismo estabelecido pelos americanos.

Não obstante, a problemática esboçada pela “mundialização”, necessária observância a outro termo muito em voga e mais familiar dos juristas a “internacionalização”. Palavra esta ligada a idéia de nação, ou melhor, na relação entre elas devido ao prefixo “inter”.

Internacional não é global. Há alguns anos estão sendo realizadas conferências “internacionais” para tratar de questões “globais”, como a título de exemplo a “*International Conference on Global Water Law Systems*” realizada em Valência na Espanha no ano de 1975. Desde então, percebeu-se o termo “global” para designar fenômenos ligados ao globo terrestre, enquanto o “internacional” ficou associado a uma questão de regulamentação entre as nações e de soberania entre elas, termo este, que por sua vez, não se confunde com “transnacional”.⁵³

Pelo título da aludida conferência evidencia-se uma diferença entre “global” e “internacional”. Entretanto, nunca fora estabelecida uma distinção léxica entre elas de forma que, se existe – e existe - uma ambigüidade no contexto em que elas estão inseridas é devido a ausência de uma “*global governance*” que “tivesse

⁵² Ibid.

⁵³ Em “transnacional” existe uma idéia de transgressão das fronteiras. Falava-se muito, nos anos 70, de “multinacionais” para designar as empresas cujo porte e cuja extensão geográfica já permitiam passar por cima da legislação nacional dos países onde elas estavam instaladas, mas que permaneciam ainda “multidomésticas” por sua própria natureza (P. GAUCHON, *loc. cit.*). Cf. p. ex. C.A. MICHALET, M. DELAPIERRE, B. MADEUF, *Nationalisation et internationalisation: stratégies des multinationales françaises dans la crise*, La Découverte, Paris, 1988)in ARNAUD, André-Jean. O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado, trad. de

uma natureza global, apoiando-se ao mesmo tempo em uma regulamentação internacional”.⁵⁴

Nesta idéia de governança global, esclarece André-Jean Arnaud:

E não é desinteressante constatar que a instituição encarregada hoje em dia de fazer reinar uma ordem justa no mundo, aquela que patrocinou o Relatório sobre a governança global, foi chamada de “Organização das Nações Unidas”: ora, precisamente, o processo de globalização parece estar recolocando em questão a ordem mundial que esse entendimento entre Estados-Nações soberanos era suposto salvaguardar.⁵⁵

Pode-se dizer, que a internacionalização em seu sentido estrito é intimamente considerada como um dos efeitos da globalização, mas não pode ser resumido como único. O processo de globalização evoca mais do que simplesmente o intercâmbio entre as nações, já que através deste mesmo movimento, poderá resultar na transformação do direito internacional e até dos próprios direitos nacionais.

Enfim, pode-se dizer que a nomenclatura mais adequada seja “globalização”. Todavia, esta é “distintiva e portadora de um significado específico. Todos sabem mais ou menos o que ela recobre”⁵⁶ que não comporta uma definição a contento, sendo praticamente um valor paradigmático, o qual necessita inicialmente uma análise na sua historiografia para, ao menos, se estabelecer os contornos do termo “globalização”.

2.2 BREVE VISÃO HISTORIOGRAFICA DO FENÔMENO GLOBALIZANTE

Qual seria o real sentido deste vocábulo “globalização” e quando este fenômeno avassalador teve seu enceto?

Devido a preocupação antiga do homem de estender seus domínios

Charles Wuillaume – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7. nota 11.

⁵⁴ Paul HIRST, Grahame THOMPSON, *Globalization in Question: The Myths of the International Economy and the Possibilities of Governance*, Polity Press, Cambridge, 1996. No seu relatório intitulado *Our Global Neighborhood* (Oxford University Press, New York, 1995)

⁵⁵ ARNAUD, op. cit. p. 09.

pelos povos vizinhos, poder-se-ia localizar a primeira onda globalizadora com a política expansionista do Império Romano, iniciado por volta de 753 a.C., tendo-se como segunda a expansão marítima e colonial, a partir do século XV, as grandes descobertas e expedições capitaneadas pelo navegador genovês Cristóvão Colombo e financiadas pelo Reino de Castilha y Aragon que romperam, em 1492, o isolamento entre o “Velho” e o “Novo Mundo” e implicaram no crescente contato entre os países então existentes.

A terceira onda globalizadora estaria localizada no século XIX, com a Revolução Industrial e os avanços tecnológicos, que resultou em uma expansão mercantil, alteração nas relações de trabalho e a expansão vertiginosa de empresas multinacionais e conglomerados financeiros.

Por quarta onda tem-se a sociedade pós-moderna, identificada na Queda do Muro de Berlim (1989) fato político que determinou a democratização dos entes pertencentes a “Cortina de Ferro”, da mudança de modelos econômicos de socialistas para capitalistas e do recrudescimento dos processos de independência nacional.⁵⁷

Não obstante, este breve panorama histórico, há quem entenda a “globalidade é um subproduto da revolução Industrial”⁵⁸, pode ser localizada, também, como um fenômeno recente decorrente da mundialização das economias⁵⁹.

Já Frederic Jameson apresenta posturas sob a análise em apreço, tendo-se por primeira a inexistência da Globalização, devido a existência de estados-nação e situações nacionais, a segunda entendida como um fenômeno antigo justificado e localizado historicamente “basta folhear um livro como ‘Europe and the People Without History’, de Eric Wolf (1982), para perceber que desde o período neolítico as rotas de comércio tiveram alcance global”⁶⁰ E por terceira estabelece uma relação entre mercado, globalização e capitalismo, caracterizando um estágio multinacional do capitalismo.

Enfim, percebe-se a inexatidão de seu nascedouro e

⁵⁶ Ibid, p. 12.

⁵⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Globalização e Direito Econômico* in LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 154.

⁵⁸ RODRIGUES PINTO, JOSÉ AUGUSTO. *A Globalização e as relações Capital/Trabalho* in LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 88.

⁵⁹ Nesse sentido. FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proteção do consumidor na era da globalização* in LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 34.

⁶⁰ JAMESON, F. op. cit. p.1.

desenvolvimento, ademais deveras problemática a definição do que seja globalização.

É cediço aduzir que a globalização se desdobra em várias vertentes: política, econômica, sociológica, cultural, ecológica, dentre outras. Evidenciam-se termos como livre mercado, concorrência e competitividade, hegemônias, internacionalização, alterações nas relações de trabalho, papel do Estado, Revolução das Comunicações e o crescimento vertiginoso da telemática.

Diante destes elementos, alguns autores conceituam o fenômeno global; nesse sentido, entende Paulo Sandromini “Termo que designa o fim das economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados, dos meios de comunicação e dos transportes.”⁶¹

Já Ancelmo César Lins de Góis e Ana Flávia Barros-Platiau, o termo designa “a crescente e acelerada transnacionalização das relações econômicas, financeiras, comerciais, tecnológicas, culturais e sociais, que vem ocorrendo especialmente nos últimos vinte anos”.⁶²

Em que pese a conceituação de ordem genérica ou em uma vertente específica, acertada é a postura de André-Jean Arnaud, que foge de defini-la preferindo vê-la como um valor paradigmático.⁶³

J. J. Calmon de Passos suscita a necessidade de observar a globalização como um fenômeno de múltiplas faces, com vários campos de incidência e com conseqüências diferenciadas, com perspectivas econômicas, políticas e tecnologias, sendo esta última de papel fundamental no processo seria a “glorificação da tecnologia”. Nesse sentido, Gabriele Muzio aponta “A última onda de inovações praticamente erradicou as dimensões físicas e psicológicas do *espaço* e do *tempo*. Os *povos da biosfera* estão sendo transformados no que chamarei de *povos do sistema tecnológico*.”⁶⁴

De qualquer sorte, evidente o ideal capitalista, a conotação internacional, transnacional, o acúmulo de riquezas e a abertura de novos mercados,

⁶¹ SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia* apud SILVA NETO, Manoel Jorge. *Globalização e Direito Econômico* in LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit. p. 152.

⁶² LINS de GÓIS, Ancelmo César. BARROS PLATIAU, Ana Flávia. *Direito Internacional e globalização em face das questões de direitos humanos*, em Revista CEF, n. 11, agosto/2000, p.89.

⁶³ ARNAUD, op. cit. p.12..

⁶⁴ MUZIO, Gabriele. *A globalização como estágio de perfeição do paradigma moderno: uma estratégia possível para sobreviver à coerência do processo*, em *Os sentidos da democracia política*

o desenvolvimento de tecnologias de informação, sendo que o interesse não é conceituar ou definir, mas contextualizar a telemática e a virtualização decorrentes do desenvolvimento tecnológico no paradigma globalizante.

2.3 O CURRÍCULO DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TÉCNICO COMO CARACTERÍSTICA DO PARADIGMA DA GLOBALIZAÇÃO – OBSERVÂNCIA SOB A ÓTICA DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE JÜRGEN HABERMAS

Antes de se observar o desenvolvimento técnico e científico no fenômeno globalizante, necessário se faz alguns apontamentos acerca da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Sendo que, este desenvolve suas idéias tendo como cenário o ambiente europeu.

O filósofo em apreço é indicado como um dos grandes pensadores, sendo um dos poucos ou único vivo, para explicar as sociedades contemporâneas. Habermas estabelece conceitos, que servirão de base para a sustentação de sua teoria: as noções de mundo da vida e sistema. O primeiro pode ser entendido como a dimensão dos fatos, desvalorados e desproblematizados da vida cotidiana, enquanto o segundo compreende que o sistema social, sobre o qual tende o equilíbrio auto-regulativo, se desdobra em diferenciações funcionais (subsistemas).

Diante disso, Habermas apresenta uma sociedade em dois níveis: da integração social e da integração sistêmica. Esta se dá no mundo da vida, permeada por valores, normas, momento em que predomina a ação comunicativa. Aquela tem como ponto de partida uma lógica própria, independente dos sujeitos, nesse momento as ações se organizam formalmente e são determinadas por cálculos interessados; integração esta sedimentada sob dois subsistemas: o político e o econômico.⁶⁵

Já na relação entre os sujeitos o filósofo em apreço, observa dois tipos de racionalidade: a comunicativa e a estratégica. Na racionalidade

de dissenso e hegemonia global, Ed. Vozes, 1999, p. 113 seq.

⁶⁵ VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: Sistema Jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 79.

comunicativa os sujeitos interagem, por manifestações de apoio ou crítica, fundados em uma reciprocidade. Enquanto, a racionalidade estratégica o sujeito busca tão somente a sua finalidade e objetivo.

De acordo com Velasco, com a Teoria Discursiva do Direito, Habermas relegou ao Direito o papel de mediador entre a faticidade da política e da economia e a validade normativa da moral, ou seja, trabalha como uma espécie de “dobradiça” entre um Mundo da Vida integrado simbólico e normativamente e uma esfera sistêmica regida pela política e pela economia.⁶⁶

Convém destacar que esta teoria apresenta quatro tipos de discurso; como primeiro os discursos negociais, que envolvem todo tipo de negociação; por segundo os pragmáticos, que podem ser exemplificados pelos programas de governo; por terceiro: os éticos, que decorrem dos valores; por quarto os morais, resultantes em normas não materiais.

A Teoria Discursiva do Direito⁶⁷ de Habermas apresenta uma característica fundamentalmente emancipatória, pois se os discursos são decorrentes de uma vontade racional até como uma forma de soberania nacional, essas formas de comunicação deveriam ser institucionalizadas “insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”⁶⁸

Habermas direciona seus estudos para o conhecimento e a ética; entende que os princípios éticos não devem ter conteúdo, mas, através da participação nas decisões públicas (decorrente da aplicação dos discursos) é possível a avaliação dos conteúdos normativos demandados naturalmente pelo mundo da vida. Suas idéias se desenvolvem em prol de uma integração social e,

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Segundo Vallespín, Habermas parece ter redescoberto um manancial de água, o qual está contido nos princípios universalistas da Constituição e que permite a exaltação de uma comunidade de homens livres e iguais sob o Direito. A tarefa do Direito consistiria em justamente transladar esta água a todos os âmbitos sociais mediante um eficaz sistema de condução, que evitaria a desertificação de importantes zonas sociais e as imunizaria dos fluxos de outras fontes contaminadas, como a política e a economia. Devido a finitude deste manancial de águas cristalinas, ele deve ser renovado permanentemente com a água de outros poços e o meio encarregado de velar por este permanente bombeio é o sistema democrático e, sobretudo, a ação de uma opinião pública responsável e inquieta. In VALLESPÍN, Fernando. *Reconciliación a través del derecho? Apostillas a facticidad y validez de Jürgen Habermas*. In: La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas. José Antonio Gimbernat (ed.). Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.p. 203.

como conseqüência, da democracia e da cidadania.

Nesse sentido, a teoria habermasiana possibilitaria a resolução dos conflitos vigentes na sociedade, alcançando o melhor resultado possível, uma vez que esta é decorrente do consentimento de todos os concernidos, enfim percebe-se uma aplicação prática.

Feitas estas observações conceituais e necessárias, observa-se o fenômeno da globalização, não sobre todos os seus desdobramentos, mas, tão somente, pelo viés intimamente ligado ao título deste trabalho dissertativo, a saber o desenvolvimento tecnológico, principalmente dos meios de comunicações e da telemática.

Os meios de comunicação como a *Internet*, estão de certa forma contribuindo e acelerando o processo de internacionalização dos mercados, conforme afirma Paul Singer: a "globalização pretende ser uma mudança qualitativa da internacionalização, na medida em que grandes processos em comunicação e transporte aproximaram ainda mais todos os povos no sentido material e cultural"⁶⁹

O desenvolvimento insopitável das tecnologias de informação propiciou uma alteração do espaço e do tempo, derrubando barreiras existentes e viabilizando transações negociais, praticamente de forma instantânea em diferentes localidades do globo terrestre. Entretanto, este cenário possui um sentido ambíguo, com reflexos positivos e negativos.

Segundo Herbert Marcuse, a tecnologia deveria servir para libertar o homem e não para propiciar exclusão social.

Os processos tecnológicos de mecanização e padronização podem liberar energia individual para um domínio de liberdade ainda desconhecido, para além da necessidade. A própria estrutura da existência humana seria alterada; o indivíduo seria libertado da imposição, pelo mundo do trabalho, de necessidades e possibilidades alheias a ele; ficaria livre para exercer autonomia sobre uma vida que seria sua.⁷⁰

⁶⁸ VALLESPÍN, Fernando. op. cit. p. 139.

⁶⁹ SINGER, Paul. Globalização: Afinal, do que se trata? In *Cadernos do Legislativo*, nº 3(06): jul/dez, 1997. p. 25 – 61.

⁷⁰ MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade Industrial: O Homem Unidimensional*. Trad. Giasone Rebuá. 5^a. ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

Nesse sentido, Habermas adverte que:

Elas apresentam a ciência, a técnica e o planejamento como instrumento promissores e seguros para um verdadeiro controle da natureza e da sociedade. Contudo, precisamente essa expectativa foi abalada por evidências massivas. A energia Nuclear, a tecnologia de armamentos e o avanço no espaço, a pesquisa genética e a intervenção da biotecnologia no comportamento humano, a elaboração de informações, o processamento de dados e os novos meios de comunicação são técnicas de conseqüências intrinsecamente ambivalentes. E quanto mais complexos se tornam os sistemas necessitados de controle, tanto maiores as probabilidades de efeitos colaterais disfuncionais.⁷¹

Seguindo este contexto, François Chesnais entende, que a desregulamentação financeira e o desenvolvimento cada vez mais acentuado da globalização financeira, associada ao papel das novas tecnologias, funcionam, ao mesmo tempo, como condição permissiva e como fator de intensificação dessa globalização.

Jürgen Habermas em seu texto intitulado “Nuestro breve siglo” faz um exame da passagem de milênio (século XX) e pede licença aos cortes cronológicos e apresenta tendências perenes anteriores a modernidade, que passariam intocadas para o século XXI, a título de exemplo, apresenta “(a), el desarrollo demográfico, (b) los cambios en el mundo del trabajo y (c) el currículum del progreso científico y técnico.” Quanto a esta última faz a seguinte consideração:

Nossa consciência do tempo e do espaço foi transformada pelas novas técnicas de transmissão, acumulação e processamento de dados e informações. [...] As distâncias espaço-temporais são superadas, elas desaparecem sem deixar impressão na presença onipresente de realidades virtuais. A comunicação digital supera finalmente a todos os outros meios em alcance e capacidade. Cada vez mais indivíduos podem obter quantidades mais rápidas diversas de informação, os processar e os trocar simultaneamente por distâncias grandes. Nós ainda não podemos apreciar as conseqüências intelectuais de Internet que se opõe de um modo mais decisivo para as alfândegas de nossa vida diária que uma aplicação de um novo aparato eletrodoméstico (tradução nossa).⁷²

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. A nova Intransparência – A crise do Estado de Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas, setembro/1987, p. 105.

⁷² Id. Nuestro breve siglo. Texto original: Nuestra conciencia del tiempo y el espacio ha sido transformada de otro modo por las nuevas técnicas de transmisión, acumulación y procesamiento de datos e informaciones. [...] Las distancias espaciotemporales ya no se "superan": desaparecen sin dejar huella en la presencia ubicua de realidades virtuales. La comunicación digital supera finalmente a todos los otros medios en alcance y capacidad. Cada vez más individuos pueden obtener más rápido cantidades diversas de información, procesarlas e intercambiarlas simultáneamente a través de grandes distancias. Todavía no podemos apreciar las consecuencias

Essa queda de barreiras existentes entre tempo e lugar se caracterizam como um movimento de mão dupla, uma vez que este traz conseqüências positivas e negativas, dentre estas a desnacionalização do capital. Entretanto, Habermas visualiza, também, uma nova ordem internacional caracterizada não pela abrangência além dos Estados-Nacionais, mas sim na possibilidade da criação de uma sociedade cosmopolita.

Segundo Habermas o capitalismo surgiu e se desenvolveu com dimensões de um “sistema mundo” ou por uma “economia global” e noticia que por vários séculos, a dinâmica capitalista fortaleceu a posição dos Estados-Nação e adverte que Estados soberanos podem conviver com zonas de livre-comércio, desde que os governos nacionais possam, efetivamente, influenciar em termos de políticas econômicas, financeiras e sociais.

Entretanto, devido a internacionalização dos mecanismos financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sido limitados pelos imperativos decorrentes das relações de produção tramadas globalmente. Enfim “A administração e a legislação nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições relevantes de produção”⁷³

Nesta sociedade visualiza-se a possibilidade de construção de uma solidariedade entre estranhos, através de consciência de interesses comuns, local em que a função do estado resume-se em regulamentar o mercado global e domesticar suas conseqüências secundárias.

Os Estados singulares deveriam vincular-se – de um modo visível para a política interna – a procedimentos cooperativos obrigatórios de uma sociedade de Estados comprometida com o cosmopolitismo. A questão decisiva é, portanto, se pode surgir uma consciência da obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas políticas dos regimes geograficamente amplos que estão se desenvolvendo. Apenas sob essa pressão de uma modificação da consciência dos cidadãos, efetiva em termos da política interna, a autocompreensão dos atores capazes de atuar globalmente também poderá se modificar no sentido de eles se compreenderem cada vez mais como membros do quadro de uma comunidade internacional e que, portanto, se encontram submetidos a uma cooperação incontornável como também, conseqüentemente, ao respeito recíproco dos interesses.⁷⁴

intelectuales de Internet, que se opone de modo más decisivo a las costumbres de nuestra vida diaria que un nuevo aparato electrodoméstico.

⁷³ Id. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. In: *Novos Estudos*. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 1995, n. 43, pp. 89-99

⁷⁴ Id. *A Constelação Pós-Nacional* págs. 72 e 73.

Para tanto, percebe-se a necessidade de uma cidadania ativa em uma sociedade globalizada e complexa. Uma vez que surge a necessidade de políticas conjuntas entre os Estados para manterem vivas suas economias. Reflexo hodierno desse fenômeno são as integrações em blocos espalhadas pelo mundo inteiro.

Nesse sentido, expõe Luiz Fernando Coelho:

A política busca uma diminuição da soberania para atendimento das necessidades das organizações transnacionais, quase os equivalentes aos blocos econômicos União Européia, Mercosul e Alca. E finalmente no espaço jurídico a procura pelos operadores do direito busca um novo conceito de norma jurídica, demonstrando-se um receio da mera aplicabilidade dos princípios.⁷⁵

A exemplo destes blocos tem-se a União Européia, o North American Free Trade Agreement (NAFTA), o mercado comum do sul (MERCOSUL), a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), dentre outros. Estes grupos apresentam intensas políticas protecionistas, que podem ser prejudicadas pela integração mundial proporcionada pela rede mundial de computadores – *Internet*, que serve de suporte para “a nova ordem mundial imposta pelo neocapitalismo virtual.”⁷⁶

Ou seja, devido à rede mundial não encontrar barreiras físicas e proporcionar um espaço de comunicação instantânea, o *ciberespaço*, pode ser considerado como uma espécie de “pano de fundo” do fenômeno globalizante.

2.4 O “PANO DE FUNDO” DA GLOBALIZAÇÃO - A TELEMÁTICA E SEUS EFEITOS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Uma das características da globalização consiste mesmo no fato de que esta última chega a não tomar em consideração do internacional no sentido estrito. Tomemos um exemplo que já se tornou trivial: o da rede *Internet*. (André-Jean Arnaud, *O Direito entre modernidade e Globalização – lições de filosofia do Direito e do Estado*, pág.09)

⁷⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p.107

Quanto a esse viés tecnológico, a sociedade, hodiernamente, vive a era da informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a despersonalização das relações negociais. Ou seja, a desnecessidade de tratativas físicas entre os interessados, já que o “mercado eletrônico ou virtual, em total contraposição aos conceitos vetustos do tradicional comércio físico, em que a presença do comerciante, pessoa física ou jurídica era fundamental”⁷⁷, nesse cenário apresenta-se facilmente desconsiderada.

Formou-se uma comunidade mundial virtual, que vale-se como suporte dos recursos da comunicação, informação e eletrônica.

Devido a esta relação de dependência é possível, frequentemente, localizar os termos “global” e “virtual” muito próximos ou então representados pela “telemática”. Nesse sentido aduz o francês François Chesnais:

O adjetivo ‘global’ surgiu no começo dos anos 80, nas grandes escolas americanas de administração de empresas [...] o termo era utilizado tendo como destinatários os grandes grupos para passar a seguinte mensagem: em todo lugar onde se possa gerar lucros, os obstáculos à expansão das atividades de vocês foram levantados graças a liberalização e à desregulamentação; **a telemática** e os satélites de comunicações colocam em suas mãos formidáveis instrumentos de comunicação e controle; reorganizem-se e reformulem, em consequência, suas estratégias internacionais⁷⁸(destaque nosso)

Percebe-se a telemática como um fator que proporciona a internacionalização das relações, a superação de barreiras comerciais, promove uma ruptura com os meios tradicionais que otimiza a globalização. Eis que prossegue Chesnais “A desregulamentação financeira e o desenvolvimento cada vez mais acentuado da globalização financeira e o papel das novas tecnologias, que funcionam, ao mesmo tempo, como condição permissiva e como fator de intensificação dessa globalização”⁷⁹

Este mesmo entendimento foi localizado por Ubiratan Borges Macedo nas idéias do filósofo alemão Karl Jaspers:

⁷⁶ Ibid, p.108.

⁷⁷ LAWAND, Jorge José. Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos, São Paulo:ed. Juarez de Oliveira, 2003 p. 5.

⁷⁸ CHESNAIS, F. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996. p.21.

[...] o filósofo alemão Karl Jaspers, no seu livro *Origem e Meta da História*, apontava como tendência do futuro a unificação do mundo ensejada pela técnica de transporte e comunicações. Hoje, o processo que Jaspers dizia estar se iniciando e que deveria culminar num governo mundial adiantou-se espantosamente. Sobretudo nesses últimos dez anos, a popularização crescente da Internet, seu aumento mundial já antecipada pela rede de notícias e a telefonia por satélite, unificaram cabalmente o mundo.⁸⁰

Macedo complementa com a dificuldade de contenção desta integração decorrente do avanço dos meios de comunicação e informática pelos estados soberanos “de fato limita a atuação do estado nacional. Nenhum deles pode impor unilateralmente normas para o transporte aéreo ou marítimo, ou sobre o rádio, comunicações por satélite, regras comerciais, etc.”⁸¹

Evidencia-se a *Internet* como um contexto mundial.

O ambiente virtual não está condicionado aos conceitos tradicionais de soberania e território, estes são facilmente desconsiderados como preleciona o argentino Ricardo Luís Lorenzetti:

O Estado Nacional está ligado ao conceito de território, no qual exerce sua jurisdição, e à legislação imperativa; ele depende dessa ligação. Se uma tecnologia consegue adentrar na jurisdição estatal sem passar pelas barreiras estabelecidas para o espaço físico, estaremos diante de problemas: a) indivíduos podem contratar a venda ou uso de bem sob forma digital, fazer publicidade, transmitir mensagens de todo o tipo, ignorando o sistema jurídico nacional aplicável ao território em que vivem; b) na compra de bens digitalizados pode-se desrespeitar o regime de importação ou exportação desconsiderar os controles alfandegários, bem como a incidência de impostos; os elementos que se levam em conta para o controle – contêineres e as malas – desaparecem; c) fenômenos vinculados ao consumo como *download* de livros eletrônicos serviços de viagens, turismo, intermediação financeira, serviços de saúde; assessoramento imobiliário, podem estar fora do controle da ordem pública; d) temas tão diversos como a proibição do jogo e da pornografia, ou as barreiras de entrada no mercado, enfrentam sérios desafios diante da disseminação do meio eletrônico.⁸²

Da mesma forma que a rede mundial de computadores pode conectar um sem número de indivíduos, pode fomentar inúmeros questionamentos

⁷⁹ Ibid., p. 26

⁸⁰ MACEDO, U.B. *Democracia e direito humanos, ensaios de filosofia prática (política e jurídica)*. Londrina: Humanidades, 2003, p.5.

⁸¹ Ibid., p. 5

⁸² LORENZETTI, op. cit., p. 37.

de natureza jurídica.

Este ambiente digital se apresenta como uma nova esfera das relações jurídicas, decorrentes do avanço tecnológico e estas reclamam um novo Direito com “parâmetros mentais condizentes a desafios absolutamente novos, que não encontram respostas pela simples respristinção tardia ou soluções particularistas trazidas por arcaicos institutos.”⁸³

Nesse espírito entende Lorenzetti que a *Internet* não respeita barreiras, e “poder-se-ia expandir sobremaneira o campo de contratação internacional, com grande desequilíbrio para os direitos nacionais e para o sistema protetivo, estabelecido por cada país dentro de sua ordem pública.”⁸⁴

Desta forma, necessário se faz regulamentação jurídica internacional, que por sua vez seria harmonizada com o direito interno de cada nação, respeitados os limites de sua soberania, a busca pela segurança jurídica nestas relações jurídicas comerciais.⁸⁵

Diante de todas as idéias trazidas à baila, resta claro o sentido de ruptura decorrente da globalização, que supera as barreiras existentes, sejam elas políticas, econômicas ou geográficas e, neste processo, percebe-se o desenvolvimento tecnológico, principalmente pelos meios de comunicação, que proporciona esta ateritorialidade necessária para a integração global. Enfim, a telemática ocupa um papel de pano de fundo e ao mesmo tempo uma espécie de suporte para esta integração global.

Outrossim, necessário se faz observar o direito de ordem nacional com a finalidade de assegurar a soberania estatal, bem como preservar os direitos dos jurisdicionados diante da aldeia global, principalmente em face do fácil acesso ao *e-commerce*, o qual pelo crescimento insopitável emerge como um problema cotidiano das relações negociais.

⁸³ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Contratos eletrônicos disponível em <http://www.jus.com.br> acessado em 10.03.05.

⁸⁴ LORENZETTI, op. cit. p. 290.

⁸⁵ FARIAS, Inez Lopes Matos C. de. *In* LEITE, M.E. O comércio eletrônico Nova Modalidade de Comércio Internacional *in* Congresso em Florianópolis, Anais, 2003, p.226.

3 A BASE CULTURALISTA E O SISTEMA DE CLÁUSULAS GERAIS COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO.

E considerando-se que a interpretação depende da concepção filosófica do direito vigente em determinada época e em determinada sociedade. (CASTANHEIRA NEVES. Metodologia Jurídica. Problemas da Interpretação jurídica – 1, Coimbra Editora, 2003, p.9)

Como dito, a presente dissertação possui uma ótica instrumental que, não obstante a legislação projetada e o direito comparado, apega-se aos meios, à disposição do operador do direito para conferir uma resposta imediata para as celebrações eletrônicas e, sem dúvida, o ponto de partida é a base principiologica da codificação brasileira.

3.1 DOS PLANOS DE COMPREENSÃO DA REALIDADE JURÍDICA: DA MATÉRIA-PRIMA (RAÍZES), FORMA E APLICAÇÃO

Segundo Alain Seriaux definir o direito não é tarefa do jurista, mas do filósofo.⁸⁶

Devido a proposta de observância aos diferentes planos da compreensão da realidade jurídica, necessário se faz uma análise inicial sobre as bases filosóficas, jurídicas e sociais, que sustentam o ordenamento jurídico pátrio.⁸⁷

⁸⁶ Alain Seriaux, *in* Droits, n.10, p.85 e prossegue “Do primeiro espera-se que declare o que é direito (*quid iuris*), do segundo, o que é direito (*quid ius*)” *in* AMARAL, Francisco. op. cit, 2003, p.1.

⁸⁷ Segundo Elias Diaz (*Sociologia e Filosofía del Derecho*) o direito é compreendido em três níveis de estudo: 1) O nível da Ciência jurídica, que se ocupa principalmente da análise do Direito Positivo ou “direito válido”, formalmente vigente em determinada comunidade. Seu objeto é não apenas o conhecimento do Direito posto, mas também, em outro plano, a descrição e a explicação do sistema de valores jurídicos implícitos nesse sistema de legalidade. 2) O nível da Sociologia Jurídica, voltada para a pesquisa e o conhecimento do “direito realmente eficaz” e, em outro plano, do sistema de valores aceitos e vividos por determinada coletividade. 3) O nível da Filosofia do Direito e, especialmente, da axiologia jurídica que tem por objetivo a análise crítica tanto do “direito válido” como do “direito eficaz”, realizada no plano mais elevado de legitimidade ou de justiça; seu objetivo é o “direito justo”. *in* MONTORO, André Franco. Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 60. Caio Mario da Silva Pereira entende que “constitui o direito uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico e uma unidade teleológica

A preocupação do primeiro plano, ora denominado de “matéria-prima”, revela-se na ontognoseologia jurídica que busca alcançar o conceito de direito, na epistemologia jurídica que estabelece os desdobramentos destes conceitos e as suas relações e implicações com os demais ramos, procura-se indagar quanto aos seus princípios e fundamentos, tarefa realizada pela deontologia jurídica, além da tentativa de localizar os valores considerados importantes em cada momento histórico cultural, os quais servirão de norte para formação, transformação e aplicação das normas jurídicas, entenda-se este labor como culturologia jurídica.⁸⁸

O estudo da deontologia e culturologia, bem como o entrelaçamento destas é realizado pela filosofia do direito, com a finalidade de estabelecer os valores sociais, que servirão de matéria-prima e receberão forma pelos princípios e fundamentos do direito, presentes e vigentes em cada momento histórico.

As sociedades condicionadas a sua localização no tempo e no espaço revelam e desrevelam alguns valores considerados essenciais para sua sobrevivência. A história do direito privado brasileiro evidencia, claramente, este desenvolvimento perene do seio social.

A título de exemplo, hodiernamente a sociedade brasileira privilegia a necessidade de proteção a dignidade da pessoa humana, a socialidade entre as pessoas, a ética nas tratativas sociais e a efetividade das instituições jurídicas.⁸⁹

Sem dúvida, estes elementos considerados como essenciais e indispensáveis compõem a base valorativa que sustentará uma normatização ou codificação.

Enfim, observam-se as raízes com função de sustentação.

Localizados tais valores, promove-se a formalização destes e atinge-se o segundo plano – a forma⁹⁰, momento em que se compreende a estrutura do

no plano social”(Instituições de direito civil, p.11) Orlando Gomes divide o estudo do Direito em três partes “a) heurística; b) morfológica; c) técnica. A heurística é o estudo das causas, fatores e funções do Direito na sociedade, meio de formação natural do fenômeno jurídico. A morfologia, o estudo das formas gerais e particulares do Direito. A técnica, o estudo dos processos tendentes à aplicação das regras jurídicas”(Introdução ao direito civil, p.21) Romualdo Baptista dos Santos compreende os seguintes planos: filosófico-principiológico, dogmático-normativo e pragmático.

⁸⁸ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva *in* TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo. op. cit. p. 223.

⁸⁹ Segundo Miguel Reale basicamente este é o suporte valorativo que nutriu a formalização das disposições do Código Civil.

⁹⁰ Insta fazer um paralelo com as fontes do Direito classificadas em Materiais e Formais, sendo que as primeiras (costume e princípios gerais de direito) servem de substrato fático e teórico que recebem forma por estas (Lei e Jurisprudência). “fala-se na existência de uma fonte material do

ordenamento jurídico, avaliando-se a hierarquia, a vigência e a validade das normas. Ou seja, a dogmática jurídica que segundo Miguel Reale pode ser entendida como “o estudo da normatividade jurídica em unidade sistemática” a qual se dá em três esferas: interpretação, construção e sistematização.⁹¹

Assim, percebe-se a necessidade de estudo do ordenamento jurídico como um todo, não como parte destacada conforme proposta do positivismo, este é apenas parte integrante do fenômeno jurídico vinculado aos demais momentos de compreensão. Enfim, “é neste plano que se estabilizam os conceitos jurídicos, sob orientação da principiologia.”⁹²

Ou seja, deve-se existir uma coerência entre os valores-princípios, que nutrem e servem de sustentação e a positivação destes expressamente considerada no corpo de um diploma jurídico.

Quanto ao elemento coerência destaca GIORGIO DEL VECCHIO.

Uma exigência única, se bem repararmos, estabeleceu o legislador a respeito da relação que deve existir entre os princípios gerais e as normas particulares do direito: que entre uns e outras não haja qualquer desarmonia ou incongruência. [...] A congruência intrínseca das várias partes componentes do sistema deve resultar e confirmar-se, a todo momento, confrontando normas singulares entre si a respeito dos princípios gerais com que se relacionam; somente por esse modo consegue o jurista colher o espírito íntimo do sistema e segui-lo nas aplicações particulares, evitando os erros que, facilmente, derivariam da consideração abstrata desta ou daquela norma.⁹³

Não se concebe que a base principiológica e os fundamentos destoem do que foi formalizado no sistema, necessária a sintonia destes.

Caso o legislador olvide-se e construa tão somente à luz dos dogmas jurídicos é condenar um ordenamento a pequenez.⁹⁴

direito, que é, em última análise, a própria sociedade, com sua imensa gama de relações, fornecendo elementos materiais (biológicos, psicológicos, fisiológicos), históricos (conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que se sedimentam), racionais (elaboração da razão humana sobre a própria experiência de vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre os meios e os fins) e ideais (diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos dos seus interesses) in STOLZE, Pablo, Novo Curso de Direito Civil, São Paulo:Saraiva, 2003, p. 11.

⁹¹ REALE, Miguel. Filosofia do direito, São Paulo; Saraiva, 17 ed, 1996, pág. 581.

⁹² SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op.cit. p. 225.

⁹³ DEL VECCHIO, Giorgio. Princípios gerais do direito. Tradução Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2003, p.19.

⁹⁴ Entenda-se, aqui, por *dogmática jurídica*, conforme recomenda Francisco Amaral, a “idéia segundo a qual o direito se apresenta como construção jurídica, lógica, racional e sistematizada, obediente

Após esta estabilização formal dos conceitos jurídicos, alcança-se o plano de aplicação (terceiro plano), que compreende a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, seja voluntariamente ou coercitivamente. É o momento em que se indaga acerca da realização do direito, sua eficácia.

Segundo Romualdo Baptista dos Santos é o instante “culminante de toda atividade jurídica, pois tudo o que se idealiza em nível filosófico e se fixa no plano normativo-dogmático encontra sua finalidade no plano pragmático.”⁹⁵

Insta ressaltar, que todos estes planos de compreensão da realidade jurídica não são autônomos, mas se exigem e se integram reciprocamente. O sentido de uma norma não se revela pela sua simples redação, mas envolve um valor que recebeu forma e que, finalmente, para ser aplicado, sofrerá uma nova interpretação.

É possível, que um mesmo princípio ao ser interpretado em momentos diferentes revele um anseio totalmente diferenciado, a título de exemplo, a boa-fé objetiva expressamente considerada no Código Comercial de 1850 que não passou de letra morta na Lei, hodiernamente apresenta-se como indispensável para toda a contratualística.

Já dizia Tullio Ascarelli que “novos institutos não surgem repentinamente, mas se desenvolvem gradualmente sobre o tronco de velhos institutos que vêm aos poucos renovando e cumprindo novos objetivos”⁹⁶

Isso se dá de forma gradual tendo seu enceto nas relações sociais e no modo de visão destas, exemplificadamente a orientação individualista-liberal, que norteava as negociações dos séculos XVIII e XIX até o início do século XX, deu lugar ao socialismo-humanismo.

Tais mudanças sociais não provocaram, tão somente, uma alteração na tábua de valores do ordenamento jurídico, evidenciam, também, uma mudança de natureza metodológica na busca da aplicação efetiva dos valores considerados “essenciais”.

ao princípio positivista de que o objeto da ciência do direito são apenas as normas positivadas (dogmas), independentemente da realidade social subjacente.” in HIRONAKA, Giselda Novaes op. cit.

⁹⁵ SANTOS, Romualdo Baptista dos. Op. cit. p. 226.

⁹⁶ ASCARELLI, Tullio. Il negozio indiretto e la società commerciale. in: Studi in onore di Cesare Vivante. Roma: Editrice del foro Italiano, 1931, v.I, p.25. apud CASES, José Maria Trepát.

3.2 DO MÉTODO – DA VIRAGEM DO PARADIGMA DA APLICAÇÃO AO PARADIGMA JUDICATIVO-DECISÓRIO

Chega-se à conclusão de que existe imperiosa tendência no direito civil brasileiro, para um novo modelo interpretativo, com especial referência aos princípios jurídicos.(FRANCISCO AMARAL, O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório, pág. 06)

Como dito no item imediatamente anterior, as mudanças sociais provocaram mais do que alterações na tábua de valores, propiciaram uma nova sistematização do conhecimento no campo do direito civil, “o da formulação de um novo modelo de interpretação jurídica.”⁹⁷

Nesse sentido, adverte Teresa Negreiros de que “novos valores, consubstanciando novos objetivos, não podem ser alcançados por meio de velhos métodos oferecidos pela dogmática tradicional.”⁹⁸

Como forma de evidenciar tal mudança metodológica, necessário ter-se como ponto de partida a primeira codificação civil – Código Civil de 1916, que quanto ao processo de realização do direito, predominava o “paradigma da aplicação, entendendo-se como tal o procedimento lógico-dedutivo que, a partir da norma geral e abstrata, e por meio do silogismo-jurídico chegava automaticamente à decisão do caso individual e concreto.”⁹⁹

Tal orientação foi perdendo vigor em decorrência das críticas elaboradas por juristas de renome, como Rudolf Von Jhering, Philipp Heck, François Géný, Emilio Betti, Ronald Dworking, Robert Alexy, A. Castanheira Neves, dentre outros, sendo que em solo brasileiro destaque-se Miguel Reale.

Estes defendiam um texto que “levasse em conta a textura aberta dos textos legais, a importância crescente dos valores e dos princípios jurídicos e a atividade criadora do juiz, a caracterizar uma crescente e efetiva jurisdicização do direito.”¹⁰⁰ Diante disso, a interpretação jurídica passou a localizar-se no centro da

⁹⁷ AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In TARTUCE, Flávio. CASTILHO, Ricardo. op. cit., pág. 04.

⁹⁸ NEGREIROS, Teresa. op. cit, pág. 45.

⁹⁹ AMARAL, Francisco. 2004, pág. 5.

¹⁰⁰ Id. p. 06.

problemática filosófico-jurídica da segunda metade do século XX, na busca de um modelo hermenêutico de cunho axiológico ou jurisprudencialista.

Desnecessário um mergulho sobre o desenvolvimento perene desta abertura metodológica, bem como levando-se em consideração que a interpretação jurídica depende do ambiente político-cultural, além do contexto histórico em que esta teve sua gênese e evolução, assim resta evidenciar tais contextos em duas grandes codificações (pontos de partida), a saber: os códigos de 1916 e 2002.

O Código Civil de 1916 em seu contexto, em apertada síntese, apresentava as seguintes características: os postulados do Estado Liberal – como monismo jurídico (Estado como única fonte de produção jurídica), na clara separação entre as esferas do público e privado, a abstração e generalidade das regras jurídicas, o formalismo jurídico e a redução do processo de interpretação à mera exegese dos textos legais. Enfim, foi neste contexto ideológico que se desenvolveu a codificação civil de 1916, iniciada por Teixeira de Freitas e finalizada por Clóvis Beviláqua.¹⁰¹

Segundo Michel Villey a orientação positivista reduzia a ciência do Direito em descrever objetivamente as normas jurídicas “eis o jurista reduzido a ser um técnico sem princípios, intérprete passivo de textos, escravo do poder; não mais árbitro entre as forças e os interesses, mas seu instrumento.”¹⁰²

Quanto à técnica empregada, esta refletia a orientação codicista de que o Código tudo prevê, tudo dispõe. Caracterizava-se pela redação escorreita e precisa, com predominância de concepções do direito francês, técnica do direito alemão e quanto ao conteúdo, essencialmente, direito português.

Sob o viés filosófico, pode-se dizer que o Código Beviláqua era produto das idéias do positivismo, o qual consagrava princípios do liberalismo e do individualismo. Destaque-se que Clóvis Beviláqua era positivista com inclinação para o empirismo evolucionista e profundo admirador de Rudolf Von Jhering, Joseph Kohler e Hermann Post.¹⁰³

Expressando tal entendimento e método, ao comentar o artigo 5º da

¹⁰¹ AMARAL, Francisco. 2004 p. 7.

¹⁰² *Leçons d' Histoire de la Philosophie du Droit*, p. 98. in MONTORO, André Franco. Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 40.

¹⁰³ Tal conclusão é apresentada por Silvio Meira in Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua Obra, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, 1990, pág. 245. *apud* AMARAL, Francisco. Op. cit. 2004,

Lei de Introdução ao Código Civil (em 1916 parte integrante do Código), assim manifestou-se Clóvis Beviláqua:

Se a lei é a expressão por excelência do direito, o juiz é o órgão superior de sua aplicação, dirimindo as contendas entre os particulares, declarando o direito, homologando os atos jurídicos, interpondo a sua autoridade nas ocasiões em que tal se faz necessário.¹⁰⁴

Em terras brasileiras tais concepções sofreram críticas e alterações, quanto ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código; em 1942 sofreu alteração em sua redação sob o ponto de vista metodológico, a doutrina jurídica da interpretação laborou muito no sentido de uma nova ótica da codificação dentre estes, destaque-se Paula Baptista e Joaquim Ignácio Ramalho, Carlos Maximiliano, Alípio da Silveira (o qual valia-se da Lógica do Razoável de Luis Recaséns Siches) e mais recentemente Luís Fernando Coelho com o entendimento de que “não é o sentido da norma que se impõe ao jurista, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma de acordo com sua formação cultural e ideológica”¹⁰⁵

Não obstante, por não ser objeto nuclear do presente estudo o desenvolvimento dos métodos de interpretação presentes na doutrina brasileira e alienígena, promove-se um saldo para o contexto cultural e filosófico da codificação iniciada em 1972 e aprovada em 2002, com a finalidade de demonstrar a mudança de paradigma de interpretação.

A codificação de 2002 vislumbrou durante seu longo trâmite, a mudança do Estado de Direito para Intervencionista em prol do bem-estar social e, posteriormente, ao Estado Democrático de Direito, o público e privado passam a apresentar intersecções, além do surgimento do denominado terceiro setor, a posição central do código é retirada em detrimento do advento da Constituição Federal (descodificação do direito civil), as normas gerais e abstratas passam a tutelar situações jurídicas concretas, o “indivíduo situado” e a certeza na realização

p.08.

¹⁰⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Edição Histórica, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976, p. 108.

¹⁰⁵ COELHO, Luiz Fernando. Lógica Jurídica e Interpretação das leis, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 182.

do direito cede para o trabalho axiológico de buscar a justiça e o bem comum.¹⁰⁶

Quanto ao contexto social percebe-se uma sociedade complexa, pluralista, fragmentada, caracterizada pelo desenvolvimento científico e tecnológico, tendo-se a supervalorização do conhecimento e da informação. Devido a estes aspectos de natureza técnica o código perdera a sua estrutura global e passa a admitir as leis especiais como competentes para disciplina e organização de algumas matérias.

Adota-se um sistema aberto composto por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, além do emprego de princípios informadores que servem de norte para todo o Código Civil.

Devido à mudança ideológica de formulação do código, o modelo de aplicação do direito cede lugar pela busca da justiça, tendo-se um novo ponto de partida deslocado das disposições abstratas do código para o caso concreto.

A orientação do atual Código Civil privilegia “uma interpretação conforme os princípios, em uma substituição da *ratio legis* pela *ratio iuris*, isto é, uma decisão jurídica conforme não à lei, mas ao próprio direito.”¹⁰⁷ Uma perspectiva localizada no direito como *iuris-prudentia*, cujo ponto de partida seriam os princípios axiológicos-normativos (fundamentação) e o pensamento jurídico como pensamento judicativo-decisório.¹⁰⁸

Tal mudança de paradigma metodológico de aplicação do direito se dá, inclusive, pela mudança filosófica que norteou a elaboração da Codificação de 1916, diversa da empregada desde 1972 para aprovação em 2002.

Destarte, para uma melhor compreensão dos valores que sustentam o diploma civil pátrio hodierno, necessária se faz uma breve abordagem sobre a sua elaboração com a finalidade de perceber e identificar os valores “essenciais” na feitura deste.

Tais considerações são cabíveis devido ao longo trâmite do então Projeto de Código Civil, bem como pelo “sepultamento” da ideologia de uma Codificação oitocentista em detrimento da adoção de vetores axiológicos sociais, éticos e realizáveis.

¹⁰⁶ AMARAL, Francisco, 2004 p. 15.

¹⁰⁷ AMARAL, Francisco, 2004. p. 23.

¹⁰⁸ NEVES, Castanheira. Curso de Metodologia Jurídica, Universidade Federal do Rio de Janeiro,

Soma-se, também ao fato de a legislação referente ao objeto nuclear da presente dissertação – as relações contratuais eletrônicas, encontrar-se ainda na forma projetada, restando ao operador do direito valer-se do ordenamento civil posto e a abertura por este proporcionada para o deslinde das situações levadas a apreciação, que apesar de não tuteladas especificamente, ocorrem diariamente.

3.3 CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO E A ORIENTAÇÃO CULTURALISTA – A INFLUÊNCIA REALEANA NA ELABORAÇÃO DO DIPLOMA CIVIL PÁTRIO

Não obstante, o desenvolvimento vetusto do cientificismo jurídico, no âmbito do presente trabalho, observar-se-á apenas os pontos fundamentais da doutrina juspositivista que, inclusive, merecem objeção.

Como primeiro ponto tem-se a abordagem do direito pela escola positivista, sendo este considerado um fato e não um valor¹⁰⁹.

O segundo ponto refere-se à teoria do ordenamento jurídico, que sustentada pelas teorias da coerência (ausência de normas contraditórias) e completitude (as normas explicita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico dão suporte para o julgador extrair uma *regula decidendi*) excluem a existência de lacunas no direito¹¹⁰.

Por terceiro ponto tem-se a teoria da *interpretação mecanicista*¹¹¹ que reduz a figura do jurista a uma máquina de aplicação fria da norma.

1994, p.94. in AMARAL, Francisco. 2004. p. 23.

¹⁰⁹ “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção ente *juízos de fato e juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.” BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999. p. 135.

¹¹⁰ Na obra Teoria Pura do Direito, considera Hans Kelsen: “conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela [...] haveria as seguintes possibilidades de resolver o conflito: ou se entendem as duas posições no sentido de que é deixada ao órgão competente para a aplicação da lei, a um tribunal, por exemplo, a escolha entre as duas normas; ou quando – como no segundo exemplo- as duas normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra”

¹¹¹ “o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo das normas jurídicas já dadas.” BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 212.

Já o quarto ponto diz respeito à *teoria da obediência*¹¹² que pode ser resumida ao aforismo: *Gesetz ist Gesetz* (Lei é Lei).

Esta postura do positivismo jurídico sofreu críticas, inicialmente, em duas “praias” diferentes e que se dirigem a aspectos diversos, tendo-se de um lado a corrente do realismo jurídico ou jurisprudência sociológica e, de outro, o jusnaturalismo, que critica os aspectos ideológicos do juspositivismo.

Ainda nesse sentido crítico tem-se a corrente denominada de culturalismo jurídico tendo como principais nomes Wilhem Windelband, Heinrich Rickert e Emil Lask, sendo que, em nossa pátria a maior expressão do culturalismo jurídico está em Miguel Reale.

O culturalismo é um movimento filosófico¹¹³, que se utiliza da noção ‘cultura’ como paradigma central e decisivo nos domínios das ciências humanas. O significado e a função da cultura para as ciências humanas, em especial na teoria do conhecimento e ciência jurídica são os problemas centrais da corrente em comento.

Conforme esta teoria, os objetos e os fatos da natureza quando modificados pela inteligência humana, incorporam valores e adquirem significados passando a ser objetos e fatos culturais, em vista disso temos a cultura, que na lição de Miguel Reale:

A cultura é, pois, o complexo rico e multifacetado reino da criação humana, de tudo aquilo que o homem consegue arrancar à fria seriação do natural e do mecânico, animando as coisas com um sentido e um significado, e realizando através da História a missão de dar valor aos fatos e de humanizar, por assim dizer, a natureza.¹¹⁴

¹¹² Teoria da Obediência de Hegel.

¹¹³ Nesse sentido, o culturalismo jusfilosófico, que teve grande impulso no Brasil após a Segunda Grande Guerra, inspirando-se em Kant e considerando-se herdeiro de Tobias Barreto, busca reorientar as diversas tradições filosóficas nacionais rumo a uma interlocução centrada nos valores, na pluralidade e no mundo da cultura. Sob a condução de Miguel Reale e integrado por muitos pensadores, dentre os quais Luiz Washington Vita, Djacir Menezes, Paulo Mercadante, Nelson Saldanha e Antonio Paim, a corrente culturalista fundou o Instituto Brasileiro de Filosofia (IBF), que se projetou como “Instituição devotada a promover o diálogo entre as diversas correntes da Filosofia existentes no país”. Desde então, filosoficamente, a Escola Culturalista de São Paulo incorporou posições conectadas com a problemática axiológica e com o transcendentalismo neokantiano projetando-se, na metade do século XX, como alternativa crítica ao jusnaturalismo idealista e às variantes dogmáticas do positivismo cientificista que atravessavam os cursos jurídicos do país. . WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1989.

¹¹⁴ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3 ed. *Fac símile* da 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 179.

Ou seja, segundo o culturalismo Realeano é inconcebível a observância avaloriada dos fatos conforme preconiza a orientação positivista, devido à realização de juízos de valor pela ação humana na observância dos fatos.

Desta forma, evidencia-se que, até mesmo o ponto de partida culturalista difere quanto ao entendimento positivista. Prosseguindo ainda por essas veredas de análise das correntes em apreço, necessário se faz observância dos demais aspectos divergentes já em sede de codificação, ou seja, a influência culturalista no bojo do Código Civil em vigor desde o ano de 2003.

Tal atenção é devida ao fato de Reale ter ocupado a posição de supervisor da comissão revisora e elaboradora do até então Projeto de Código Civil, outrossim presidiu e ditou as diretrizes além de redigir e concluir a redação da parte relativa ao Direito das Obrigações e Direito de Empresa, em virtude do falecimento de Agostinho Alvim e Sylvio Marcondes.

Quanto à concepção de valores dos integrantes da aludida comissão revisora e elaboradora, manifestou-se Reale: “Não é dito é claro, que os membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil fossem todos culturalistas, mas participavam, de maneira geral, da compreensão do Direito como uma *experiência cultural*”¹¹⁵

Não se pode dizer que os membros da Comissão revisora e elaboradora do Código Civil fossem culturalistas, pois não eram tradicionalmente associados a tal movimento filosófico. Entretanto, segundo o próprio Miguel Reale, as obras de Arruda Alvim eram “aderentes a experiência social” e marcadas por sua frase “Direito Civil não se inventa”¹¹⁶, ou seja, marcas de uma expressão culturalista. Sem que se trate todos os autores, cabe ressaltar também as obras de Sylvio Marcondes, que tinha uma preocupação constante com a ligação entre o direito e a realidade, fato endossado pelas suas obras¹¹⁷, bem como, pela própria redação do Direito da Empresa.

Não obstante, as diretrizes estabelecidas pela comissão para a elaboração do projeto, como a necessidade de uma parte geral e uma unificação

¹¹⁵ COSTA, Judith Martins e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. Prefácio.

¹¹⁶ REALE, Miguel. *Memórias*, cit., v.2 – A balança e espada, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 222.

¹¹⁷ MARCONDES, Sylvio. *Professor Waldemar Ferreira*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. LX, 1965, p. 47-67; idem, *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

das obrigações civis e mercantis, uma vez que já se encontrava pacífico na doutrina e jurisprudência o tratamento unitário das obrigações, dentre outras. No âmbito do presente estudo far-se-á considerações, tão somente, quanto as instruções que vão de encontro aos pontos fundamentais do positivismo jurídico, inclusive já apresentados.

Para tanto, necessária observância quanto ao método de elaboração do diploma civil aprovado em 2002.

3.3.1 Método de elaboração do projeto de Código Civil

O longo caminho que levaria à promulgação do atual Código Civil brasileiro iniciou-se em 1969, quando o Governo Federal convidou o Professor Miguel Reale, da Universidade de São Paulo, para assumir a coordenação geral da comissão encarregada da elaboração de um novo anteprojeto.

Coube ao iminente jurista-filósofo a tarefa de formar tal comissão; a princípio, sugeriu que seus integrantes deveriam atender a alguns requisitos, entre eles: competência doutrinária; afinidade intelectual e que fossem juristas de diversos lugares do país “para prevenir acusações de bairrismo”.¹¹⁸

A comissão indicada e coordenada por Miguel Reale foi formada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves, que na época era Procurador da República, encarregado de redigir a Parte Geral, Agostinho Alvim, de São Paulo, responsável pela redação da parte relativa ao Direito das Obrigações, Sylvio Marcondes, da USP, único que já havia participado da comissão de elaboração e avaliação do anteprojeto de Código das Obrigações confiado a Caio Mário da Silva Pereira e que teve a incumbência de redigir a parte do Direito da Empresa. Ebert Chamoun, Desembargador do Estado do Rio de Janeiro e professor universitário, foi o encarregado de redigir a parte do Direito das Coisas e Torquato Castro, da Universidade Federal de Pernambuco responsável pelo Direito das

¹¹⁸ REALE, Miguel. 1987, p. 221.

Sucessões, como último integrante Clóvis do Couto e Silva, do Rio Grande do Sul, encarregado da elaboração da parte referente ao Direito de Família.¹¹⁹

Assim, verifica-se a presença de juristas do sul, do nordeste, do centro do país, dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, para evitar a acusação de “bairrismo”, bem como o perfil dos juristas escolhidos atendiam aos requisitos apresentados por Reale.

Quanto ao desenvolvimento de elaboração do projeto manifestou-se Reale:

Posso afirmar com tranqüilidade, que a elaboração do Anteprojeto de Código Civil obedeceu a um processo até certo ponto inédito, marcado pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira, segundo um plano preestabelecido de sucessivos pronunciamentos, por parte das pessoas e categorias sociais a que a nova lei se destina. Essa linha metodológica tornou-se mais nítida à medida que vieram sendo desenvolvidos os trabalhos, o que confirma, no campo das ciências humanas, o acerto epistemológico de que, na pesquisa científica, é contato direto e efetivo com a realidade que gera as técnicas e os métodos mais adequados à sua compreensão.¹²⁰

Nesse sentido, também, os trabalhos de José Carlos Moreira Alves com sua preocupação histórica a respeito da posse¹²¹, ou seja, os trabalhos da comissão revisora e elaboradora encontravam-se permeados de concepções e conceitos centrais do culturalismo.

Reale entende que o culturalismo constitui mais do que uma escola filosófica, mas sim “um movimento que se distingue por situar a cultura como foco central de apreciação das ciências humanas”, com base nestes conceitos verifica-se que tal comissão era realmente formada por culturalistas.

¹¹⁹ COSTA, Judith Martins e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. op. cit., p. 42-43.

¹²⁰ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 77.

¹²¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997 (obra com duas partes, dividida em quatro tomos – uma parte histórica e outra dogmática). Outros trabalhos, dentre muitos, que tratam do Projeto de Código Civil: MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Inovações no novo Anteprojeto de Código Civil*. Revista de Informação Legislativa, out./dez. 1973, p. 5-15; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo; MOREIRA ALVES, José Carlos. Anais da Câmara dos Deputados, palestra proferida em 25 de agosto de 1999 na Comissão Especial do Código Civil, Projeto 634/75 (disponível na internet www.camara.gov.br).

3.3.2 Diretrizes centrais do projeto

A comissão revisora e elaboradora do Novo Código, antes de começar os trabalhos, resolveu estabelecer diretrizes para que, posteriormente, o trabalho fosse executado.

Como primeira diretriz ficara estabelecida a unidade e sistematização, que exigiu, necessariamente, uma parte geral e uma unificação das obrigações civis e mercantis, uma vez que, já encontrava-se pacífico na doutrina e jurisprudência o tratamento unitário das obrigações.

Nesse sentido, na apresentação das diretrizes fundamentais ao Ministro Armando Falcão¹²² aduziu MIGUEL REALE:

a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global*, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção ente obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.

b) Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente as atividades negociais ou empresárias em geral como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam.¹²³

Assim, tal diretriz objetivava dar nova estrutura ao Código, preservando a Parte Geral, fruto da obra de Teixeira de Freitas. No entanto, com uma nova ordenação da matéria, a exemplo de outras codificações e aproveitando-se dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas anteriormente.¹²⁴ Ou seja, não realizar propriamente a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações.

Outra diretriz central foi a de não refazer integralmente o Código Civil, preservando tudo o que se pudesse manter, modificando somente o necessário

¹²² Armando Falcão, Ministro de Estado da Justiça, no governo do Presidente Ernesto Geisel

¹²³ REALE, Miguel. 1986, p. 75.

¹²⁴ Anteprojeto de Código das Obrigações por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo; e depois por Orlando Gomes e Caio Mario da Silva Pereira com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações.

para a modernização do direito; nesse sentido, ditou Reale: “Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu.”¹²⁵

Tal objetivo reflete um posicionamento culturalista, visto que, observa-se a valorização dos bens culturais, que são reconhecidos e aceitos por determinada sociedade em certo período ou data. Ou seja, a preocupação de um historicismo axiológico sem, contudo desligar-se dos anseios da realidade social, preservando e adequando o Código Civil as necessidades e reclamos da sociedade ora desenvolvida.

Desdobra-se uma diretriz, com base na concepção culturalista, aderente a experiência social a de inserir no Código somente matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, assim tem-se a apresentação de tal orientação por Miguel Reale:

Não dar guarita no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.¹²⁶

Verifica-se a preocupação em empregar somente matéria consolidada, deixando para a legislação especial aditiva o regramento de questões, ainda em processo de estudo, ou que envolvam matérias que extrapolam os limites do Código Civil.

Registre-se aqui a assertiva do Código Civil em não abordar, de forma específica, as contratações eletrônicas devido aos aspectos técnicos envolvidos, bem como a falta de trato pela doutrina e jurisprudência.

Outra diretriz, a de mais relevância para a abordagem ora estabelecida, trata da alteração geral do Código no que se refere a certos *valores*

¹²⁵ REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*, disponível em <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>, Acesso em 25.11.2003.

¹²⁶ REALE, Miguel. 1986, p. 75.

considerados essenciais, tais como o de *eticidade*, de *socialidade* e de *operabilidade*.¹²⁷

Tais valores desenvolveram-se com base em diretrizes fundamentais iniciais determinadas pela comissão, como a superação de *pressupostos individualistas*¹²⁸ que condicionaram a elaboração do Código, modificando-o para um caráter social que deu origem ao princípio da socialidade.

Esta observância social é presente em diversos dispositivos do Código expressamente considerados como destinação econômico-social¹²⁹, fim social¹³⁰, função social¹³¹, interesse social¹³² e comportamento anti-social¹³³.

Insta ressaltar que tais ocorrências são analisadas na ordem coletiva, não se fala mais em contratante individual ou proprietário individual, mas sim destes inseridos em um contexto social de interação e cooperação.

Deixa de existir o contratante individualizadamente considerado como o centro de interesses da relação obrigacional, para surgirem os contratantes. O contrato torna-se um instrumento que se realiza mediante a cooperação entre homens, que depende da colaboração conjunta dos que participam da avença, pois somente assim será possível alcançar os diversos objetivos de cada um dos figurantes do contrato.¹³⁴

A diretriz da sociabilidade é a raiz fundante do princípio da função social dos contratos, que será analisado no momento oportuno.

¹²⁷ Id. Ibid.

¹²⁸ Id. Ibid.

¹²⁹ Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

¹³⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹³¹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹³² Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa

Art. 1.228. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

¹³³ Art. 1337. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia

¹³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil – As obrigações e os contratos, p.21.

Nesse sentido, desdobrou-se outro vetor com a preocupação em “dar ao projeto um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade,”¹³⁵ sendo que, tal entendimento de dar instrumentalidade e realizabilidade ao Direito gerou o denominado princípio da operabilidade.

Este busca a concretude do direito, na busca pela “ética da situação”¹³⁶ que se vale do emprego de expressões vagas garantidoras de mobilidade para o operador do direito entregar a tutela jurisdicional de forma eficaz, a título de exemplo: “adotar as providências necessárias”¹³⁷ e “conforme as circunstâncias exigirem”¹³⁸, segundo Humberto Theodoro Júnior “Por fim, a operabilidade é o princípio que busca a realização do direito e de condições para sua efetiva operação.”¹³⁹

Esta instrumentalidade será analisada no tópico imediatamente posterior.

Ainda nessa ordem de idéias e envolvimento no vetor da operabilidade, encontra-se o princípio da eticidade que se guiou pela diretriz de *dispensa de formalidades excessivas*¹⁴⁰ e consubstanciada na utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que fazem referência a expressões cujo significado exige um trabalho valorativo do juiz para que a norma possa ser aplicada.

Nestas expressões se revela o princípio da eticidade devido a ocorrência freqüente de valores éticos e sociais, como boa-fé, probidade e função social.

O Código Civil vigente é um documento marcado pela adoção de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, permeadas de conteúdo ético e moral, que norteiam o julgador para além do ordenamento jurídico, utilizando-se de conceitos metajurídicos.

Nesse instante, necessário se faz um corte epistemológico, uma vez

¹³⁵ REALE, Miguel. 1986 p. 76

¹³⁶ REALE, Miguel. 1986, p.39.

¹³⁷ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

¹³⁸ Art. 690. Se falecer o mandatário, pendente o negócio a ele cometido, os herdeiros, tendo ciência do mandato, avisarão o mandante, e providenciarão a bem dele, como as circunstâncias exigirem.

¹³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Código Civil – Livro III – Dos fatos Jurídicos: Do Negócio Jurídico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, apresentação.

¹⁴⁰ REALE, Miguel. Loc cit.

que é cediço a existência de outras diretrizes referentes à elaboração do Projeto do Código Civil de 2002. Contudo, estas são as principais, bem como, relacionadas à influência do culturalismo de Miguel Reale, sendo necessárias para o desdobramento das pretensões da pesquisa.

3.3.3 Sistema do Código Civil – Cláusulas Gerais (*Generalklauseln*) e Diretrizes Culturalistas – forma de concretização do Direito

Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais. (JUDITH MARTINS-Costa, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, Saraiva, 2002, pág. 118)

A mobilidade buscada pelo Código Civil de 2003, tem por escopo, proporcionar uma maior aplicação e interpretação das cláusulas gerais, que oferecem permeabilidade ao sistema e oportunizam ao magistrado a autonomia para colmatar seu conteúdo.

Tal amplitude e discricionariedade é conferida pelo ordenamento civil, por tratar-se de um documento *aberto*, marcado pela adoção de conceitos legais indeterminados (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), de conceitos indeterminados pela função (*funktionsbestimmte Rechtsbegriffe*) e pelas já mencionadas cláusulas gerais.

Destarte, insta ressaltar, que existe uma enorme interação entre cláusulas gerais¹⁴¹, princípios gerais de direito¹⁴², conceitos legais indeterminados¹⁴³

¹⁴¹ Cláusulas Gerais “são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir.” Franz Wieacker “*Privatrechtsgeschichte*” in NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais in O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*, São Paulo: LTR, 2003, p. 408.

¹⁴² Princípios Gerais de Direito “são regras que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas (LICC, 4º; CPC 126)” Eros Roberto Grau “*Poder discricionário*” in NERY JÚNIOR, Nelson. 2003, p. 406.

¹⁴³ Conceitos legais indeterminados “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e

e conceitos determinados pela função¹⁴⁴.

A orientação oitocentista, que norteou a codificação de 1916, foi elaborada em um momento de predomínio exacerbado do individualismo e sua aplicação pecava pelo excessivo rigor formal, de maneira que tudo deveria se resolver através dos preceitos normativos expressos, sendo raras as referências à aplicação de princípios éticos e sociais.

Em contrapartida a esse entendimento é que o Código Civil de 2002 se apresenta permeado de novos valores estranhos ao antigo ordenamento. Traz como proposta a opção por cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigor conceitual, a fim de se realizar uma melhor adequação do Direito à realidade social devido à mobilidade de sua interpretação.

Este modelo de sistema garantiu a sobrevivência do Código Civil Alemão – BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que apesar de fruto do liberalismo e da pandectística alemã dos séculos XVIII e XIX se apresenta como um dos mais perfeitos Códigos Civis do mundo.

Evidencia-se um Código móvel aos operadores do Direito, para que se possa realizar a sua interpretação teórica e aplicação prática, com base em cláusulas abertas e modelos jurídicos. Daí a afirmação de que uma lei não deve ser interpretada segundo sua letra, mas consoante o seu espírito, “constituindo o seu travamento lógico e técnico, bem como a base de sua fundamentação ética”¹⁴⁵.

Quanto a adoção de cláusulas gerais, necessárias as considerações de Judith Martins-Costa¹⁴⁶, que afirma que “no universo craquelé da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o Código total, totalizado e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos.”

Depreende-se, que um Código não pode comportar em seu bojo,

extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com uma hipótese de fato posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto.” NERY JÚNIOR, Nelson. 2003, p. 407.

¹⁴⁴ “Os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto. Servem para propiciar e garantir a aplicação correta, eqüitativa do preceito ao caso concreto. [...] São, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais.” Karl Larenz “Methodenlehre der Rechtswissenschaft” in NERY JÚNIOR, Nelson. 2003, p. 408.

¹⁴⁵ REALE, Miguel. 1986, p.3

¹⁴⁶ COSTA, Judith Martins, O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no

soluções para as diversas situações e inovações desenvolvidas no convívio social. Nesse sentido, aduz Paulo Nader¹⁴⁷ que segundo “a nova ordem a pretensão é a de conferir maior poder ao juiz de fundar a sua decisão em valores éticos”, ainda nesta ordem de idéias justifica Ricardo Fiuza¹⁴⁸ :

[...] a necessidade de flexibilização do ordenamento pátrio, ao afirmar que o animus desse novo Código reside justamente no combate a essa instabilidade. Não que se esteja a defender a chamada ‘escola de direito livre’, encabeçada por Kantorowicz, nem mesmo o movimento muito em moda na atualidade do chamado ‘direito alternativo’. Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de estar, a cada instante, alterando os textos legais.

Comungando do mesmo entendimento, ressalta Humberto Theodoro Júnior, que o uso de cláusulas gerais valoriza e amplia o trabalho do juiz, tornando-o um parceiro do legislador. “Reconhece-lhe o poder não só de suprir lacunas da lei, como o de resolver sempre que por esta autorizado, os problemas concretos da vida, de conformidade com valores éticos.”¹⁴⁹

Como se observa, por apontamentos doutrinários, que além da flexibilidade das normas, o Código também confere ao juiz maior poder e discricionariedade para encontrar a solução mais justa e eqüitativa para os litígios submetidos a sua apreciação, buscando embasamento nos fundamentos basilares do ordenamento, a saber as diretrizes culturalistas.

As expressões vagas são freqüentes no corpo do Código Civil, com a finalidade ilustrativa, observa-se: “motivos graves”¹⁵⁰, “conforme a boa-fé”¹⁵¹, “costume do lugar”¹⁵², “diligência normal ou habitual”¹⁵³, “dano iminente”¹⁵⁴, “dano

Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 139, jul/set. 1998, pág. 12.

¹⁴⁷ NADER, Paulo, Curso de Direito Civil parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pág. 47.

¹⁴⁸ FIÚZA, Ricardo, O novo Código Civil comentado, São Paulo: Saraiva, 2002, prefácio.

¹⁴⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, *Comentários ao novo código civil*, volume III, Tomo II, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2 ed, 2003, pág. XIII.

¹⁵⁰ Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes:

V - convocar a assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes;

¹⁵¹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁵² Art. 569. O locatário é obrigado:

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;

¹⁵³ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das

considerável”¹⁵⁵, “obrigação excessivamente onerosa”¹⁵⁶, “necessidade manifesta”¹⁵⁷, “o que razoavelmente deixou de lucrar”¹⁵⁸, “equitativamente”¹⁵⁹, “função social do contrato”¹⁶⁰, “probidade”¹⁶¹, “tempo suficiente”¹⁶².

Ou seja, expressões semanticamente abertas que deslocam a análise da norma para o caso concreto (paradigma pós-moderno). De acordo com esta orientação, valendo-se das fontes valorativas que nutrem o sistema, o operador encontra suporte não só no monismo jurídico, mas em elementos metajurídicos.

Essa flexibilidade e, ao mesmo tempo, segurança necessárias para um sistema eternamente em construção, só se alcança por meio de cláusulas gerais, que vão além da casuística inerente ao Código anterior.

Segundo Nelson Nery Júnior¹⁶³ “A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.”

Como se vê, a flexibilidade do sistema confere ao julgador a liberdade para colmatar seu conteúdo, com base em uma diretriz ética, que se desdobra, além dos lindes do ordenamento jurídico. O julgador encontra suporte na mobilidade do modelo de sistema adotado e busca fundamentação em seus pilares fundamentais, ou seja, os valores culturalistas como a eticidade, operatividade e

circunstâncias do negócio

¹⁵⁴ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

¹⁵⁵ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

¹⁵⁶ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

¹⁵⁷ Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta

¹⁵⁸ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹⁵⁹ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

¹⁶⁰ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁶¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁶² Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

¹⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. 2003, p. 402.

socialidade.

Destarte, observa-se uma orientação culturalista, que reza pela proximidade e inafastabilidade do direito da realidade, adota uma postura valorativa dos fatos, absorve conceitos metajurídicos que buscam fundamentação em outras áreas do conhecimento.

Ou seja, orientações e diretrizes, que somadas ao sistema de cláusulas gerais conferem mobilidade ao ordenamento, bem como abandonam a orientação positivista do julgador mecânico e conferem discricionariedade ao julgador para que este busque a decisão mais justa para o caso concreto.

Isto é possível devido a observância dos preceitos legais a luz dos valores hodiernos, ou seja, evidencia-se uma atualização constante.

Somente com esta mobilidade e instrumentalidade do sistema em buscar conhecimento técnico em outras áreas, além da observância as bases principiológicas, que sustentam e informam a construção jurídica nacional é possível absorver as mudanças trazidas com a globalização e a digitalização, como a internacionalização das relações, o ambiente digital e o abandono da cartácea, dentre outras.

Diante disso, deveras necessária a observação principiologia, uma vez que a vagueza semântica é muito presente na teoria geral dos contratos.

4 DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS COMO FONTE NORMATIVA – A PRINCIPALIZAÇÃO DO CÓDIGO

Imagine o oleiro, que se valendo de seu talento e criatividade, busca exteriorizar seus sentimentos e emoções através de seus vasos e obras, o qual necessita, essencialmente, de uma matéria-prima para desenvolver seu trabalho, neste caso, o barro.

O hermeneuta, semelhantemente, ao desenvolver o seu labor jurídico necessita lidar com uma matéria-prima, dar-lhe forma e entregá-la modelada.

Como visto, a vagueza semântica das cláusulas gerais, que compõe o corpo do código civil, proporcionam um mergulho nos valores que as nutrem e, ato contínuo, determinam a leitura dos preceitos normativos com base nestas e são entregues ao caso concreto.

Entretanto, lidar com princípios não é tarefa fácil.

Segundo Canotilho os princípios possuem “um grau de abstração relativamente elevado” que pela sua indeterminação “carecem de mediações concretizadoras, [concebidos como] *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça dotados de] função normogenética”¹⁶⁴ já que revelam crenças e convicções de uma sociedade por estarem localizados na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, ou seja função fundamentante.

A doutrina predominante, com destaque para Ronald Dworkin, entende que a estrutura normativa é composta por princípios e regras, aqueles são mais genéricos e abstratos, enquanto estas possuem uma abstração relativamente reduzida.

Nesta idéia, Karl Larenz entende, que pelo grau de abstração elevado os princípios não possuem uma situação fática determinada, são “idéias jurídicas materiais”, que condicionado ao seu grau ou desenvolvimento histórico, pode estar expressamente considerado na Constituição ou em outras leis, podendo também ser deduzidos das normas.

Não obstante, a diferenciação promovida entre princípios e regras,

¹⁶⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional Coimbra: Almedina, 1999. p.1086-1087.

no presente estudo, promove-se um suporte teórico para a compreensão do que seja “princípio”.

De acordo com as idéias do alemão Robert Alexy:

Os princípios são mandatos otimizados, que são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida correta do seu desempenho depende, não só das possibilidades reais, mas também jurídica. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras postos. (tradução nossa)¹⁶⁵

Percebe-se o entendimento dos princípios como mandamentos de otimização incidentes em vários graus normativos e fáticos, sendo que o aludido autor prossegue aduzindo que os princípios são proposições normativas dotadas de um alto nível de generalidade “que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios.”¹⁶⁶

Já Eros Roberto Grau destaca a aplicabilidade indeterminada da principiologia “o princípio é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”.

Não obstante, a evolução conceitual de princípio, devido ao marco teórico estabelecido, necessário observar o entendimento de princípio no momento de elaboração e positivação dos princípios do atual Código Civil brasileiro.

Segundo Miguel Reale toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como base para o desenvolvimento das demais asserções que compõe determinado campo do saber.

“... os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.”¹⁶⁷

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.86. Texto original: Los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

¹⁶⁶ ALEXY, op. cit.

¹⁶⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 19ª ed., São Paulo: Saraiva.1991. p. 299.

Os Princípios de Direito são normas não positivadas, que partem do estudo da natureza do ser humano decorrentes de sua conduta e evolução, com base em preceitos fundamentais como dos valores da pessoa humana.

Tais valores seriam apresentados como os pilares ou alicerces do edifício jurídico. Contrariar um princípio, por essa perspectiva, seria pior que contrariar um particular dispositivo expresso do ordenamento, porque importaria pôr em risco os próprios fundamentos do direito.

Este entendimento é manifestado, também, por Ronald Dworkin no sentido de localizar os princípios como premissas fundantes de um sistema, devendo a estes ser destacada a mais elevada importância, uma vez que na necessidade do ordenamento ser reconstruído, eles servirão de norte.¹⁶⁸

Justamente pela manifesta importância destacada aos princípios, bem como na necessidade de coerência entre estes e os dispositivos expressamente considerados no ordenamento jurídico é que se faz deveras necessária a análise destas bases.

4.1 OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA TEORIA GERAL CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Conforme já apresentado no corpo deste trabalho dissertativo, o direito civil sofre uma leitura sob a ótica constitucional de forma a envolver em sua teoria geral dos contratos, princípios constitucionais que demonstram a necessidade de se promover uma releitura nos princípios entendidos como clássicos.

Ato contínuo, devido a aproximação principiológica decorrente do advento do Código Civil de 2002, os valores que informam as contratações envolvendo consumidores merecem destaque.

Ademais, com base na aproximação de um diálogo, que envolve os contratos e o cenário eletrônico, tem-se o advento de princípios próprios da denominada contratação eletrônica.

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. passim.

4.2 DOS PRINCÍPIOS DITOS “CLÁSSICOS”

Como já manifestado nas noções introdutórias deste trabalho, o Direito brasileiro e mais especificamente a teoria geral dos contratos, possui inspiração advinda do Direito Romano, o qual se alimenta sob quatro princípios considerados clássicos, são eles: autonomia da vontade, força obrigatória, relatividade dos efeitos e consensualismo.

4.2.1 Autonomia da Vontade

Destaque-se, inicialmente, o entendimento de parte da doutrina em considerar a autonomia da vontade e autonomia privada como expressões sinônimas. Entretanto, insta ressaltar que estas embora próximas possuem roupagem e esfera de atuação diferentes.

Segundo Francisco Amaral a autonomia da vontade possui uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada se expressa de forma objetiva “marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.”¹⁶⁹

O princípio da autonomia privada, também conhecido como autonomia privada ou liberdade negocial, consiste na faculdade reconhecida aos particulares para a autoregulação de seus interesses.

A doutrina clássica sustenta que o contrato é sempre justo, pois resulta de livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, já que representam atos volitivos das partes.

Este entendimento é sintetizado por José de Oliveira Ascensão “É o poder de dar-se um ordenamento.”¹⁷⁰

¹⁶⁹ AMARAL, Francisco. 2003, p. 348.

¹⁷⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Teoria geral do direito civil: acções e factos jurídicos. Lisboa, 1992, p.39.

Fundamenta-se na idéia do sujeito obrigar-se, valendo-se da liberdade e do poder jurígeno que lhe é garantido, conforme lição de Luiz Edson Fachin:

O princípio da autonomia da vontade significa exatamente que os sujeitos, ao entabularem as suas relações jurídicas, o fazem através das ações humanas voluntárias, quer seja no negócio não patrimonial, quer no contrato, quer nos atos jurídicos em sentido estrito. Nomeadamente a autonomia da vontade é dedicada ao patamar dos negócios jurídicos, o que se entende por espaço de auto-regulamentação dos interesses privados.¹⁷¹

Por esta ótica, percebe-se a autorização ao indivíduo para criar normas jurídicas, inclusive com eficácia diante do ordenamento jurídico posto. Este possui base filosófica na idéia de liberdade apresentada por Kant, a qual não poderia sofrer qualquer tipo de limitação ou restrição, ficando a critério das partes desde o conteúdo até os efeitos de determinado negócio.

Nesse sentido, aduz Henri de Page:

Por autonomia da vontade deve-se entender, na nossa opinião, o poder que têm as vontades particulares de regular as próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes, de decidirem sozinhas e sem tutela legal, da matéria e da extensão de suas convenções, numa palavra, de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem conveniente e que lhes é permitido escolherem com toda a liberdade, inspirando-se nos seus únicos interesses, e sob a única garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados.¹⁷²

De certo que esta concepção voluntarista resta superada, segundo alguns autores ainda sob a égide do estado liberal ela não era amplamente aplicada, pois sofria ação de anteparos como a ordem pública e os bons costumes.

O conceito do que seja ordem pública é deveras tormentoso, pois envolve assuntos que interessam à organização social, que visam à tutela do bem coletivo.

Nessa idéia de ordem pública e organização social tem-se o dirigismo contratual, que significa a intervenção estatal na economia dos contratos, onde o individualismo cede terreno ao social. A liberdade de contratação é então

¹⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. op. cit, p.67.

¹⁷² DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, p.437.

apenas teórica, pois em muitos casos, existe a imposição de uma parte economicamente mais forte, fazendo com que a outra se renda, aceitando as condições que a outra estabeleceu para o ajuste. Justamente porque este estado de coisas pode ocorrer, o Estado intervém e estabelece o conteúdo do contrato, promovendo perfeita igualdade. Ou seja, conceitos fluidos de complexa delimitação na aplicação concreta.

Com o magistério da doutrina e da jurisprudência, os ditames constitucionais, as disposições de orientação para proteção do vulnerável ou hipossuficiente, pode-se dizer que a autonomia privada não sofre limitações, tão somente pelo estado, mas por toda a coletividade.

A autonomia privada deve estar pautada na boa-fé em sua acepção objetiva, desempenhar uma função social e buscar a equidade material.

Diante disso, a manifestação volitiva será observada na conduta considerada como de boa-fé por toda a coletividade, visando não só os efeitos intra partes, mas a incidência deste em uma sociedade que está assentada em valores solidaristas e que privilegiam, antes de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Tais considerações, perceber-se-á são amplamente aplicáveis em sede de contratações eletrônicas.

4.2.2 Da força obrigatória dos contratos

Pelo princípio da força obrigatória, que significa ser o contrato plenamente válido e eficaz, constitui lei imperativa entre as partes e que é reconhecido unanimemente pelas legislações, este tendo apoio na necessidade de segurança nas relações jurídicas.

Desta forma, se a vontade livre criou obrigações, tendo cada uma das partes alienado parte de sua liberdade, a avença se torna obrigatória, irreversível, para a segurança do comércio jurídico. Justamente por isto o Estado não pode intervir, salvo em casos especiais, onde ao juiz cabe rever e modificar o conteúdo do contrato.

É a concepção clássica do *pacta sunt servanda*.

Segundo Marco Aurélio S. Viana¹⁷³, o fundamento da obrigatoriedade dos contratos reside na necessidade de se assegurar o equilíbrio da vida social, pois se houvesse a possibilidade de qualquer um dos contratantes fugir da prestação a que se obrigou, não haveria segurança e teríamos uma área de turbulência, com negativos reflexos na vida social.

Nesse sentido, necessária atenção para as considerações de Karl Larenz:

A regulamentação estabelecida de comum acordo em um contrato pelas partes - a "lex contractus" - é 'vinculante' para ambas. Ela corresponde ao sentido que todo contrato como ato bilateral em que os participantes, através dele, se vinculam mutuamente ao acordado. A possibilidade de contrair compromissos, 'vincular-se' moral e legalmente através de declarações de vontade, assim como a capacidade de assumir responsabilidades, é a essência da pessoa (em sentido ético).(tradução nossa).¹⁷⁴

Com base na roupagem clássica, depreende-se do princípio que após o aperfeiçoamento (acordos de vontades) do contrato, este deve ser cumprido e não se admite intervenção estatal ou judicial.

Ou seja, o princípio da obrigatoriedade dos contratos "tem fundamento no exercício da autonomia privada, do qual decorrem normas a que as partes vinculam-se, por imperativas que são."¹⁷⁵

Ainda sob a ideologia clássica não há que se falar em equidade material ou justiça contratual.

A doutrina clássica pressupõe que o contrato é justo, haja vista que foi querido pelos contratantes, sendo a vontade destes a expressão da livre aceitação de seus interesses individuais. Desta forma, sendo o contrato justo e o indivíduo livre para manifestar sua vontade, somente limitada por normas de ordem

¹⁷³ S. VIANA. Marco Aurélio, Curso de Direito Civil, v. 5, Direito das Obrigações II. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

¹⁷⁴ LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, vol.1. pág. 55. Texto original: La regulación establecida de mutuo acuerdo em um contrato por las partes – la 'lex contractus' – es 'vinculante' para ambas. Corresponde al sentido de todo contrato como acto bilateral el que los participantes, por medio de él, se vinculen mutuamente a lo convenido. La posibilidad de contraer compromisos, de 'vincularse' moral y jurídicamente mediante declaraciones al respecto, al igual que la capacidad de tomar sobre si responsabilidades, se halla en la esencia de la persona (em sentido ético).

¹⁷⁵ SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito dos contratos – seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002. Belo Horizonte: ed. Mandamentos, 2003.

pública e os costumes, resta evidenciado que a avença legalmente constituída passa a fazer lei entre as partes.¹⁷⁶

Esta orientação com base no Estado Liberal, de ideologia individualista e com regime capitalista destoa com a realidade social.

A força obrigatória do contrato pode em muitos momentos proporcionar injustiças, já que sob este pálio não se fala em equidade material, não se discute o conteúdo do contrato, bem como não aceita escusa por fatores externos.

O entendimento de que o contrato deve ser cumprido fundamenta-se na idéia de que se privilegia a pacificação social, mesmo que em contrapartida sacrifique-se o indivíduo.

É claro que esta mentalidade não encontra guarida hodiernamente.

De qualquer sorte, não implica dizer que este princípio foi sepultado, somente sofre uma releitura por parte do ordenamento jurídico, que insere valores e regras para que ele seja observado, como a equivalência material, a lealdade, a conduta segundo a boa-fé.

Este produzirá efeitos em consonância com a realidade em que se encontra inserido, na busca das finalidades da sociedade moderna.

4.2.3 A Relatividade dos efeitos do contrato

Os efeitos dos contratos estão intimamente associados a um princípio clássico denominado de “princípio da relatividade dos contratos”, que revela a regra *res inter alios acta* a qual, por sua vez, determina a eficácia do vínculo contratual somente aos contratantes.

Tal princípio encontra seu nascedouro dentre os romanos devido a personalidade que norteava as relações obrigacionais da época, principalmente no período anterior a regra da *Lex Poetelia Papiria*, o que impedia o reflexo contratual a terceiros e incidia seus efeitos, inclusive, sob a pessoa dos obrigados.

¹⁷⁶ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Revisão do Contrato, Curitiba: Juruá, 2004, p.49.

A aludida regra mencionada no parágrafo anterior foi editada no século IV a. C., a qual solidificou o entendimento de que os contratos tendem a gravitar sobre o patrimônio dos contratantes, substituiu o vínculo corporal existente pela responsabilidade patrimonial, ou seja, os bens do obrigado e não o seu corpo responde pela dívida.

Não obstante, a pessoalidade das obrigações prosseguia.

Devido a pessoalidade que imperava na época dos romanos, no concernente as contratações envolvendo terceiros, evidenciou-se a necessidade da criação de instrumentos para operar estas relações jurídicas. Nesse sentido esclarece José Carlos Moreira Alves¹⁷⁷ :

Nos direitos pré-clássico e clássico, o contrato a favor de terceiro é nulo, não produzindo efeito quer com relação às partes contratantes, quer com referência ao terceiro [...] Na prática, no entanto, criou-se um meio indireto de compelir a parte contratante, que se obrigara a cumprir a obrigação em favor de terceiro, a fazê-lo. Obteve-se isso por meio da cláusula penal (*stipulatio poena*) [...] Demais, o princípio da nulidade do contrato a favor de terceiro – discute-se se isso ocorreu ainda no direito clássico, ou apenas no direito pós-clássico – sofreu uma atenuação: ele seria válido entre as partes contratantes quando independentemente de *stipulatio poena*, uma delas tivesse interesse próprio no cumprimento da obrigação. Somente no direito justinianeu – e assim mesmo em certos casos é que se admitiu que o terceiro tivesse ação contra a parte contratante para compeli-la a cumprir a obrigação decorrente do contrato em favor daquele. Mas discutem os romanistas se esses casos indicam que o direito justinianeu reconheceu validade ao contrato em favor de terceiro, ou se apenas, por motivo de equidade, concedeu, em certas hipóteses, ação ao terceiro beneficiário.

Convém desde já lembrar, que o princípio da relatividade dos contratos está intimamente ligado à autonomia da liberdade contratual. Conforme aduz C. Massimo Bianca¹⁷⁸ “princípio segundo o qual o contrato não tem nenhum efeito, em comparação com o terceiro, com exceção dos casos previstos por lei, responde precisamente ao contrato como uma expressão da autonomia privada, e, portanto, da liberdade em oposição à idéia de autoridade” (tradução nossa),

¹⁷⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2.

¹⁷⁸ BIANCA, C. Massimo. Diritto civile. Milano: Giuffrè, 1987. v. 3 Texto original: principio secondo il quale il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, salvi i casi previsti dalla legge, risponde appunto all'idea del contratto come espressione di autonomia privata, e quindi di libertà in contrapposizione all'idea di autorità.

prerrogativa que as partes têm de direcionar os efeitos do contrato.

Pelo princípio da relatividade dos efeitos do contrato é possível dizer que, de regra o contrato somente produz efeitos entre os contratantes, não aproveitando nem prejudicando os que nele não intervieram.

Entretanto, desde já é possível apontar exceções que se verificam nos seguintes casos: herdeiros universais, que sofrem seus efeitos, mas cuja obrigação não se lhes transmite além das forças da herança e, estipulação em favor de terceiros, que estende seus efeitos a outras pessoas, criando-lhes direitos e impondo deveres.

Destaque-se que os efeitos poderão incidir sob terceiros em razão de sucessão *mortis causa*, bem como a título *inter vivos* como situações de cessão de crédito, assunção de dívida ou transmissão de posição contratual.¹⁷⁹

Ainda seguindo este percurso de exceções aponta Maria Helena Diniz o princípio geral de direito do *ubi commodum ibi incommodum*, ou seja, quem recebe cômodos sofre pelos incômodos, seria o caso de um contratante que embora não tenha participado da formação do contrato sofre seus efeitos.¹⁸⁰

Diante disso, percebe-se por parte da doutrina a existência de efeitos internos e externos dos contratos. Conforme esclarece Roberto Senise Lisboa:

São internos os efeitos que incidem sobre os contratantes, o que é decorrência natural do princípio da relatividade (*res inter alios acta*). Igualmente internos são os efeitos contratuais, nas hipóteses de sucessão e de transmissão da obrigação ou do contrato. Consideram-se efeitos externos aqueles que influenciam os terceiros e seus respectivos interesses, que podem vir a ser favorecidos, nomeados ao vínculo ou, ainda, prejudicados pela constituição do liame jurídico.

Quanto aos efeitos externos esclarece Mario Júlio de Almeida Costa que além dos efeitos intrapartes, a relação jurídica comporta efeitos externos, uma vez que tem o condão de impedir que terceiros dificultem ou impossibilitem o adimplemento da prestação.¹⁸¹

¹⁷⁹ CATALAN, Marcos Jorge. Elementos críticos da responsabilidade negocial, Dissertação Mestrado, UEL, 2004, p.46.

¹⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro vol 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 23 ed., 2007. p. 32.

¹⁸¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 1994. p.73.

Percebe-se então, que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato não se apresenta de forma absoluta devido a irradiação de efeitos extra partes.

4.2.4 O Princípio do consensualismo

Como já observado, o objeto nuclear do contrato trata-se na manifestação de vontade.

Pelo princípio do consensualismo entenda-se que o acordo de vontades é o bastante para a perfeição dos contratos. Assim, apenas com o consentimento, *solo consensu* já se forma o contrato.

Impende salientar que isto não sucedia nos sistemas antigos, como o romano e o germânico, que eram eminentemente formalistas e simbolistas, onde a celebração dos contratos obedecia a determinados rituais.

O formalismo romano, além do consenso exigia formalidades como a entrega de um objeto *obligatio re*, a existência de uma estipulação solene *obligatio verbis*, além da escritura *obligatio litteris*.

Comungando deste entendimento, Kelsen na teoria pura do direito, quanto ao fato contratual além das declarações de vontade concordantes:

A ordem jurídica pode prescrever uma determinada forma – embora não tenha necessariamente de o fazer – que estas declarações devem revestir para representarem um contrato juridicamente vinculante, quer dizer: para produzirem normas que impõem deveres e conferem direitos aos indivíduos contratantes – prescrevendo, *v.g.*, que as declarações devem ser realizadas por escrito e não simplesmente por via oral ou através de gestos.¹⁸²

Percebe-se a necessidade de observância de uma forma para a manifestação da vontade.

Não retorna-se aos preceitos e formalidades presentes no direito romano, entretanto como dito por Antonio Junqueira de Azevedo “não há negócio

¹⁸² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p.286.

sem forma”¹⁸³

Esta forma é entendida como o “modo concreto” da manifestação de vontade.¹⁸⁴

O modo de exteriorização de vontade não se confunde com as formalidades ou solenidades sejam preparatórias ou conseqüentes do ato, uma vez que estes são relativos à eficácia do negócio, por exemplo, a necessidade de registro público.

Destaque-se, também, a diferença entre forma e prova do negócio jurídico:

Não se deve confundir a **forma** com a **prova** dos negócios jurídicos. A primeira é meio para exprimir a vontade interna; a segunda, meio para evidenciar a existência do negócio jurídico. Todavia, muitas vezes a forma desempenha o papel de prova. Quando a lei impõe certa forma para determinado negócio jurídico, este não pode provar-se senão quando obedecida a forma prefixada. Assim, doação de bens imóveis de valor superior à taxa legal não pode ser provada a não ser mediante a exibição do instrumento público respectivo.¹⁸⁵

O ordenamento jurídico pátrio adota a liberdade de forma (consensualismo) como regra, não obstante prevê a forma especial ou vinculada quando a lei expressamente a exigir.¹⁸⁶

Enfim, o consensualismo persiste como regra geral e determina exigindo, tão somente, que a vontade seja expressa por meio inequívoco capaz de revelar a vontade de contratar.

¹⁸³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p.126.

¹⁸⁴ AMARAL, Francisco. op. cit. p. 410.

¹⁸⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil parte geral, São Paulo: Saraiva, 2003 p.286.

¹⁸⁶ BRASIL, Lei 10.406/2002 (Código Civil) Art. 107.A validade da declaração de vontade não

4.3 NOVOS ARES – APROXIMAÇÃO PRINCIPOLÓGICA - A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, EQUIVALÊNCIA MATERIAL E O “SUPER PRINCÍPIO” DA BOA-FÉ OBJETIVA

Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.(ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Estudos e Pareceres de Direito Privado, 2004, pág. 140)

Como já apontado anteriormente, o contrato eletrônico não inaugura uma nova modalidade contratual, mas tão somente, localiza-se um novo meio de contratação – eletrônico ou virtual, do qual é possível afirmar que a previsão jurídica da contratação eletrônica pode estar localizada no artigo 425 do Código Civil.

Não obstante, o contrato em apreço possui disposições especiais observadas ainda de forma projetada, mesmo diante da aprovação e vigência destas, a contratação eletrônica encontra-se submetida às disposições da teoria geral dos contratos, sendo assim submetido a ordem principiológica ali localizada.

Ato contínuo, diante de um movimento de publicização/constitucionalização do direito civil seria inconcebível qualquer relação contratual, que não observe os princípios da boa-fé objetiva e da função social.

Tal norte é apresentado por Flavio Tartuce em forma de conclusão: “Em suma, o direito civil constitucional é uma adequação hermenêutica, invertendo os paradigmas ancestrais de quem é, verdadeiramente, o centro do universo jurídico.”¹⁸⁷ Ainda caminhando com as idéias de Tartuce este pontua:

Acreditamos que o novo Código Civil, ao admitir a possibilidade de criação e novos tipos contratuais, não previstos em lei, reconhece o poder imaginativo do ser humano, bem como a grande importância social exercida por essa figura do direito privado. Assim, opinamos, há traços marcantes do princípio da função social do contrato no art. 425 do novo CC.”¹⁸⁸

Já quanto à incidência de boa-fé objetiva, esta é decorrente da positivação do princípio da eticidade, que segundo Miguel Reale deve servir de

dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

¹⁸⁷ TARTUCE, Flavio. A função social dos contratos – do código de defesa do consumidor ao novo código civil, São Paulo: Método, 2005, p. 65.

¹⁸⁸ TARTUCE, Flavio, op. cit. p. 141 e 142.

orientação para toda a contratualística em terras brasileiras.

Além dos aludidos princípios, a equivalência material merece destaque, decorrente até da aproximação que envolve o diploma civil e consumerista.

Tais diretrizes contratuais devem ser observadas independentemente da modalidade ou meio de contratação.

4.3.1 Da função social do contrato

Diante do abandono do individualismo, que norteou o estado liberal, bem como a adoção de idéias nascidas no *welfare state* ou estado do bem-estar social percebe-se uma nova ideologia para as relações contratuais.

Ato contínuo, o sistema pátrio sofre um fenômeno denominado de constitucionalização do direito privado, que envolve instrumentos cotidianos como o contrato com uma carga valorativa decorrente dos ditames constitucionais.

Estas premissas contribuíram para que, além da função de circulação de riquezas e a função regulatória de direitos e obrigações, o contrato deve expressar uma função social.

A análise da função social do contrato é o que passa a realizar.

Apesar dessa permitir um mergulho nas constituições do século XX, que fazem expressa referência à questão da função social dos contratos, as quais serviram de base valorativa para o então projeto de Código Civil, hodiernamente, encontra-se em dispositivo do diploma civil, o qual serve de ponto de partida.

Segundo Miguel Reale a função social do contrato decorre do princípio da socialidade, que busca superar o individualismo predominante nos códigos novecentistas e faz prevalecer os interesses coletivos em detrimento dos individuais, localiza-se como pontos nucleares a dignidade da pessoa humana e a convivência social.

Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo aponta, que a idéia de função social do contrato está determinada nos fundamentos da república, no valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV), essa disposição “impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes,

desvinculado de tudo o mais.”¹⁸⁹

O aludido autor prossegue:

O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro – de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.¹⁹⁰

Percebe-se que todo e qualquer tipo de contrato encontra-se submetido a uma função coletiva e de reflexo extra partes.

A problemática reside em definir os contornos e os limites de incidência do princípio da função social dos contratos.

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato sofre uma releitura conforme a constituição, que revela não só a um novo entendimento da legislação ordinária, mas uma complementação e desenvolvimento desta legislação à luz da carta constitucional.¹⁹¹

Os efeitos do contrato são localizados intra e extra partes, este entendimento é sintetizado por Paulo Nalin:

No atual estágio de compreensão da doutrina nacional acerca da função social do contrato, evidenciada a completa indefinição sobre o tema, apresenta-se oportuna uma sugestão. No meu pensar, divide-se a função social em intrínseca e extrínseca. A primeira – intrínseca – é relativa à observância de princípios novos ou redescritos pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional da solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos [...] Seu perfil extrínseco, por sua vez, rompe com a aludido princípio [...] preocupando-se com as repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.¹⁹²

Esta preocupação com a harmonia social foi conquistada pelo sofrimento de povos e resultante de revoluções e localiza-se como “o alvo, hoje, é o

¹⁸⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e Pareceres de Direito Privado, 2004, p. 142.

¹⁹⁰ Id, *ibid*.

¹⁹¹ AZEVEDO, 2004, p. 142.

¹⁹² NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva

equilíbrio ente sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes”.¹⁹³

Esta diretriz social projeta-se na eficácia para além das partes envolvidas no contrato, atingindo com maior ou menor intensidade, terceiros.

Trata-se de um aspecto reflexo das transformações ocorridas no contrato, principalmente, após o “declínio do subjetivismo individualista que caracterizava o modelo clássico.”¹⁹⁴

Esta tendência é sintetizada por Claudia Lima Marques: “As novas tendências sociais da concepção de contrato postulam que, em alguns casos, o raio de ação do contrato deva transcender a órbita das partes”.¹⁹⁵

Pois bem, evidenciam-se os objetivos e finalidades da função social do contrato, entretanto, para apontar os limites de sua atuação, necessário se faz localizar sua natureza jurídica.

Como já apontado no presente trabalho dissertativo, a função social do contrato é decorrente do valor constitucional de socialidade, o qual encontra-se expressamente considerado na forma de uma cláusula geral no artigo 421 do Código Civil brasileiro.

Segundo Miguel Reale a função de socialidade do contrato pode ser considerada como “quase que um preâmbulo de todo o direito contratual”.¹⁹⁶

A vagueza semântica das cláusulas gerais proporcionam ao operador do direito a oportunidade de valer-se, se necessário for, de elementos metajurídicos.

Nesse sentido, considera Nelson Nery:

Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto ao juiz.¹⁹⁷

civil – constitucional. Curitiba: Juruá, 2001, p.226.

¹⁹³ AZEVEDO, 2004, p. 146.

¹⁹⁴ NEGREIROS, p. 273.

¹⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos, *in* Revista de Direito do Consumidor, n.35, jul-set 2000, p. 1-96, p. 94.

¹⁹⁶ REALE, 1986, p. 10.

Ainda tratando da funcionalidade da cláusula geral em destaque, Judith Martins Costa aponta que esta desempenha um duplo papel. “A função social é, evidentemente, e na literal dicção do art. 421, uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual.”¹⁹⁸

Insta ressaltar que da redação do artigo 421 percebe-se uma impropriedade “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”¹⁹⁹ ou seja em virtude de uma questão conceitual o mais correto seria referir a “liberdade contratual”.^{200,201}

A função social exerce uma função limitadora da liberdade contratual, diante disso seria impróprio, também, o entendimento de que esta lhe serve de fundamento, evidenciado pela expressão “a liberdade contratual será exercida em razão”.

Assim entende Caio Mario da Silva Pereira:

A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes.²⁰²

Insta ressaltar, também, quais seriam as conseqüências decorrentes do descumprimento da função social do contrato, a tarefa a realizar-se oportunamente ao tratar-se de outra cláusula geral presente no diploma civil pátrio, a saber, a boa-fé objetiva.

¹⁹⁷ NERY, Nelson. Código Civil comentado, São Paulo:RT, 2006, p.411.

¹⁹⁸ COSTA, Judith Martins. 2002, p. 159.

¹⁹⁹ BRASIL, LEI 10.406/02 (Código Civil) Art. 421.

²⁰⁰ Nesse sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes, 2006.

²⁰¹ O projeto de Lei n.6960/02 do Deputado Ricardo Fiuza apresenta a seguinte proposta de alteração: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Com a seguinte justificativa: “A alteração proposta, atendendo a sugestão dos professores ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO, objetiva inicialmente substituir a expressão ‘liberdade de contratar’ por ‘liberdade contratual’. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também procedeu-se à supressão da expressão ‘em razão’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser.”

4.3.2 Princípio da equivalência material

É possível dizer, que a preocupação com o equilíbrio das prestações contratuais é antiga e apresenta um desenvolvimento perene, assentado sob uma conotação moral.

No direito romano foi empregada na forma da *laesio enormis* como fundamento para rescisão contratual.

Inicialmente, decorrente de um caso concreto, foi utilizado como parâmetro para a lesão enorme a venda de coisa imóvel por menos da metade do seu verdadeiro valor, sendo que tal solução/parâmetro ao ser transcrita no *corpus iuris civiles* assumiu a condição de norma geral.

Esta base moral, por influência do cristianismo, atribuiu a lesão o caráter de pecado de forma a ampliar a esfera de atuação desta na Idade Média.

Nesse sentido aponta Caio Mário:

Assim, o instituto da lesão na Idade Média tinha fatalmente de soldar as amarras que o prendiam à fonte romana e navegar mar mais alto, deixando na sua esteira outras comutações, além da prevista pelos imperadores, rumo ao horizonte da justiça ideal, que, tanto para os canonistas como para os civilistas, era iluminado pela era cristã.²⁰³

O final da Idade Média é marcado pela ideologia individualista e os valores de liberdade pregados pela Revolução Francesa.

Este cenário é retratado por Darcy Bessone: "Segundo a teoria clássica o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes."²⁰⁴

Por orientação do liberalismo, durante muito tempo, a vontade livremente manifestada foi considerada ou atrelada à idéia de justiça.

Não obstante, em inúmeras situações/ocasiões a autonomia e justiça encontram-se distantes.

De qualquer sorte, este período, marcado pelo individualismo liberal.

²⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14

²⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Lesão nos Contratos, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.186.

²⁰⁴ BESSONE, Darcy. Do Contrato. Teoria Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.31.

perdeu força e marcadamente após a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se um movimento no sentido de intervenção estatal com a finalidade de garantir o equilíbrio negocial.

Hodiernamente, seguindo a diretriz da solidariedade, na busca de privilegiar a coletividade em detrimento do individual, elevando a condição de igualdade (ou o mais próximo possível) os desiguais, procura-se a equivalência concreta/material das prestações contratuais em total oposição ao individualismo iluminista.

Para tanto, sacrifica-se ou relativiza-se a segurança jurídica.

Ato contínuo, desconsidera-se o princípio da conservação do pacto contratual e proporciona-se a revisão contratual sempre que, por motivos relevantes, se verificam mudanças na avenca estipuladas

Tais mudanças são decorrentes da adoção de uma prática legislativa movida por *microssistemas* legais, bem como de um Código Civil em vigor desde 2003, o qual apresenta uma diretriz, que visa os interesses de uma coletividade em detrimento dos individuais e anseia pela equivalência concreta das prestações, além dos fundamentos constitucionais que fundamentam a teoria contratual.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, V²⁰⁵, rompeu com o dogma da força obrigatória dos contratos e apresentou um entendimento fundado na alteração das prestações contratuais, decorrente de fatos não imprevisíveis, mas tão somente supervenientes a celebração contratual, capaz de garantir a revisão contratual.

É possível aduzir, que a orientação consumerista possui norte constitucional, e na mesma diretriz encontra-se a codificação civil, seja em seus valores ou em seus dispositivos expressamente considerados, a diferença entre os diplomas reside em pressupostos e requisitos.

O Código Civil, atento ao princípio da eticidade, observa os interesses das partes desde o momento da formação até a fase de execução do contrato com o espeque de diminuir desigualdades ou mitigar alterações, que

²⁰⁵ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem

torquem as prestações insuportáveis por alguma das partes.

Tal diretriz está umbilicalmente ligada ao princípio da socialidade, pois segundo Reale “se não houve vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais.”²⁰⁶

Com base nesses ideais percebe-se ao longo do Código: função social do contrato, boa-fé objetiva em todas as etapas contratuais, justiça e equilíbrio material.

Nesse terreno localiza-se a teoria da imprevisão ou a tão difundida no ambiente jurídico cláusula *rebus sinc stantibus*, a qual é a abreviação da fórmula *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Ou seja, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório entende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação.²⁰⁷

Dentre os elementos presentes na aludida fórmula (Contrato sinalagmático, oneroso, comutativo e de execução continuada ou diferida; Acontecimento extraordinário, geral e superveniente; Desproporção, de forma que a prestação do devedor se torna excessivamente onerosa, ao mesmo tempo em que há um ganho exagerado do credor), destaque-se a “imprevisibilidade”.

Todos estes elementos estão presentes na redação dos artigos 317²⁰⁸ e 478²⁰⁹ do Código Civil, sendo que no primeiro caso encontra-se a possibilidade de revisão do contrato, enquanto no segundo a resolução deste.

Ao analisar a redação do artigo 317 do Código Civil, Nelson Borges indica a coexistência de sete requisitos:

excessivamente onerosas.

²⁰⁶ REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7

²⁰⁷ Nesse sentido artigo de Denis Donoso “Teoria da Imprevisão no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5030> acessado em 20/05/07.

²⁰⁸ BRASIL Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) Art.317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação.

²⁰⁹ BRASIL Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) Art.478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão

- a) execução diferida
- b) imprevisibilidade
- c) ausência de estado moratório
- d) lesão virtual
- e) essencialidade
- f) inimputabilidade, e
- g) excessiva onerosidade e extrema vantagem²¹⁰

E prossegue aduzindo, que a teoria da imprevisão é o remédio jurídico a ser empregado em situações de anormalidade contratual, que ocorre no campo extracontratual, de que se podem valer as partes não enquadradas em situação moratória preexistente, para adequar ou extinguir os contratos sobre os quais a incidência de um acontecimento imprevisível, por elas não provocado mediante ação o omissão, tenha causado profunda alteração na base contratual, dando origem a uma dificuldade excessiva de adimplemento ou modificação depreciativa considerável da prestação, de sorte a fazer nascer uma lesão virtual que poderá causar prejuízos àquele que, em respeito ao avençado, se disponha a cumprir a obrigação assumida.²¹¹

Enfim, manifesta e presente a idéia da imprevisibilidade.

Parte da doutrina se levanta no sentido de desconsiderar a idéia de supremacia da necessidade de imprevisão e defende a aplicação da teoria da lesão enorme (*laesio enormis*) do Direito *justinianeu*.²¹²

Nesse sentido, considera Gustavo Tepedino:

O Código Civil de 2002 regulou a chamada "resolução por onerosidade excessiva" nos arts. 478 a 480. Contudo, não o fez com a amplitude elogiada no texto, pois estabeleceu várias condições dispensadas pelo CDC: a resolução será possível se os fatos supervenientes causadores da onerosidade excessiva forem de caráter extraordinário e imprevisível; e se à onerosidade excessiva corresponder "extrema vantagem" para o outro contratante. Por outro lado, a revisão (em lugar da resolução) por onerosidade excessiva superveniente está condicionada, a teor do art. 479, a ato de vontade do réu no sentido de oferecer a modificação equitativa da equação contratual. Da mesma forma, ao disciplinar a lesão, a opção expressa do Código Civil de 2002 foi a de não permitir a revisão judicial

à data da citação

²¹⁰ BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 298.

²¹¹ BORGES, op.cit. passim.

²¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Anotações sobre o novo Código Civil. Revista AASP, n.º 68, ano XXII, dezembro/2002, p.12

salvo quando assim for oferecido pelo beneficiário. Contudo, já se percebem os esforços doutrinários no sentido de criar mecanismos hermenêuticos capazes de justificar uma interpretação diversa, de modo a ampliar a possibilidade de revisão judicial, com apoio, por exemplo, no disposto no art. 317 do Código Civil.²¹³

Da redação do artigo 478 vislumbra-se a possibilidade de resolução do contrato, entretanto a resolução contratual nem sempre será a melhor solução para as partes. Nesse sentido, o conselho da justiça federal apresenta a seguinte orientação na forma de enunciado:

Enunciado 176. Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.²¹⁴

Já o micro-sistema consumerista preza pela conservação contratual, bem como dispensa alguns requisitos previstos no diploma civil. Decorrente da orientação princiológica, que envolve o Código de Defesa do Consumidor, em especial a vulnerabilidade, tem-se como requisitos para a revisão contratual a ocorrência de fato superveniente e a onerosidade excessiva.

Estes elementos são discutidos pela doutrina.

Segundo Filomeno o artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor “definitivamente consagrada entre nós a cláusula ‘*rebus sic stantibus*’, implícita em qualquer contrato, sobretudo nos que impuserem ao consumidor obrigações iníquas ou excessivamente onerosas.”²¹⁵

Já Nelson Nery Júnior indica que basta a onerosidade excessiva: “não há necessidade de que esses fatos sejam extraordinários nem que sejam imprevisíveis”²¹⁶

Divergindo deste entendimento Silvio de Salvo Venosa destaca a instabilidade principalmente no campo empresarial da aplicação da dispensa da imprevisibilidade.

²¹³ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3ª e. São Paulo: Renovar, 2004, p. 222.

²¹⁴ Conselho da Justiça Federal.

²¹⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 126

²¹⁶ NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e

A dispensa da imprevisibilidade, contudo, ainda que exclusivamente nas relações de consumo, traz, sem dúvida, maior desestabilidade aos negócios e deve ser vista com muita cautela. Como temos reiterado, o excesso de prerrogativas e direitos ao consumidor opera, em última análise, contra nós mesmos, todos consumidores, pois deságua no aumento de despesas operacionais das empresas [...]²¹⁷

Não obstante os entendimentos esposados quanto à incidência da cláusula *rebus* ou a presença da teoria da onerosidade excessiva, percebe-se em ambos os diplomas civil e consumerista, uma orientação principiológica, sendo que o primeiro absorve a conservação contratual do segundo e este beneficia, ainda mais, o consumidor dispensando a “imprevisibilidade”, diante disso não há que se falar em teoria da imprevisão em sede de relação consumerista, mas sim em onerosidade excessiva para salvaguardar o consumidor.

Por fim, os institutos fundados no princípio da equivalência material revelam-se na busca de uma efetiva justiça material, evitando distorções nos contratos muitas vezes decorrentes de fatores metajurídicos, como às nuances da economia.

4.3.3 O “super” princípio da boa-fé objetiva

Atribui-se a nomenclatura de “super” princípio a boa-fé objetiva ao fato desta encontrar-se expressamente considerada na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e no atual Código Civil, ou seja, revela-se como um ponto comum entre os aludidos diplomas.

legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 1803
²¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. 2, p. 470

4.3.3.1. Breve Escorço Histórico da Boa-Fé

A codificação civil de 1916 não possuía dispositivo expresso cuidando da boa-fé objetiva. O constante valor dado à boa-fé constitui uma das mais relevantes diferenças entre o aludido documento legal e o Código Civil atual, pois é de longa data que se ressalta a importância da boa-fé e seus desdobramentos no Direito Civil.

A boa-fé a que o atual Código se refere é a objetiva, que está associada à idéia de um princípio ou cláusula geral. Não obstante tal discussão doutrinária, verifica-se que a boa-fé é a essência do acordo de vontades entre os seres humanos em suas relações negociais.

A aplicação do princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito. “A boa-fé é um estado de espírito que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança.”²¹⁸

A boa-fé como princípio, foi consagrada pela primeira vez no art. 157 do Código Civil alemão, o BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), pois textualizou que os contratos devem ser interpretados tal como exijam a confiança e a lealdade recíprocas em correlação com os usos do comércio.

Por sua vez o Código Civil suíço, vigente desde 1912, logo em seu art. 2º estabelece que “cada um deve exercer os seus direitos e cumprir suas obrigações segundo as regras de boa-fé”.

Posteriormente, o Código Civil italiano de 1942 estabeleceu em seu art. 1375, que o contrato deverá ser executado de acordo com a boa-fé. Em 1966, o Código Civil português seguiu o italiano e dispôs em seu artigo 227, 1º, que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder-se segundo as regras de boa-fé.”

Na reforma do título preliminar do Código Civil espanhol, introduzida por uma lei de 1973 e por decreto de 1974, foi incluído preceito pelo qual se

²¹⁸ Álvaro Villaça Azevedo, O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social Do Contrato; Boa-Fé Objetiva; Teoria Da Imprevisão; E, Em Especial, Onerosidade Excessiva (Laesio Enormis) revista jurídica NOTADEZ – junho/2003.

determinava que os direitos deveriam ser erigidos segundo os ditames da boa-fé. Mas, antes deles, o *Code Napoleón* já estabelecia no seu art. 1.134, al. 3ª, que as convenções devem ser executadas de boa-fé.

Já na legislação pátria, a função da boa-fé como regra de conduta e recurso de interpretação na esfera negocial, como dito, inexistia na codificação civil oitocentista.²¹⁹

Necessário anotar que o Código Comercial de 1850, faz referência em seu artigo 131, *caput* e inciso I, a boa-fé como cânone hermenêutico dos contratos. No entanto, tal dispositivo não teve tratamento doutrinário ou jurisprudencial, pois “esse texto jamais desempenhou funções de cláusula geral, pouco passando de letra morta.”²²⁰

A boa-fé objetiva chegou muito recentemente ao Direito brasileiro, sendo contemplada pelo ordenamento jurídico legislado a partir de 1990, todavia, agindo sob o domínio próprio das relações de consumo.

O Código Civil de 2002, por sua vez, apresenta a cláusula geral da boa-fé objetiva como *standard* de conduta e interpretação nas relações obrigacionais, da mesma forma, quase como prolegômeno a toda teoria geral dos contratos.

É sabido que tal positivação não se deu ao acaso, mas sim fruto de transformações sociais, bem como das lições por parte da doutrina pátria e estrangeira, que tem força e peso específico de alta densidade cultural, que servem como fonte para produção de novos modelos hermenêuticos, mesmo os derivados da experiência estrangeira.²²¹

Com base em tais transformações sociais, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, verifica-se o ingresso da boa-fé objetiva em nosso ordenamento antes mesmo da positivação de 2002, já que esta veio a atender reclamos sociais e consolidar matéria já paulatinamente tratada pela doutrina e jurisprudência.

²¹⁹ A disposições legais do Código Civil de 1916, que dispunha algo a respeito da boa-fé, a tratava apenas sob seu aspecto subjetivo, conforme se nota nos artigos 109, 112, 500, 510, 516, 622, 1.002, 1.073, 1.405.

²²⁰ COSTA, Judith Martins e BRANCO, Gerson Luiz Carlos, 2002, p. 188.

²²¹ *Ibid*, p. 193

4.3.3.2 A boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva

A primeira consideração a ser feita recai no fato de o Código não estar prevendo boa-fé subjetiva, mas boa-fé objetiva, sendo importante distinguir uma da outra.

Na boa-fé subjetiva o manifestante de vontade acredita que sua conduta, com base em seu conhecimento sobre o negócio, está correta. Depreende-se um caráter de estado de consciência, o sujeito crê estar agindo corretamente. Já na boa-fé em sua acepção objetiva, a interpretação tem seu ponto de partida em um padrão de conduta comum, do homem médio, levando-se em consideração aspectos sociais e não psicológicos.²²²

Assim, a boa-fé subjetiva é aquela ligada a uma avaliação individual de dados da realidade, se o sujeito tem ou não ciência de algo, trata-se de um estado de consciência. É chamada pelos alemães de boa-fé crença (*Gutten Glauben*). Já a boa-fé objetiva é uma regra ética de conduta. Segundo Miguel Reale:

Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última – vigorante, v.g., em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma *exigência de lealdade*, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, “a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como *normativa de comportamento leal*. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de “honestidade pública.”²²³

Entenda-se a subjetiva como a boa-fé de crença, ligada ao estado de consciência. Enquanto, a boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas

²²² VENOSA, Silvio de Salvo. A boa-fé Contratual no Novo Código Civil. Disponível em <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>, acesso em 25.10.2003.

²²³ REALE, Miguel. *A Boa-fé no Código Civil*, disponível em <www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> acessado em 26.11.2003.

relações jurídicas obrigacionais em que interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança, que as pessoas normalmente neles depositam²²⁴. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social.

Nesse sentido, o jurista italiano Emilio Betti, destaca as vertentes subjetiva e contratual da boa-fé.

Esta é uma clara diferença que distingue a inconfundível boa-fé contratual, em sentido normativo, da boa-fé consistente na própria crença [...] A boa-fé do possuidor ou do adquirente é simplesmente uma boa fé justificada, de acordo com a exigência do mínimo ético, o comportamento que de outro modo teria caráter ilícito o que, em todo caso não estaria protegida. A boa-fé, tratada aqui, é essencialmente uma atitude de cooperação encaminhada a cumprir de forma positiva a expectativa da outra parte [...] ²²⁵

A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento e sinônimo de confiança, as partes devem agir na exata medida de comportamento esperado.

4.3.3.3 Boa-fé objetiva – funções – visão contemporânea

Boa-fé, equidade e razoabilidade são as pedras angulares da nova teoria geral do contrato e procuram atenuar os abusos potenciais de uma liberdade sem limites. Os conceitos filosóficos econômicos da teoria clássica dos contratos foram, portanto, atenuados e transformados. A nova realidade exige que tenhamos em conta a relevante função econômica e social desempenhada pelo contrato e as condições particulares de cada uma das partes. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo código civil. São Paulo: Método, 2002, p. 41.

²²⁴ Para Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 1234) a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela.

²²⁵ E. Betti, Teoria general de las obligaciones, tomo I, trad. José Luis de Los Mozos, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, p.101-102. Texto original: De este modo resulta evidente la diferencia inconfundible que distingue la buena fe contractual, en sentido normativo, de la buena fe consistente en la creencia en la propia o en la ajena limitación. La buena fe Del poseedor o Del adquirente es, simplemente, una buena fe justificativa, según la exigencia Del mínimo ético, Del comportamiento, que de otro modo tendría carácter ilícito o que, en todo caso, no estaría protegido. La buena fé de que se trata aqui, em cambio, es esencialmente una actitud de cooperación encaminhada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte..

O autor português Antonio Manuel da Rocha Menezes já há muito noticiava a visão rejuvenescedora da boa-fé, bem como o fato desta estar pautada na confiança e conferir abertura para o controle judicial do conteúdo do contrato.²²⁶

Devido ao aspecto plurívoco da boa-fé, esta comporta várias interpretações e lhe são atribuídas diversas funções em virtude até de sua ligação com a moral, conforme anota Ripert “Boa-fé é um dos meios utilizados pelo legislador e tribunais para permitir que a regra moral ingresse no direito positivo”.²²⁷

Nesta esteira a doutrina pátria, com base até na codificação mais recente, localiza ao menos três funções para a boa-fé objetiva: a primeira seria a de cânone hermenêutico-interpretativo²²⁸, empregada na busca da real vontade das partes; por segunda a função ativa²²⁹, devido à criação de deveres laterais de conduta para credor e devedor e, por terceira, a função repressiva expressamente considerada no abuso do direito²³⁰.

Não obstante, com base nos desdobramentos principiológicos decorrentes de um princípio maior, no caso a boa-fé objetiva em relação ao princípio da proporcionalidade e conservação do contrato, a doutrina localiza outros desdobramentos decorrentes daquelas funções como a de fundamento para a teoria do adimplemento substancial. Eis o entendimento de Eduardo Luiz Bussatta:

Poder-se-ia fundamentar a aplicação da teoria do adimplemento substancial no princípio da proporcionalidade e no princípio da conservação do contrato. Contudo, é certo que, de acordo com o conteúdo estabelecido acima para a boa-fé objetiva, em que somente se admite o exercício das posições jurídicas dentro de uma base ética, não é equivocado afirmar que tanto o chamado princípio da proporcionalidade como princípio da conservação do negócio jurídico são decorrentes do princípio maior, que é o da boa-fé, ou visto de outra forma, são facetas do princípio da boa-fé assumidas em razão da atuação pontual dele.²³¹

²²⁶ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 397.

²²⁷ RIPERT, Georges. La règle morale dans les obligations civiles. Paris: LGDJ, 1949. *apud* Newman de Faria Debs. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In TARTUCE, Flavio. op. cit, p. 252. Texto original: “la bonne foi est l'un des moyen utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positive”.

²²⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração

²²⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé

²³⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²³¹ BUSSATA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento, São Paulo: Saraiva, 2007 (coleção professor Agostinho Alvim/coordenação Renan lotufo), p. 86.

Além de facetas de natureza civil²³² para a boa-fé objetiva percebem-se desdobramentos decorrentes da codificação consumerista, que pela aproximação principiológica serão objeto de análise.

Inicialmente apresentar-se-á uma breve abordagem sob a localização do indivíduo consumidor.

As relações civis são regidas tendo-se por pressuposto uma relação obrigacional equilibrada²³³, envolvendo igualdade de partes e elementos básicos para a formação do contrato, considerados no artigo 104 do Código Civil Brasileiro.²³⁴

Já o micro-sistema consumerista parte do pressuposto da desigualdade das partes, na busca desta paridade entre as partes, a aludida legislação apresenta conceitos como a vulnerabilidade do consumidor diante do consumidor, esta pode se desenrolar em três aspectos: na esfera sócio-econômica (vulnerabilidade fática); no acesso e controle de informações (vulnerabilidade técnica) e negocial (vulnerabilidade jurídica ou científica).²³⁵

Neste clima de proteção ao consumidor, sem olvidar-se as orientações constitucionais e civilistas, de eticidade e solidariedade percebe-se um ponto nuclear, que apesar de sua abordagem mais presente na orientação consumerista deveras necessário ser observado em toda e qualquer relação obrigacional, a saber: a confiança.

Segundo Judith Martins Costa:

A confiança, que é proteção e postulado ético para além de construir *pressuposto* de toda e qualquer ordem jurídica que se queira comon tal, atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva, é também uma *necessidade* desta mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas. Por isso mesmo não é a confiança traduzida meramente em objetos ideais, abstratos ou absolutos. Como bem cultural que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada de *caráter de realizabilidade* típico dos fenômenos culturais.²³⁶

²³² Nesse sentido o aspecto absolutório decorrente do Estado de Necessidade: Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

²³³ Tal equilíbrio não seria considerado em situações como Estado de Perigo e Lesão.

234 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.

²³⁵ MARQUES, 2004. p.270.

²³⁶ MARTINS-COSTA, 2003, p.29.

Seguindo este entendimento conceitua Cláudia Lima Marques “confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais.”²³⁷

Esta confiança depositada pelo consumidor, em detrimento do fornecedor ou marca, recebeu acolhimento pelos tribunais pátrios, decorrente de um significativo julgado do Superior Tribunal de Justiça, que conferiu tutela ao consumidor lesado pela compra de uma filmadora no exterior, a qual não recebeu assistência em solo brasileiro, sendo que o aludido tribunal, fundamentando-se na confiança do consumidor sobre a marca mundialmente reconhecida, não permitiu que a parte hipossuficiente sofresse conseqüências negativas decorrentes da compra de um produto defeituoso, mesmo esta tendo sido realizada no exterior.²³⁸

Do julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, insta ressaltar o voto do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, oportunidade em que este relata a presença de uma economia globalizada, que já não conhece fronteiras e complementa “em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo

²³⁷ MARQUES, 2004, p.33.

²³⁸ **EMENTA:** “DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA.I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencidos os Ministros Relator e Barros Monteiro. Votaram com o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira os Ministros César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.” Brasília, 11 de abril de 2000 (data do julgamento) (STJ, Recurso Especial 19995/0018349-8)

tecnológico da informática e no mercado consumidor que representa o nosso país.”²³⁹

Dede já é possível vislumbrar a insegurança gerada pela integração ou globalização dos mercados, entretanto o ordenamento jurídico já buscava a fundamentação necessária para tutelar os jurisdicionais hipossuficientes diante das grandes empresas e do comércio eletrônico – o *e-commerce*.

Trata-se do paradigma da confiança, sem dúvida essencial para o desenvolvimento das relações contratuais realizadas em ambiente virtual.

4.3.3.4 A boa-fé objetiva como fundamento para o paradigma da confiança – sua relevância para as contratações eletrônicas.

[...] mais segurança nas formas de pagamento no meio eletrônico e mais cuidado com relação aos dados coletados neste meio. A confiança é – em minha opinião – o paradigma novo necessário para realizar “este passo adiante”, de adaptar nosso atual Direito do Consumidor à este novo modo de comércio.(Cláudia Lima Marques, Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor, p.34)

Apesar da necessidade perene de confiança e transparência durante as relações contratuais em sede de contratação eletrônica, devido a despersonalização e desmaterialização do contrato, esta se torna ainda mais presente e buscada.

A presença física dos celebrantes é facilmente desconsiderada e, quanto ao objeto do contrato, pode se resumir em informações ou *bites*.

Por mais estranho que possa parecer por conta da distância física entre os contratantes a boa-fé atinge maior relevância. Nesse sentido, ressalta Ronaldo Alves de Andrade: “O primeiro aspecto que deve ser observado no contrato eletrônico que encerra relação de consumo, como de resto em qualquer

²³⁹ Voto Ministro Sálvio de Figueiredo disponível em http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/CAO_CONSUMIDOR/JURISPRUD%C3%8ANCIA/VICIO%20DE%20PRODUTO%20E%20SERVICO/RESP63981-SP.DOC acessado em 20/04/07.

relação humana jurídica ou não é o princípio da boa-fé.”²⁴⁰

A importância/necessidade não se resume tão somente as relações de consumo, mas a qualquer tipo de celebração realizada eletronicamente. É claro que devido ao crescimento insopitável do comércio eletrônico, bem como das características dos envolvidos na contratação sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (consumidor/fornecedor) as vertentes da boa-fé objetiva espriam-se com mais amplitude.

No caso dos negócios jurídicos celebrados no espaço cibernético, a boa-fé tem ainda mais relevância, uma vez que não há qualquer contato físico entre os dois pólos da relação contratual. No caso do contrato eletrônico de compra e venda, por exemplo, o consumidor não vê o vendedor nem o produto; por outro lado, o vendedor não vê o comprador e tampouco tem condições de verificar imediatamente sua identidade e suas condições econômicas de cumprir o contrato. Portanto, aqui, a boa-fé revela-se de grande importância, sobrelevando a credibilidade, a honestidade e a lealdade tanto do vendedor como do comprador.²⁴¹

Diante destes fatores decorrentes do cenário eletrônico, pode-se dizer que se apresenta uma nova modalidade de vulnerabilidade: a tecnológica ou informática. Esse aumento da vulnerabilidade do consumidor diante do comércio eletrônico é relatada por Cláudia Lima Marques. “a *Internet* traz uma aparência de liberdade, com o fim das discriminações que conhecemos (de cor, sexo, religião etc.) e o fim dos limites do mundo real (fronteiras, línguas diferentes, riscos de viagem etc.), mas a vulnerabilidade do consumidor aumenta.”²⁴²

Assim, a autora tratada no parágrafo anterior ressalta a necessidade da criação de um novo paradigma da confiança nas contratações eletrônicas, com a finalidade de alcançar uma melhor tutela para os consumidores do ambiente virtual.²⁴³

Este novo paradigma concentra a confiança e suas vertentes (deveres anexos, como a informação) no núcleo das relações uma vez que não se fala em teoria da aparência neste ambiente, já que esta foi desmaterializada e convertida em *bites*.

²⁴⁰ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor. Barueri- São Paulo: Manole, 2004, p. 104.

²⁴¹ ANDRADE, Ronaldo Alves de. op. cit. p. 106.

²⁴² MARQUES, 2004, p.72.

²⁴³ MARQUES, 2004, p. 48

Pois no diálogo virtual de dois computadores identificaremos duas partes e duas vontades, imputaremos responsabilidade ao dono (*dominus*) aparente ou ao guardião aparente da senha ou chave-privada ou pública da assinatura eletrônica. A mesma lógica será utilizada para proteger o contratante mais fraco, em especial aquele que aceita uma oferta realizada por um profissional. Neste caso, a aparência (por exemplo, a marca, o certificado, as imagens ou a presença em determinado site), que despertou a confiança do contratante, servirá para imputar responsabilidade²⁴⁴

Nesse clima de aparência e responsabilidade decorrente justamente desta, o autor argentino Ricardo Lorenzetti ao trata da declaração de vontade na contratação eletrônica destaca a seguinte regra: “aquele que utiliza o meio eletrônico e cria uma aparência de que este pertence a sua esfera de interesses, arca com os riscos e os ônus de demonstrar o contrário.”²⁴⁵

A estrutura da regra apresentada atende à necessidade de configurar comportamentos de cooperação entre os contratantes, dentre estes destaque-se o dever de informação.

O princípio da informação pode ser localizado como decorrente do princípio da transparência, que segundo Paulo Nalin:

A transparência faz com que se exija do pré-disponente, sobretudo, lealdade ao estabelecer o conteúdo da avença e lealdade ao informar sobre ela ao outro contratante, via de regra mero aderente, portanto vulnerável à vontade contratual que está a definir seus termos gerais, exigindo-lhe destarte comportamento responsável. A auto-responsabilidade contratual, conforme explica Vito Rizzo, põe em relevo antes a figura do pré-disponente que a do aderente. É princípio jurídico que gravita em torno da plena e suficiente informação contratual, significa consapevolenza (ciência ou conhecimento) dos termos do contrato.²⁴⁶

Justamente nesta ciência e conhecimento por parte dos contratantes cibernéticos, que se localiza grande parte da problemática envolvendo tal forma de contratação; tal enfrentamento será promovido no momento da formação contratual.

Por hora, necessário destacar que o dever de informação apresenta os seguintes desdobramentos: a um a adequação que se refere aos meios de

²⁴⁴ MARQUES, 2004, p. 69 et seq.

²⁴⁵ LORENZETTI, p. 293.

²⁴⁶ NALIN, Paulo. Do contrato: Conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá Editora, v.III, 2001, p.145.

informação utilizados e com o respectivo conteúdo, deve existir uma compatibilidade entre produto, serviço e consumidor destinatário típico. A dois a suficiência que trata da integralidade e completude da informação, a ausência sem dúvida é lesiva ao consumidor, por três a veracidade considera-se veraz a informação correspondente às reais características do produto ou serviço, como composição, conteúdo, prazos, garantia e riscos.²⁴⁷

Em especial sobre a contratação eletrônica, Ricardo Lorenzetti desta a necessidade de informações adicionais: “o meio tecnológico utilizado, a identificação do ofertante, para evitar os problemas do anonimato, bem como esclarecimentos sobre o modo de aceitar a oferta”²⁴⁸ ou seja, desde a aceitação da oferta o ambiente digital guarda suas peculiaridades.

4.4 PRINCIPIO DA SUBSIDIARIEDADE OU INALTERABILIDADE DO DIREITO EXISTENTE

Devido a proposta de caráter instrumental para a presente dissertação, desde já insta ressaltar a aplicabilidade do ordenamento jurídico posto, sobretudo de suas bases principiológicas, as relações contratuais eletrônicas.

Esta linha não sinaliza a concordância ou suficiência da via analógica, tão somente apresenta uma conclusão imediata para o deslinde das questões eletrônicas.

Com base no suporte e entendimento já manifestado, o direito deve perseguir e tutelar as diversas situações que emergem no seio social, “os novos termos devem ser analisados mediante a assimilação dos fenômenos já conhecidos.”²⁴⁹

Nesse sentido, a doutrina trabalha inclusive com base em diretivas da União Européia e a carência de normas brasileiras, socorrendo-se pela aplicação dos dispositivos existentes de forma subsidiária.

Para a aplicação do princípio da subsidiariedade, Mário Antônio

²⁴⁷ LÔBO, 2001, p. 70.

²⁴⁸ LORENZETTI, p.309.

²⁴⁹ LORENZETTI, p. 76.

Lobato de Paiva estabelece alguns pressupostos: o primeiro trata-se da omissão por parte das normas tradicionais; o segundo reside na não incompatibilidade com os demais princípios e normas vigentes sobre o assunto e que a efetiva aplicação subsidiária não resulte em procrastinações e inadequações ao desenvolvimento das relações eletrônicas.²⁵⁰

Neste ritmo de aplicabilidade das disposições tradicionais em prol do desenvolvimento das contratações eletrônicas, o argentino Ricardo Lorenzetti destaca o princípio da não-discriminação do meio digital, o qual dispõe sobre a neutralidade do estado em não criar normas que criem restrições ou discriminações para as relações virtuais devido a ausência de instrumento escrito.²⁵¹

Sem fugir dos entendimentos já apresentados Jorge Jorge Lawand, com base na principiologia da Lei Modelo da UNCITRAL, discorre sobre três princípios expressamente considerados na aludida legislação e indispensáveis para o ambiente eletrônico; tratam-se do princípio da equivalência funcional dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com os atos jurídicos tradicionais²⁵²; princípio da neutralidade tecnológica²⁵³ das disposições reguladoras do comércio eletrônico e o princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos²⁵⁴.

Fábio Ulhoa Coelho entende, que o “princípio da equivalência funcional é o argumento mais genérico e básico da tecnologia jurídica dos contratos virtuais.”²⁵⁵ Já quanto à aplicação e inalterabilidade do direito existente, Ana Paula Gambogi Carvalho²⁵⁶ é objetiva ao entender que a *Internet* não é um espaço alheio ao Direito, mas que as normas legais vigentes são aplicadas como em quaisquer

²⁵⁰ PAIVA, loc cit.

²⁵¹ LORENZETTI, p. 86.

²⁵² Segundo LAWAND, Jorge José. “é o primeiro princípio fundamental que rege a disciplina dos contratos eletrônicos é o que veda qualquer espécie de diferenciação entre os contratos clássicos, produzidos em papel e reconhecida a sua legitimidade através de um tabelionato de notas e os contratos efetivados através dos meios eletrônicos, em especial pela Internet.” op. cit, p. 42.

²⁵³ De acordo com o item 8 da Lei Modelo da UNCITRAL a legislação não pode bloquear o avanço tecnológico, de forma a manter em aberto a tecnologia empregada, ou seja acolher em seu regime toda eventual inovação técnica neste campo. Exemplo disso, trata-se da possibilidade de navegar pela Internet não por um computador, mas por um telefone celular. in LAWAND, p. 44.

²⁵⁴ Trata-se de um postulado que parte da premissa mediante a qual a eletrônica é um novo suporte e meio de transmissão da vontade dos negociantes, e não um novo direito regulador das mesmas. Assim sendo, a regulamentação das relações obrigacionais elaboradas, executadas e consumadas por esta via não devem acarretar necessariamente uma mudança no direito preexistente que já baliza legalmente todos os contratos privados. in. LAWAND, p. 47.

²⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 3, p. 39.

outros negócios jurídicos, e conclui.

A celebração de contratos via *internet* sujeita-se, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro (CC). Tratando-se de contratos de consumo, são também aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC)

Do enfeixe doutrinário apresentado nota-se que estes princípios estão localizados sobre o mesmo norte: privilegiar e promover o desenvolvimento das contratações eletrônicas, afastando a criação de formalidades ou preconceitos, bem como a aplicação do ordenamento jurídico posto em sua base principiológica e dispositiva.

Seja com a nomenclatura de princípio da subsidiariedade ou princípio da inalterabilidade ou equivalência funcional, um entendimento resta claro de que o julgador tem a sua disposição as disposições tradicionais para atender e dirimir as questões decorrentes das contratações eletrônicas.

Ato contínuo, até com a finalidade de justificar a estrutura desenvolvida até este momento, registre-se a assertiva do legislador pátrio em não comportar no bojo do Código Civil disposições específicas sobre as contratações eletrônicas, uma vez que o desenvolvimento tecnológico não encontra limites e provoca a abertura da normatização nesse sentido.

Estabelece-se, também, a premissa de orientação culturalista de comportar na codificação tão-somente as matérias já sedimentadas na doutrina e jurisprudência, entendimento que merece destaque em sede de contratos eletrônicos.

Assim devido à funcionalidade e instrumentalidade decorrente da via principiológica, seja pelo legislador para redigir a legislação, pelo magistrado para dirimir as lides levadas para apreciação, pelo operador do direito para atuar sobre os casos envolvidos por estes, mostra-se a aplicação valorativa ampla e irrestrita, principalmente diante da ausência de legislação em vigor, como hodiernamente se apresenta as contratações eletrônicas em solo brasileiro.

É claro que esta aplicação deve observar as peculiaridades e desdobramentos decorrentes do ambiente digital, que pela aproximação de diálogos (tecnologia informática e Direito), torna o tema proposto inicialmente pertinente.

²⁵⁶ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. Contratos via internet. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 59-60.

Assim, a análise deste admirável mundo novo proporcionado pela rede mundial de computadores é o que se passa a observar.

4.5 CORRELAÇÃO PRINCIPOLÓGICA – AJUSTAMENTO DE VALORES

Percebe-se o tratamento dedicado a princípios “ditos” como clássicos, ético-sociais, consumeristas e decorrentes da celebração eletrônica, de forma a comportar o surgimento de questionamentos como a potencial plêiade entre os aludidos princípios.

Metodologicamente este embate não ocorre.

Esclarece Claus Wilhelm Canaris, que a correlação entre os princípios revelam os limites e tornam claros seus verdadeiros significados, não havendo que se falar deste envolvimento como “contradição”.²⁵⁷

Marcos Jorge Catalan noticia o caráter positivo de seis princípios e uma só realidade, bem como apresenta metáfora envolvendo um dado que pela sua perfeição simétrica localizada no centro de sua gravidade – decorrente da exata conjunção das bissetrizes que partem dos vértices de sua construção cúbica. “Apenas assim, equilibrado pelas forças dos princípios analisados, manter-se-á o vigor e a pujança de um instituto erigido ao longo de milhares de anos.”²⁵⁸

Os princípios sem a existência de hierarquia, que deverão ser sopesados em conjunto e iluminados pela instrumentalidade do princípio da proporcionalidade.²⁵⁹

Segundo Antonio Junqueira de Azevedo esta hipercomplexidade principiológica assemelha-se ao movimento subterrâneo de ajustamento das placas tectônicas, “os dados se acrescentam, sem se eliminarem”.²⁶⁰

Em sede de contratação eletrônica ocorre manifestamente a consagração de um princípio, que necessariamente foi deveras valorizado no presente trabalho, a saber: a boa-fé objetiva.

²⁵⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.202.

²⁵⁸ CATALAN, Marcos Jorge. op. cit., p. 87.

²⁵⁹ Id. Ibid.

5 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA (PÓS) MODERNIDADE – TRANSFORMAÇÕES DOS CONTRATOS – UM REDIMENSIONAMENTO PRINCIOLOGICO E PARADIGMÁTICO

Não obstante a variedade tipológica indisfarçável, não faltou à doutrina do contrato uniformidade conceitual, se a observarmos como fenômeno puramente abstrato ou meramente teórico. (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Direito Civil, alguns aspectos de sua evolução, pág. 225)

Sob o contrato atuam diversas forças convergentes das quais é possível destacar a força obrigatória e os fatores determinantes das injunções sociais, que lhe dão estrutura e principiologia.

Diante disso, necessário se faz um ligeiro esboço do contrato com a finalidade de localizar suas transformações, evidenciar sua evolução e quiça arriscar suas tendências.

5.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA CONTRATUALÍSTICA – EM BUSCA DE UM CONCEITO DE CONTRATO

Os primeiros indícios e vestígios do que seria denominado de negócio jurídico é pré-existente a noção do que seja jurídico, fato percebido pelo relato do cotidiano do povo hebreu e se desenvolve por todos os períodos interbíblicos, onde é possível localizar o contrato e algumas de suas modalidades.²⁶¹

²⁶⁰ AZEVEDO, 2004, p. 140.

²⁶¹ A Bíblia revela diversas passagens que evidenciam relações jurídicas: (GN 19:21) - E disse-lhe: Eis aqui, tenho-te aceitado também neste negócio, para não destruir aquela cidade, de que falaste;(GN 24:9) - Então pôs o servo a sua mão debaixo da coxa de Abraão seu senhor, e jurou-lhe sobre este negócio. (ÊX 18:16) - Quando tem algum negócio vem a mim, para que eu julgue entre um e outro e lhes declare os estatutos de Deus e as suas leis. (ÊX 18:22) - Para que julguem este povo em todo o tempo; e seja que todo o negócio grave tragam a ti, mas todo o negócio pequeno eles o julguem; assim a ti mesmo te aliviarás da carga, e eles a levarão contigo. (PV 11:15) - Decerto sofrerá severamente aquele que fica por fiador do estranho, mas o que evita a fiança estará seguro. (GN 44:32) - Porque teu servo se deu por fiador por este moço para com meu pai, dizendo: Se eu o não tornar para ti, serei culpado para com meu pai por todos os dias.(1RS 10:15) - Além do que entrava dos negociantes, e do contrato dos especieiros, e de todos os reis da Arábia, e dos governadores da mesma terra.

O povo egípcio antigo também celebrou formas de contrato, como o casamento, o qual apresentava como requisito o registro público.²⁶²

Mas sem dúvida foram os romanos, que amadureceram a idéia de contrato e seus contornos, o qual não apresentou um conceito uno para o instituto, mas sim um pluralismo empírico devido ao emprego de expressões como *contractum*, *pactum* e *conventio*.

No direito romano distinguia-se a *conventio*, que era o gênero, o *contractus* e o *pactum*, que se apresentava como espécies. A *conventio* era o acordo de vontade que produz efeitos jurídicos, em seu universo estavam o *contractus* e o *pactum*. Assim, a *conventio* é o pacto jurídico bilateral, que cria modifica ou extingue direitos, é o termo genérico que envolve todos os atos jurídicos convencionais, o que vale dizer, aqueles atos jurídicos em que há acordo de vontades.

O *contractus* diferenciava-se da *conventio* porque só cria direitos, caracterizando-se, ainda, por ser tutelado por uma ação. O *pactum* distinguia-se da *conventio* porque só criava e extinguia direitos, mas não os modificava. Apartava-se do *contractus* porque não contava com a proteção de uma ação, somente dispunha de ação quando a recebia pelo direito pretoriano, denominando-se pacto pretoriano; ou por força de constituição imperial, denominando-se, então, pacto legítimo; finalmente, pode vir de outro contrato, ao qual se une e se chama pacto adjunto.²⁶³

Henri, Lèon e Jean Mazeaud ao tratar do assunto, afirmam que em Roma, os plebeus estavam obrigados em duas circunstâncias: ou por atos ilícitos ou por necessidade de dinheiro. Os renomados autores ainda afirmam que como autores de atos ilícitos, haviam acertado a pagar uma composição (*poena*), a cujo pagamento não poderiam fazer frente de modo imediato, salientando a condição miserável da plebe.

José Carlos Moreira Alves²⁶⁴ afirma, textualmente, que no Direito Romano a noção de contrato era bastante restrita. Em primeiro lugar, porque durante toda a evolução do direito romano, só se enquadram entre os contratos os acordos de vontade que se destinam a criar relações jurídicas obrigacionais; em segundo lugar, porque em Roma, nem todo acordo de vontade lícito gerava

²⁶² RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.7.

²⁶³ S. VIANA, p. 23.

²⁶⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, v.II, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 127 a 129.

obrigações, porque o contrato (*contractus*) e pacto (*pactum, conuentio*) eram acordos de vontade, mas, ao passo que aquele produzia obrigações, este, em regra, não.

O mesmo autor prossegue:

O direito romano somente conheceu os contratos obrigatórios que geram obrigações e não acolheu – pelo menos até o tempo de Justiniano – o princípio, existente no direito moderno, de que todo acordo de vontade lícita, ainda que não se amolde a um dos tipos de contrato descritos na lei, pode produzir relações jurídicas obrigacionais.

Seguindo ainda sob os ensinamentos de Moreira Alves, do Direito Clássico ao período Justiniano, o sistema contratual romano sofreu profundas alterações de sorte a ser possível observar, dentro desta constante evolução, uma constante: o alargamento gradativo do círculo de acordos de vontade a quem a ordem jurídica concede a eficácia de gerar obrigações.

No período clássico, os juristas, ao invés de conceberem o contrato como categoria geral e abstrata, conheciam apenas alguns tipos de contrato (*contractus*) em que, segundo a concepção romana, não era o acordo de vontades que fazia surgir a obrigação, mas sim um elemento objetivo, que era a observância de alguma formalidade.

Ainda no período clássico e depois no pós-clássico, esse esquema rígido, descrito como acordo de vontade mais elemento objetivo, sofreu atenuações.

Com a natural evolução no direito justiniano o panorama se modificou, pois os juristas bizantinos, ao invés de considerarem que a obrigação nascia do elemento objetivo e não do acordo de vontades, entendem que é deste que resulta a obrigação – o acordo de vontades, de mero pressuposto de fato dos contratantes, passa então a ser seu elemento juridicamente relevante.

No que tange ao direito antigo e ao direito canônico, os irmãos Mazeaud²⁶⁵, explicam que as invasões germânicas provocaram uma regressão a este particular. É que os bárbaros não conheciam mais do que alguns contratos muito formalistas.

²⁶⁵ HENRI, LÉON y JEAN MAZEAUD, *op. cit.* p. 72/73.

O desenvolvimento das grandes cidades do norte da Europa, a partir do século XII e das necessidades do comércio impuseram o recurso às regras romanas, muito mais evoluídas, o que fez com que até o século XVII não prevalecesse a regra canônica: “*nudo pacto actio nascitur*”.

Ao tratar deste tema, Mário Júlio de Almeida²⁶⁶ esclarece que ao longo de sua evolução, o direito romano manteve o princípio da tipicidade dos contratos. Além disso, somente conheceu os contratos obrigacionais, ou seja, aqueles geradores de obrigações, eis que ainda estavam muito distantes do moderno conceito de contrato. Importa frisar que a evolução operada foi no sentido de cada vez mais se exaltar o acordo, que é o “*consensus*”, erigido em requisito dominador, de sorte que a idéia de contrato, como fonte normal das obrigações repousa, fundamentadamente, sobre o acordo das partes, somente encontrando consolidação muitos séculos depois, com o triunfo do liberalismo.

Ao seu tempo, os canonistas pregaram o dever moral de fidelidade da palavra dada e o perjúrio era condenado como pecado, realçando-se o valor dos “*nuda pacta*”.

A partir do século XVI os canonistas passam a combater o culto fetichista da forma como verdadeira fonte da força vinculativa da promessa feita. Assim sendo, a máxima do “*pacta sunt servanda*” reaparece, onde o ponto básico é a ética e não a técnica.

Sob a ótica política, as escolas jusracionalistas do direito natural e a do iluminismo setecentista colocaram a liberdade individual no centro ideológico do sistema jurídico, afirmando a supremacia da vontade do homem entre as forças criadoras do Direito.

Do ponto de vista social, predominava o voluntarismo jurídico, que recebe estímulo das necessidades da burguesia dominante, interessada em vencer as peias sociais, muitas de origem feudal.

Assim, sob a inspiração de Domat e Pothier, o Código Civil francês acolheu a doutrina romana dos contratos, definindo-os como uma convenção de que nascem obrigações, explicitado que foi no artigo 1.101.

²⁶⁶ ALMEIDA, Mário Júlio de, *Direito das Obrigações*, Coimbra : Editora Almedina, 1994, p. 182 a 186.

Uma outra tendência, que acabou influenciando o Código Civil italiano de 1865, considerou o contrato como todo acordo de vontades que tenha tendência à produção de efeitos jurídicos. Hodiernamente, o vigente Código Civil italiano consagra uma solução mais moderna, definido que foi no artigo 1.321, como o acordo de vontades de duas ou mais pessoas, para constituir, regular ou dissolver relações patrimoniais.

O Direito português não definiu o que seja contrato abrindo, então, campo para a doutrina fazê-lo, que preferiu o entendimento de que é o acordo de vontades de duas ou mais pessoas para constituir, regular ou dissolver relações patrimoniais.

Tais considerações permitem afirmar, que sobretudo a partir da codificação, a idéia de contrato emancipa-se da consideração dos vários contratos singulares, herdados do direito romano e do período medieval, rompendo as categorias restritas do direito romano e caminhando para a categoria abstrata de contrato, ou seja, elevando-se a um conceito geral e abstrato, em que se põe a predominância do elemento consenso, onde o consenso é a coincidência das vontades, impondo o mútuo consenso e a vontade humana atua em consonância com a ordem jurídica.

As contribuições dos períodos romanos forneceram elementos indiretos para formação do direito brasileiro pré-codificado que “mesmo a uma distância milenar, assimilou a herança do passado.”²⁶⁷

Nesse sentido, conclui Caio Mário da Silva Pereira “Não obstante as contribuições germânicas, as influências cristãs, a participação visigótica, nosso Direito, inegavelmente, é de origem romana, na sua morfologia, na sua história e no assentamento de seus princípios.”²⁶⁸

Remontando à origem do nosso Direito, em uma perspectiva luso-brasileira, que já ansiava pela codificação, percebemos três reis e seus grandes monumentos, destacando as ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, que mesmo revogadas em Portugal com a vigência do Código de 1867 subsistiram no lado brasileiro do império até que o Código Civil de 1916 por força de seu artigo 1.806 fixou termo à aludida legislação.

²⁶⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. 2002, p. 229.

²⁶⁸ Id. p. 230.

A lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, trazia em seu artigo 81 “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.”²⁶⁹

O teor do artigo 81 do Código Civil de 1916 foi adotado pela doutrina como substancia nuclear de um conceito de contrato, que associado ao consenso entre as partes, não sofria qualquer interferência pelo estado, senão para garantir o cumprimento deste.

É claro que tal conceito geral e abstrato, bem como a neutralidade estatal não exprimiam a realidade fática, conforme já apontava Luis Cabral de Moncada:

[...] sendo a ordem social e econômica um terreno de interesses em conflito, quando não irreduzíveis, não se espera que do simples jogo de vontades e interesses privados, surja espontaneamente a melhor solução para os problemas em presença.

Assim, a autonomia da vontade consagrada na liberdade individual do século XIX não poderia permanecer tão absoluta, sendo necessária uma limitação para que o contrato continuasse a ser um eficaz instrumento de circulação de bens e serviços.

Já no século XX, mais precisamente na década de 40, René Savatier dá um passo determinante para a evolução do contrato; segundo Savatier o contrato que era medido na escala do homem do indivíduo muda de foco e “coloca-se na escala da coletividade na escala da humanidade inteira”(Les Metamorphoses Economiques et Sociales du Droit Civil d' Aujourd' hui, p. 14)²⁷⁰

O contrato passou a ser valorado por dois parâmetros, sendo o primeiro a concentração dos princípios de ordem pública e segundo a potestatividade das prestações ou a sua correlação.²⁷¹

Emílio Betti²⁷² justifica a intervenção do Estado, limitando a autonomia da vontade, no sentido de contornar e condicionar o exercício da vontade

²⁶⁹ BRASIL, Lei n.3071, de 1º de janeiro de 1916. (Código Civil de 1916) artigo 81.

²⁷⁰ SILVA PEREIRA, Caio Mario da. 2002, p. 240.

²⁷¹ Id, ibid.

²⁷² BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

privada. O condicionamento a algo mais claro e atual, como o que ocorre nos contratos de trabalho.

Tal intervenção estatal em face do contrato chegou a ser considerada e proclamada, por alguns, como o declínio do contrato, por entenderem “equivocadamente que os Códigos de puro direito privado se transformariam em Códigos de Direito Social” conforme aponta Consentini.²⁷³

É importante salientar, que o elemento fundamental para esse comportamento intervencionista do Estado, através do Direito, é o reconhecimento das desigualdades sociais, físicas, intelectuais e econômicas principalmente, que conduziriam qualquer relação jurídica ao desequilíbrio.

A esse particular, a vigente Constituição Federal ao que parece, adotou a filosofia neo-liberal, prevendo expressamente a possibilidade de o Estado intervir na atividade econômica, respeitando entretanto, o princípio da livre iniciativa.

É o que se vê do artigo 170 e de que resultam efeitos socialmente aceitos, legitimando o poder, na mesma esteira do artigo 174.

Nesse sentido, aponta Gustavo Tepedino:

Os princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3º, I, CF), do valor social da livre iniciativa (art.1º, IV, CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) foram trazidos ao cotidiano das relações jurídicas privadas, ganhando densidade normativa e informando a nova teoria contratual.²⁷⁴

A evolução do instituto contratual registra, então, fenômenos muito relevantes e começam surgir uma nova técnica de conclusão de negócios, os chamados “contratos *standard*”; de adesão; de consumo; cláusulas contratuais gerais ou condições gerais dos contratos.

Principalmente motivado pelo desequilíbrio nas relações contratuais, o Estado interfere no processo de manifestação da autonomia da vontade e o controle se exerce sobre os requisitos formais dos contratos (dirigismo contratual), para a garantia contra o desconhecimento das condições gerais; sobre os princípios

²⁷³ SILVA PEREIRA, 2002 p. 241.

²⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Dez Anos de Proteção ao Consumidor, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 5, jan-mar. 2001, Rio de Janeiro: Padma, p. III-V, p. III. *apud* Negreiros, Teresa. op cit. p. 28.

e regras de interpretação, de sorte a privilegiar a boa-fé e um controle direto sobre os efeitos e conseqüências de cada contrato.

O legislador constitucional, evidenciando tal estado de coisas, motivou a elaboração de um micro-sistema marcado pela sua principiologia e por elevar o contratante hipossuficiente a uma condição de igualdade com o outro pólo da relação negocial.

Considera Teresa Negreiros:

Entre nós, a promulgação da Lei nº 8.078/90 (o chamado Código de Defesa do Consumidor – “CDC”) representa o marco da “mudança de mentalidade” relativamente ao direito contratual contemporâneo, consubstanciando a direta incidência da normativa constitucional (a começar pelo princípio de defesa do consumidor, previsto no art. 170, V, CF) sobre relações contratuais de consumo.²⁷⁵

Abandonou-se a idéia de cidadão neutro e abstração da relação jurídica, bem como se percebe um entendimento de situações objetivas, que caracterizam consumidor e fornecedor.

Ato contínuo, desde então, desenvolveu-se um processo de substituição do centro valorativo do contrato: em lugar do individualismo e da autonomia, encontra-se a pessoa humana, sua socialidade e dignidade. A este processo deu-se o nome de constitucionalização do direito contratual.

Abandona-se a concepção de homem como produtor de riquezas, ele continua no centro da estruturação do sistema jurídico, entretanto é localizado como pessoa humana, o “patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas.”²⁷⁶

Isto desencadeou um processo de “personalização”²⁷⁷, “socialização”²⁷⁸, “publicização”²⁷⁹ e “constitucionalização”²⁸⁰ do direito privado,

²⁷⁵ NEGREIROS, p. 28

²⁷⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o Próximo Século, in Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998-1999, p. 27-39, p.33. apud NEGREIROS, Teresa, op. cit. p. 32.

²⁷⁷ Considera AMARAL, Francisco “Personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição.” 2003, p. 155.

²⁷⁸ Segundo Georges Ripert a tendência moderna de “publicização” do direito privado, que alguns substituem pela “socialização do direito” como se somente neste momento o direito tornou-se uma ciência social “O direito social designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das

principalmente sob o Direito Civil e com incidência acentuada em instrumentos cotidianos como o contrato.

O contrato não perdeu o seu centro fundado na vontade, entretanto articula regras e princípios de natureza constitucional.

Tal valoração foi plenamente absorvida pela codificação civil vigente, assentada por princípios de natureza ética, social e visando a realização do direito, princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, já abordados.

Com base nesses apontamentos, necessário se faz uma breve conclusão, que servirá de base para a continuidade do trabalho, a saber: um conceito de contrato.

Em virtude dos riscos, que envolvem desenvolver tal conceito, opta-se em defini-lo como um paradigma.

O contrato possui um cerne fundamental volitivo, sobre o qual atuam diversos fatores como a liberdade contratual em suas acepções objetiva, subjetiva e formal²⁸¹, bem como está sujeito a uma simbiose principiológica informada pela sociedade de determinado lugar em certo tempo, que pela sua ligação umbilical com o seio social, serve de instrumento para o relacionamento entre os indivíduos desta e revela a manifestação e os anseios daqueles.

Esta base associada ao meio eletrônico como canal propiciador do envio e recebimento de informações, manifestações de vontade, alcança-se um entendimento nuclear de contrato. Assim, adentrar às peculiaridades do ambiente digital é o que se passa a realizar.

situações apesar das diferenças de fortunas, regras que socorrem os mais fracos, desarmam os mais poderosos e organizam a vida econômica segundo os princípios da justiça distributiva. Ora, para se alcançar esse resultado, preciso é recorrer-se a uma força superior a todos, ou seja, à força do Estado; e esta força intervém nas relações privadas, o direito privado não pode deixar de ceder o passo às regras do direito público.” (Vicente Ráo, vol. I, t.II, Ed. Resenha Universitária, S. Paulo, 1976, p. 188 in Daisy Gogliano “Direito Civil Sanitário” disponível em <http://www.saude.ba.gov.br/conferenciaST2005/cdrom/CD%20colet%C3%A2nea%20leis%20e%20t%20extos/Artigos/06.doc> acessado em 03.07.07.

²⁷⁹ Nesse sentido considera AMARAL, Francisco “Posteriormente, a interferência do Estado na economia contemporânea, causada pela concentração capitalista dos meios de produção, conduz a uma interpenetração de ambas as esferas e a uma superação da tradicional dicotomia” 2003, p. 70.

²⁸⁰ Nesse sentido Pietro Perlingieri, *IL diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1984; Maria Celina Bodin de Moraes, *A caminho de um direito civil constitucional*.

²⁸¹ Segundo SILVA PEREIRA, Caio Mário da. “a liberdade contratual nos seus vários sentidos de: opção subjetiva (escolha de com quem contratar); opção objetiva (escolha material das prestações); opção formal (escolha tipológica das cláusulas)” 2002, p. 226-227.

5.2 UM ADMIRÁVEL MUNDO NOVO – A INTERNETE O AMBIENTE DIGITAL

É possível apontar, que os fundamentos jurídicos estão sofrendo um terremoto em suas bases, devido ao desenvolvimento desenfreado das tecnologias de informação, principalmente da telemática.

A sociedade da informação não encontra barreiras físicas ou territoriais, esta abandona os átomos e adota os *bits*²⁸².

Trata-se da era digital.

A digitalização das relações jurídicas ao mesmo tempo que promove um estreitamento entre as distâncias físicas e continentais, indica um distanciamento dos indivíduos, a despersonalização das relações jurídicas.

Em contrapartida percebe-se um maior acesso as informações e as idéias devido a possibilidade de comunicação e intercâmbio a nível global. Isto comporta discussões sob duas bandas, por um lado a integração das culturas e a criação de uma sociedade global e de outro a dificuldade de regulamentação pelo direito deste ambiente.

Isto se desenvolve em um cenário denominado “ambiente virtual”, ou “ciberespaço”, o qual desperta a necessidade de observância de algumas de suas características. Segundo Lorenzetti, este se apresenta com uma natureza não-territorial e comunicativa, um “espaço-movimento”, local que sofre mudanças o tempo todo, um espaço virtual, que não possui semelhança com o real já que não se encontra em uma estrutura fixa.²⁸³

Tem efeito de desterritorialização e descentralização, uma vez que não se fala em percurso centro-periferia, não se submete a ordens ou hierarquia, proporciona um espaço de anonimato, sem falar na temporalidade, ou melhor,

²⁸² Bit (simplificação para dígito binário, “Binary digiT” em inglês) é a menor unidade de informação usada na Computação e na Teoria da Informação, embora muitas pesquisas estejam sendo feitas em computação quântica com qubits. Um bit tem um único valor, 0 ou 1, ou verdadeiro ou falso, ou neste contexto quaisquer dois valores mutuamente exclusivos. Embora os computadores tenham instruções (ou comandos) que possam testar e manipular bits, geralmente são idealizados para armazenar instruções em múltiplos de bits, chamados bytes. No princípio, byte tinha tamanho variável mas atualmente tem oito bits. Bytes de oito bits também são chamados de octetos. Existem também termos para referir-se a múltiplos de bits usando padrões prefixados, como kilobit (Kb), megabit (Mb) e gigabit (Gb). De notar que a notação para bit utiliza um “b” minúsculo, em oposição à notação para byte que utiliza um “B” maiúsculo (KB, MB, GB). Fonte enciclopédia digital Wikipédia.

atemporalidade, já que o ambiente virtual não conhece limites no tempo, seja na indiferença frente a história e ao futuro ou a velocidade do envio e recebimento das informações.²⁸⁴

Quanto a estas características destaca-se o tempo virtual, o qual considera Lorenzetti:

O tempo virtual, da mesma forma que o espaço, divorciou-se das categorias comunitárias e naturais que configuraram o tempo real. O dia e a noite definiram o tempo para o trabalho e para o descanso, mas agora se trabalha em locais fechados diante de computadores, não interessando se é dia ou se é noite. Não interessa a natureza, nem tampouco a comunidade.²⁸⁵

Isto tudo se dá com base em um suporte, a saber, a rede mundial de computadores – *Internet*.

Dispensa-se uma digressão no concernente a historiografia do surgimento da *Internet*, desde o seu projeto militar pelo governo norte-americano, passando pelo ideal acadêmico até chegar à utilização que esta possui hodiernamente. Importa destacar o seu conceito, suas características e funcionamento.

A *Internet* é conceituada por Ronaldo Alves De Andrade:

[...] uma rede mundial, que interliga computadores e possibilita a comunicação eletrônica entre pessoas com a conseqüente troca de informações, a denominada *Internet* – “International Net” – ou, no vernáculo, rede internacional, que nada mais é que a interligação de vários computadores em várias redes ligadas internacionalmente, as quais permitem a comunicação entre pessoas e a livre circulação de informações de qualquer espécie, desde informações importantes como as científicas, as jornalísticas e as culturais até aquelas sem qualquer utilidade – a pornografia – e outras proibidas – propaganda de incentivo ao ódio racial.²⁸⁶

Percebe-se do conceito, que a rede proporciona a comunicação cultural e ao mesmo tempo proporciona a comunicação entre criminosos e a disseminação de conteúdo eticamente e religiosamente reprovável.

²⁸³ LORENZETTI, p. 30.

²⁸⁴ Id, p. 31.

²⁸⁵ Id, p. 33.

²⁸⁶ ANDRADE, op. cit, p. 12.

Esta disseminação de crimes pela rede é possível devido à característica de “indestrutibilidade” da rede, que funciona em uma estrutura mundial, a imagem a seguir mostra uma visualização gráfica de várias rotas em uma porção da *Internet*, bem como evidencia a escalabilidade da rede.



Ilustração 1 – Fonte: enciclopédia virtual Wikipédia disponível em <http:pt.wikipedia.org/>

A ilustração apresenta semelhanças com a comunicação neural do ser humano, a qual é reveladora das intermináveis conexões e caminhos da rede mundial.

Em solo brasileiro, o então ministro de estado das comunicações pela portaria MCT nº 148, de 31.05.1995, definiu a *Internet* como:

- a) Internet: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o "software" e os dados contidos nestes computadores;²⁸⁷

²⁸⁷ Ministério da Ciência e Tecnologia, portaria 148 de 31.05.1995, definições.

Superado o que seja, necessário se faz atenção quanto a suas características, labor realizado por Lorenzetti, o qual destaca alguns aspectos juridicamente mais relevantes.

- é uma rede aberta, posto que qualquer um pode acessá-la;
- é interativa, já que o usuário gera dados, navega e estabelece relações;
- é internacional, no sentido de que permite transcender as barreiras nacionais;
- existe uma multiplicidade de operadores;
- tem uma configuração de sistema auto-referente, que não tem um centro que possa ser denominado “autoridade”, opera descentralizadamente e constrói a ordem a partir das regras do caos;
- tem aptidão para gerar suas próprias regras com base no costume;
- apresenta uma aceleração do tempo histórico;
- permite a comunicação em “tempo real” e uma “desterritorialização” das relações jurídicas;
- diminui drasticamente os custos das transações.²⁸⁸

Estas características serão muito presentes em certos momentos das relações contratuais virtuais, principalmente no concernente a formação do contrato, aspectos que serão alisados oportunamente.

Neste momento, insta apontar o funcionamento da rede mundial de computadores.

Ao falar-se em funcionamento o jurista certamente indagará quanto à regulamentação. Entretanto, quanto a *Internet*, não se fala em normatização ou fiscalização do seu alcance.

Tal estado de coisas é relatado por Marilyn Meyer, Roberta Baber e Bryan Pfaffenberger ao questionar quem controla a *Internet* hoje? “não vá procurar o centro de operações da internet inc., porque não o achará.” E complementam “como sistema de telefonia mundial, a *Internet* é um enorme espaço de informações composto de milhares de computadores e redes”, que por proprietários particulares compartilham recursos e informações na rede mundial.²⁸⁹

Pois bem, como funciona este território desregulamentado e tão amplamente utilizado.

Para conectar-se a rede o utente deverá valer-se de um computador

²⁸⁸ LORENZETTI, p. 25 e 26.

²⁸⁹ MEYER, Marilyn; BABER, Roberta; PFAFFENBERGER, Bryan. Nosso futuro e o computador. 3 ed. Trad. Edson Furmankiewicz. Porto Alegre: Bookman, 2000, pág. 283, in BOIAGO JÚNIOR, José

e uma linha telefônica, que através desta conectar-se-á a outro computador com o uso do *modem* que permite a comunicação entre estes.

Esta conexão poderá ser estabelecida por meio de uma linha telefônica discada (*dial-up*), ou então por conexões de alta velocidade como ADSL, fibra ótica, TV a cabo ou satélite.

Primeiramente, este computador deverá ser conectado a uma empresa que tem a finalidade de localizar outros computadores, de acordo com o desejo do usuário, são os denominados provedores de acesso.

A figura a seguir ilustra a necessidade de uma empresa provedora de acesso.



Ilustração 2 – Fonte: <http://members.tripod.com/~interworldrk/oque.html>

O provedor de acesso faz a ligação entre os computadores a *Internet*.

Os provedores estão conectados à *Internet* 24 horas por dia por meio de um provedor gigante, que por sua vez, se encontra ligado aos principais computadores do mundo, são chamados de provedores *BackBone* tal nomenclatura se dá pois são considerados a espinha dorsal da *Internet*.

Esta ligação mundial pode ser visualizada na seguinte ilustração.



Ilustração 3 – Fonte: <http://members.tripod.com/~interworldrk/oque.html>

Diante disso, para se adentrar ao ambiente digital “Os requisitos são possuir um computador, um software compatível com a *Internet* e uma conexão por telefone com um provedor de acesso à *Internet*.”²⁹⁰

Percebe-se que esta ligação é estabelecida através dos meios de telecomunicações, que devido ao vínculo global, eleva a rede a condição de “indestrutível”. Nesse sentido considera José Wilson Boiago Júnior.

Verifica-se então, que a internet é uma série de computadores ligados através da telecomunicação, e, por isso, a mesma é indestrutível, pois para ela acessar a Austrália, vai do Brasil aos EUA, daí para a Europa, chegando então ao seu destino (Austrália).²⁹¹

Ou seja, em caso de problemas de comunicação entre algum país ou continente a *internet* percorrerá outro caminho, mas não deixará de atingir o seu destino.

Em apertada síntese, para a conexão o utente deve contar com um computador, incluído aqui o *software* necessário, mais um meio de telecomunicação,

²⁹⁰ FAGUNDES Eduardo Mayer, Como funciona a Internet? Disponível em <http://www.efagundes.com/artigos/Como%20funciona%20a%20INTERNET.htm>, acessado em: 01/09/2006.

²⁹¹ BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. Contratação Eletrônica Aspectos jurídicos. Curitiba: Juruá, 2005, p. 63.

estes juntos estabelecem ligação com um provedor de acesso, o qual está ligado a um computador *backbone*.

Após supridos estes requisitos, o indivíduo está pronto para navegar pela *Internet*, devendo atentar-se quanto a alguns aspectos.

A rede tem por objetivo o envio e recebimento de informações, para tanto se assemelha ao sistema de correios, pois cada computador possui um endereço na rede (*IP – Internet Protocol*)²⁹² e para as informações caminharem de um endereço para outro utiliza-se o protocolo de transporte (*TCP – Transmission Control Protocol*)²⁹³ o qual tem a função de empacotar em pequenos pacotes as informações, enviar ao destinatário por meio da rede, do outro lado tem a função de receber, reagrupar e verificar os pacotes recebidos.

Toda esta comunicação e transferência se dá de forma “virtual” com base no ambiente digital, o qual se caracteriza pela linguagem binária.

É claro que esta linguagem binária se revela em números que por sua vez, devido as grandes seqüências, são difíceis de lembrar. Assim, a rede adotou o sistema DNS (*Doman Name System – sistema de nome de domínio*) que permite ao usuário utilizar de letras ao invés de números para localizar um endereço. Exemplo: “digitar *www.mhv.net* para acessar o computador localizado em *199.0.02*”²⁹⁴

Entretanto, este admirável mundo novo, que proporciona um intercâmbio entre os povos, bem como disponibiliza um ambiente para o relacionamento entre as pessoas, entre fornecedores e consumidores, entre contratantes, enfim um número incalculável de pessoas desperta na comunidade jurídica a necessidade de definir seus contornos devido a potencialidade da ocorrência de fraudes e crimes pela *Internet*.

No Brasil tem-se o seguinte cenário.

²⁹² Funções do IP: - cuidar do envelopamento; - endereçamento (remetente e destinatário); -- envio dos dados empacotados

²⁹³ Funções do TCP: - dividir a informação em pequenos pacotes; - enviar estes pacotes ao destinatário por meio da rede; - receber os pacotes que estão sendo enviados; - verificar se estes pacotes estão corretos; - reagrupar os pacotes na forma original; - criar um número de verificação (soma de verificação) para montagem; - se os números forem diferentes, o arquivo está corrompido e será solicitada ao remetente a retransmissão

²⁹⁴ MEYER, Marilyn; BABER, Roberta; PFAFFENBERGER, Bryan. Nosso futuro e o computador. 3 ed. Trad. Edson Furmankiewicz. Porto Alegre: Bookman, 2000, pág. 293, in BOIAGO JÚNIOR, op. cit, p. 65.

5.2.1 Suporte Pátrio para as relações jurídicas eletrônicas: Sistema de Chaves Públicas e Privadas e Assinatura Digital

O Brasil, para conferir maior confidencialidade, autenticidade, segurança e integridade às informações, mensagens e documentos que caminham pelo ambiente digital, montou sua infra-estrutura de chaves-públicas denominada ICP-Brasil. Trata-se de um conjunto de regras e normas, baseadas em padrões públicos internacionais, que são definidas no país por um comitê gestor composto por representantes do governo e da sociedade civil.

Tal estrutura foi criada pela Medida Provisória 2-200-2 de 24.08.2001.

Para conferir segurança nas relações desenvolvidas pelo ambiente virtual, o ordenamento jurídico pátrio dispõe do sistema de certificação digital.

Este modelo adotado possui como estrutura o sistema de certificação com raiz única. O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI (Autarquia Federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República) está na ponta desse processo como Autoridade Certificadora Raiz/AC Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Cabe ao instituto credenciar os demais participantes da cadeia, supervisionar e fazer auditoria dos processos.

Tal cadeia pode ser visualizada na ilustração a seguir:

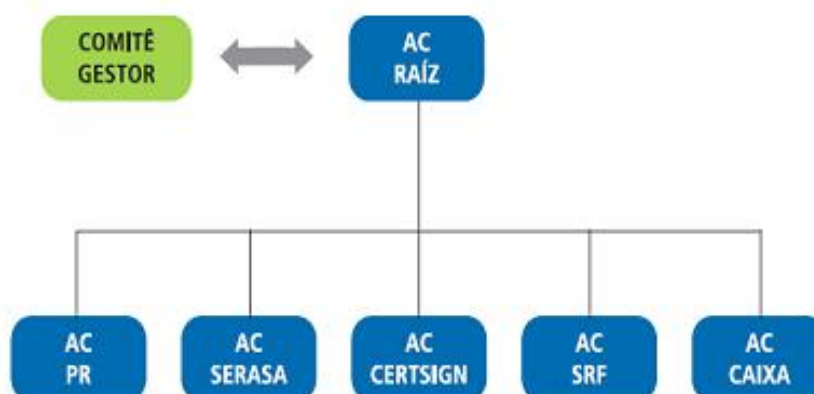


Ilustração 4 – Fonte: Instituto Brasileiro de Informação

Este sistema de segurança tem como tecnologia fundamental a certificação digital, que por sua vez encontra cerne no certificado digital que pode ser entendido

O certificado digital é um documento eletrônico assinado digitalmente e cumpre a função de associar uma pessoa ou entidade a uma chave pública. As informações públicas contidas num certificado digital são o que possibilita colocá-lo em repositórios públicos.²⁹⁵

O certificado digital contém um nome, um número público exclusivo denominado de chave pública, além de outros dados que se utilizam do sistema de criptografia para não serem observados por outras pessoas.



Ilustração 5 – Fonte: Instituto Brasileiro de Informação

A tecnologia da certificação digital desenvolveu-se graças aos avanços da criptografia nos últimos trinta anos.

A palavra criptografia tem origem grega *Kryptós* e *gráfos*, que significa escondido ou oculto, e grafia escrita. Assim, pode-se entender a criptografia como a arte ou ciência de cifrar ou codificar deixando incompreensível uma mensagem.

²⁹⁵ Definição apresentada pelo Instituto de Tecnologia e Informação (Autarquia Federal Brasileira)

A informação uma vez codificada é denominada de texto cifrado, este processo de ocultação é chamado de cifragem, sendo o processo inverso (abertura da informação original) denominado decifragem.

Ambos estes processos são realizados por programas de computador que são os cifradores e decifradores, os quais utilizam uma chave para abrir a mensagem e para mantê-la secreta.

A ilustração demonstra este processo.

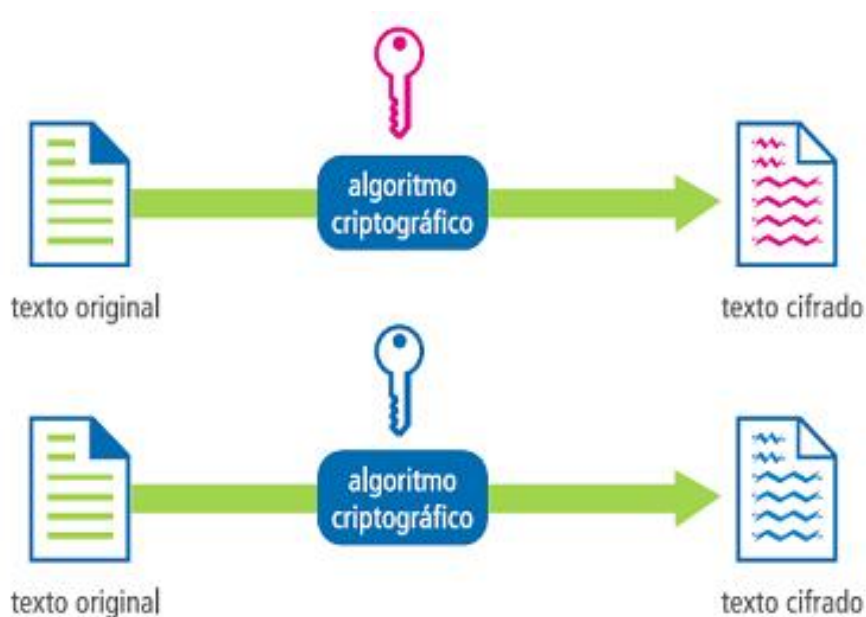


Ilustração 6 – Fonte: Instituto Brasileiro de Informação

Quanto ao sistema de criptografia, noticia a autoridade certificadora raiz brasileira o Instituto de Tecnologia e Informação²⁹⁶:

Atualmente existem dois tipos de criptografia: a simétrica e a de chave pública. A criptografia simétrica realiza a cifragem e a decifragem de uma informação através de algoritmos que utilizam a mesma chave, garantindo sigilo na transmissão e armazenamento de dados. Como a mesma chave deve ser utilizada na cifragem e na decifragem, a chave deve ser compartilhada entre quem cifra e quem decifra os dados. O processo de compartilhar uma chave é conhecido como troca de chaves. A troca de chaves deve ser feita de forma segura, uma vez que todos que conhecem a chave podem decifrar a informação cifrada ou mesmo reproduzir uma informação cifrada. Os algoritmos de chave pública operam com duas chaves distintas: chave privada e chave pública. Essas chaves são geradas

²⁹⁶ Disponível em <http://www.iti.br/twiki/pub/Main/Cartilhas/brochura01.pdf>.

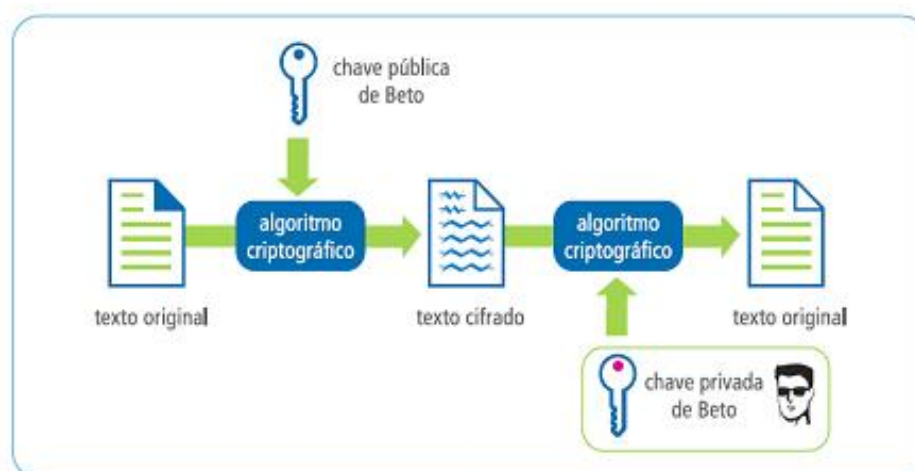
simultaneamente e são relacionadas entre si, o que possibilita que a operação executada por uma seja revertida pela outra. A chave privada deve ser mantida em sigilo e protegida por quem gerou as chaves. A chave pública é disponibilizada e tornada acessível a qualquer indivíduo que deseje se comunicar com o proprietário da chave privada correspondente.

Percebe-se o uso de dois sistemas de criptografia, o sistema de criptografia simétrica ou com chave secreta (*secret-key*) onde reside a necessidade de tanto remetente como destinatário terem conhecimento da chave secreta.

Quanto à criptografia simétrica, aponta Fabiano Menke que ‘os interlocutores compartilham o código (ou chave) de cifração e de decifração da mensagem. E mais, utilizam o mesmo código para os dois processos de ocultar e tornar claro.’²⁹⁷

Outro sistema trata-se da criptografia assimétrica ou com chave pública (*public key*) sendo este um método mais seguro, já que cada usuário possui um par de chaves, sendo uma privada outra pública.

Quanto ao segundo sistema, criptografia assimétrica, o Instituto Brasileiro de Informação apresenta a seguinte ilustração:



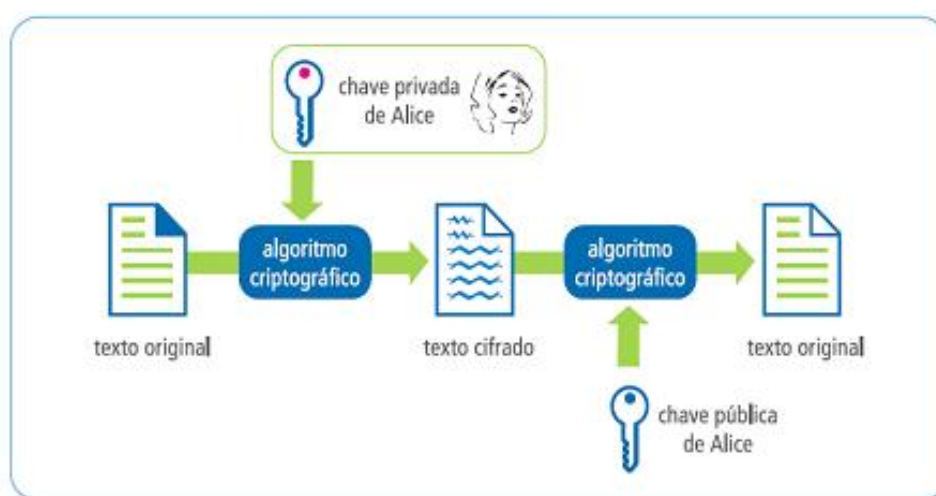
Sigilo utilizando criptografia assimétrica

Ilustração 7 – Fonte: Instituto Brasileiro de Informação

²⁹⁷ MENKE, Fabiano. op cit, p. 45.

Tal sistemática tem por espeque garantir a confidencialidade e sigilo das informações, uma vez que somente o destinatário, que conhece a chave privada conseguirá desfazer a operação de cifragem (recuperar as informações originais).

A criptografia assimétrica pode desenvolver-se em outro sentido, na busca da autenticidade, que se apresenta como inverso da confidencialidade, já que neste o autor do documento vale-se da chave privada para criá-lo de forma a garantir a autoria de um documento ou identificá-lo em uma transação, isto é possível porque somente o proprietário conhece a chave privada.



Autenticidade utilizando criptografia assimétrica

Ilustração 8 – Fonte: Instituto Brasileiro de Informação

Da ilustração acima percebe-se que se Alice cifrar uma informação com sua chave privada e enviar para Beto ele poderá decifrar o texto por ter acesso à chave pública de Alice, aliás qualquer outra pessoa poderá decifrar a informação devido ao conhecimento público da chave pública de Alice. Entretanto, para produzir o texto cifrado somente Alice tem condições de realizar.

Este sistema de criptografia foi otimizado pela adoção de uma função resumo (função *hash*) dos algoritmos de criptografia, o qual traz mais velocidade e segurança para o procedimento, o qual se denomina: assinatura digital.

Quanto à estrutura técnica da assinatura digital, esclarece José Wilson Boiago Júnior:

A assinatura digital advém do resultado final da criptografia simétrica ou assimétrica, e o método mais usual é a obtenção da assinatura digital pela forma assimétrica, na qual a informação é criptografada com a chave privada e do resultado final dessa codificação, resulta a assinatura digital, sendo que para decifrar a mensagem, usa-se a chave pública.

Tal operação pode ser verificada na ilustração:



Assinatura digital utilizando algoritmos de chave pública

Ilustração 9 – Fonte: Instituto Brasileiro de Informação

Nesse sistema o documento não sofre alterações e o *hash* (resumo) cifrado em conjunto com a chave privada é anexado ao documento.

Este documento sofre uma conferência que compreende duas operações: calcular o resumo criptográfico e decifrar a assinatura com a chave pública do signatário, em caso de conferência positiva implica que a assinatura está correta e o documento encontra-se íntegro, caso apareça alguma desigualdade, entende-se que a assinatura está incorreta e o documento sofreu alterações.



Ilustração 10 – Fonte: Instituto Brasileiro de Informação

Segundo Dinemar Zoccoli “são propriedades de uma firma digital: a) autenticidade; b) não-falsificabilidade, pois somente o proprietário deve conhecer sua chave privada; c) à integridade; d) não-reutilizabilidade; e) não-repúdio.”²⁹⁸

Estas características são arroladas por Renato M. S. Opice Blum.²⁹⁹

- autentica o documento e é capaz de gerar conseqüências jurídicas, pois prova ao destinatário que o subscritor assinou o documento, tornando-o uma manifestação inequívoca da sua vontade;
- não pode ser falsificada, pois somente o subscritor tem esta chave que lhe permite assiná-lo (esta presunção depende do autor manter sua chave em sigilo e de acordo com os ditames que lhe forem impostos pela autoridade certificadora);
- não pode ser usada de novo, pois ela se amolda ao documento em sua essência e, como tal, não pode ser transferida;
- impede que o documento seja modificado em qualquer de suas características depois de assinado pelo autor, em virtude de se amoldar ao conteúdo existente no momento em que foi aposta ao texto;
- não pode ser contestada se utilizar um sistema aprovado e estiver com sua certificação válida. Torna-se uma prova de que o signatário marcou o documento.

²⁹⁸ ZOCOLI, Dinemar. “Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos e da firma eletrônica” in Direito, Sociedade e Informática – Limites e Perspectivas da Vida Digital, organizador ROVER, Aires José, 2000, Fundação Boiteux, p.190.

²⁹⁹ OPICE BLUM, Renato M. S. O processo eletrônico: assinaturas, provas, documentos e instrumentos digitais, p. 50 e 51.

Este sistema de chaves é utilizado devido a grande dificuldade na contratação eletrônica é a de saber se o outro contratante é realmente quem ele diz ser.

A assinatura digital por chaves públicas proporciona um elevado nível de credibilidade e segurança, devido à presunção de que o documento foi elaborado pelo titular da assinatura e atinge o objetivo que se trata do valor probatório dos documentos eletrônicos equiparados aos cartáceos.

6 IMPLICAÇÕES DO AMBIENTE DIGITAL: DIFICULDADE DE DETERMINAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL, TEMPO E LUGAR

A **práxis** jurídica característica da transmodernidade deixa de considerar os sujeitos de direito em sua individualidade pessoal, e passa a considerar sua réplica virtual, o homem como número de identidade, documento e cadastro. Essa característica do direito transmoderno articula-se com a ampliação do espaço de exercício dos direitos para o espaço cibernético, ou ciberespaço, e, em consequência, ocorre uma **despersonalização** dos sujeitos de direito, substituídos por sua réplica no computador, porque o sujeito de direito não é a pessoa, mas um sujeito virtual construído a partir de dados coletados, estocados e transmitidos pelos **softwares**. (Luiz Fernando COELHO. Saudade do futuro. Florianópolis: Editora Boiteux, 2001, pág.76)

6.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ELETRÔNICO

A nova contratualística em comento encontra-se em notória expansão, em virtude da evolução dos meios de produção e do comércio e, principalmente pelo acesso à rede mundial de computadores (*Internet*). Caracteriza-se esta tendência pela despersonalização das relações jurídicas, a velocidade do envio e recebimento de informações, a internacionalidade e a massificação dos contratos de prestação de bens e serviços que cotidianamente são celebrados, em grande parte, por adesão com base em textos pré-elaborados através do comércio eletrônico, o *e-commerce*.

O ambiente do *ciberespaço* reserva algumas peculiaridades, que deixam em dúvida a aplicabilidade de alguns princípios ou dispositivos legais, amplamente utilizados aos contratos tradicionais, seja no que concerne a manifestação de vontade, a real identidade do contratante, devido a despersonalização das relações, e o momento em que determinadas tratativas são consolidadas.

Nesse sentido, questiona-se que espécie de contrato é celebrado pela rede seria este entre presentes ou ausentes? A doutrina pátria não é pacífica em uma classificação para as contratações celebradas por meio eletrônico, apresentando entendimentos diversos quanto à impessoalidade característica do *e-commerce*, se estas seriam consideradas entre presentes ou entre ausentes.

Segundo Flavio Tartuce a idéia de contratação entre ausentes é

decorrente do contrato epistolar, ou seja, aquele celebrado por meio de cartas, enquanto a “proposta por via digital, diante da facilidade de troca de informações, a proposta deve ser tida realizada entre presentes.”³⁰⁰

O aludido autor conclui: “entendemos o contrato cuja proposta se deu pela via eletrônica não pode ser considerado “*inter absentes*”, mas “*inter praesentes*”³⁰¹

Já Silvio de Salvo Venosa entende, que a contratação eletrônica não pode ser considerada como realizada entre presentes, devido a ausência de colóquio direto entre as partes.³⁰²

Comungando deste entendimento tem-se as idéias de Fernanda Tartuce “entendemos que a realização de contratos via *e-mail* constitui contrato entre ausentes, tendo em vista que, tal como ocorre nas cartas, há uma diferença de tempo entre os contatos das partes.”³⁰³

Fernanda Tartuce faz uma ressalva quanto aos serviços de mensagem instantânea³⁰⁴, considerando que a conversação ou tratativa pode ser feita em tempo real, seria uma espécie de contrato entre presentes.³⁰⁵

Nesse sentido Jorge José Lawand aduz, que os contratos via *Internet* são formados entre presentes quando realizados por meio de *chats* ou de

³⁰⁰ TARTUCE, Flavio. A proposta celebrada via INTERNET faz com que o contrato seja formado entre presentes? Seção bate-boca. Revista Digital Intelligentia Jurídica. Edição de setembro de 2004. disponível em www.intelligentiajuridica.com.br. Acessado em 08.07.07.

³⁰¹ Id. Ibid.

³⁰² VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p. 528-529.

³⁰³ TARTUCE, Fernanda. A proposta celebrada via INTERNET faz com que o contrato seja formado entre presentes? Seção bate-boca. Revista Digital Intelligentia Jurídica. Edição de setembro de 2004. disponível em www.intelligentiajuridica.com.br. Acessado em 08.07.07.

³⁰⁴ Mensagens instantâneas requerem o uso de um programa cliente que se liga a um serviço de mensagem instantânea e difere-se do e-mail em conversações que podem acontecer em tempo real. A maioria dos serviços oferecem um "aviso de presença", indicando quando pessoas em uma lista de contatos está online e disponível para conversa no momento. Isto pode ser chamado de 'Lista de amigos'. Nos primeiros programas de mensagens instantâneas, cada letra aparecia quando era digitada, e quando eram deletadas para correção era visto também em tempo real. Isto fazia parecer mais como uma conversa telefônica do que troca de cartas. Nos programas de mensagens instantâneas modernos, o outro partido na conversa geralmente só vê cada linha da conversa após uma nova linha ser começada.

A maioria das aplicações de mensagem instantânea também inclui a habilidade de definir uma mensagem de status, que faz analogia a uma mensagem em uma secretária eletrônica.

Serviços de mensagem instantânea populares na internet incluem Qnext, Msn Messenger, AOL Instant Messenger, Yahoo! Messenger, Google Talk, .NET Messenger Service, Jabber e ICQ. Esses serviços relacionam muitas idéias a um velho (e ainda popular) chat online médio conhecido como Internet Relay Chat (IRC). Fonte: http://en.wikipedia.org/wiki/Instant_messaging

³⁰⁵ Nesse sentido Paulo Sá Elias. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a Internet. <http://www.jus.com.br> acessado em 12.03.05.

uma câmera digital, sendo que a oferta será considerada recebida quando surgir na tela do computador do destinatário, o qual poderá inclusive imprimi-la.³⁰⁶

Flexibilizando os entendimentos retro anotados, Luis Wielewicki assevera, que considerando a brevidade do envio e recebimento de mensagens eletrônicas, é possível concluir que, independentemente da definição do binômio ausentes *versus* presentes, a formação dos *contratos eletrônicos* sujeita-se a regimes distintos, de acordo com a duração do período existente entre a oferta e a aceitação contratuais.³⁰⁷

Constitui ponto relevante na doutrina o momento de determinação de formação dos contratos, em virtude da incidência de normas distintas para contratação entre presentes e ausentes. Para que se possa estabelecer a obrigatoriedade da avença, “será mister verificar em que instante o contrato se aperfeiçoou, unindo os contraentes, impossibilitando a retratação e compelindo-os a executar o negócio, sob pena de responderem pelas perdas e danos.”³⁰⁸

Resta evidente a dificuldade do julgador, tendo-se em vista as várias teorias que classificam os contratos eletrônicos, fazendo-se necessária a adoção de uma delas em uma teoria geral dos contratos eletrônicos.

Quanto a dificuldade de determinar a natureza jurídica da contratação eletrônica é necessário construir o seguinte raciocínio.

Primeiramente quanto ao cenário e a legislação pátria.

Inicialmente destaque-se a lei privada codificada em seu artigo 428, I, segunda parte “considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante.”³⁰⁹

Prosseguindo em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997 (Lei de Telecomunicação) que conceitua.

³⁰⁶ LAWAND, p. 134.

³⁰⁷ Contratos e Internet – contornos de uma breve análise, *in* Comércio eletrônico, diversos autores, p. 206-207 *apud* LAWAND, *op. cit.*

³⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol.III, Contratos e Atos Unilaterais, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58.

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.³¹⁰

Diante deste conceito é oportuno colacionar, novamente, o conceito de *Internet* de acordo com a portaria MCT nº 148, de 31.05.1995, que definiu a *Internet* como: “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o *software* e os dados contidos nestes computadores;³¹¹

Dos conceitos apresentados percebem-se pontos em comum uma vez que depreende-se a finalidade de envio e recebimento de informações, bem como o meio de transporte destas. Ou seja: a estreiteza existente entre os conceitos de telefone – telecomunicação e *e-mail* – *Internet* proporcionam a conclusão de que “o telefone do Código Civil do ano de 1916 pode ser considerado *comunicação semelhante ao e-mail* existente a quando do Código Civil do ano de 2002, enquanto legítimos meios de informação”.

Assim, devido aos vários meios que os recursos da telemática dispõe ao utente, necessário será com base neste determinar se o contrato é realizado entre ausentes ou presentes, considerando como elemento diferenciador a “informação” se esta foi enviada e recebida instantaneamente como no sistema de “*msn*” ou depende de conferência da parte como no “*e-mail*”.

Conforme leciona Luiz Fernando Coelho:

[...] ocorre no espaço cibernético, o homem como sujeito de direitos que se afirmam no ciberespaço, decorrentes da internet e da comunicação instantânea global, estabelecendo-se relações jurídicas das formas mais diversificadas, e relações inteiramente atípicas, fora dos modelos engendrados pela dogmática e pela doutrina tradicional.³¹²

³⁰⁹ BRASIL, Lei 10.406/2002 (Código Civil) Art. 428, I.

³¹⁰ BRASIL, LEI ORDINÁRIA Nº 9.472 DE 16 DE JULHO DE 1997, que *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da emenda Constitucional nº 8, de 1995.*

³¹¹ Ministério da Ciência e Tecnologia, portaria 148 de 31.05.1995, definições.

Se não fosse suficiente a discussão proporcionada em casos de comunicação instantânea, tendo-se como meio de comunicação/celebração o *e-mail* este reserva algumas peculiaridades. Eis o entendimento de JAILSON ARAÚJO:

Considerando, entre as modalidades de contratos eletrônicos, o *e-mail* como contrato entre ausentes, surge a problemática de se mensurar o “tempo razoável” para que a parte receba o *e-mail* com a proposta e envie sua resposta. Como ainda não há legislação específica para essa problemática, espera-se que, face ao caso concreto, o aplicador do direito utilize critérios baseados na equidade e na razoabilidade.³¹³

Diante da problemática em debate, assertivo é o entendimento de Ricardo Lorenzetti³¹⁴ :

A possibilidade de fixar uma regra geral que qualifique os contratos eletrônicos como celebrados entre presentes ou entre ausentes é inócua, porque se as leis não fizeram esta distinção para o mundo real, ela será muito menos viável para o âmbito virtual. Os códigos fixaram critérios gerais para decidir quando se está diante de um contrato entre presentes, e como o problema é solucionado, mas não tipificaram, tampouco é possível fazê-lo, quanto ao âmbito virtual, uma vez que não há uma tipicidade específica denominada “contratos eletrônicos entre ausentes”.

Assim, o autor argentino entende que a fixação de critérios seria o melhor caminho, estabelecendo as seguintes distinções: nos contratos celebrados instantaneamente por não ter transcurso de tempo relevante entre oferta e aceitação são considerados celebrados entre presentes; já na contratação não instantânea devido a presença de um lapso de tempo deve-se analisar os riscos, se ocorreu ou não um evento que afete o processo negocial, insta verificar se a mensagem ingressou na esfera de controle, o vínculo poderia não ser instantâneo por vontade das partes, como no caso de pedido de confirmação; por terceiro as relações de consumo: venda à distância, na União Européia aplica-se uma diretiva comunitária, que dentre as vendas e comunicação à distância está incluído o correio eletrônico.³¹⁵

Com base nestas considerações, estabelece para os lindes do presente trabalho dissertativo considera-se contratação entre presentes aquela

³¹² COELHO, Luiz Fernando. op.cit. pág. 79.

³¹³ ARAÚJO, Jailson. e-commerce e relação de consumo: aspectos jurídicos *in* Direito das relações contratuais. EFING, Antônio Carlos (coordenador) Curitiba:Juruá, 2002, p. 123.

³¹⁴ LORENZETTI, p.320.

revestida da instantaneidade da informação (envio e recebimento), enquanto entre ausente esta encontra-se diferida no tempo aguardando o acesso de uma das partes para formação do contrato, ou seja a aceitação.

6.2 INTERATIVIDADE – POR UMA CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Como já visto anteriormente, a celebração eletrônica não inaugura uma nova modalidade contratual, mas sim um novo meio de contratação, que propicia algumas dúvidas no concernente em determinar o momento da manifestação da vontade. Diante disso, antes de tratar especificamente da formação do contrato eletrônico insta apresentar uma classificação destes contratos.

Entretanto, apresentar essa classificação não é tarefa fácil, uma vez que a doutrina não é uníssona, sequer em estabelecer qual critério dever ser estabelecido como referência para a contratação eletrônica.

Não obstante a dificuldade, a classificação se faz importante para se determinar o momento da formação contratual.

César Viterbo Matos Santolim classifica os contratos eletrônicos adotando por critério o modo de utilização do computador, as quais se desenvolvem em três classificações: na primeira o computador é utilizado como simples meio de comunicação; nestes casos as vontades já foram aperfeiçoadas; na segunda o computador é empregado como ponto de encontro de vontades já aperfeiçoadas, acrescentando que o aparelho fica a disposição dos contratantes sendo a programação da máquina realizada por um terceiro estranho à contratação; na terceira o computador é empregado de forma auxiliar na etapa de formação do contrato que, pela importância da etapa, seria determinante para a conclusão do contrato.³¹⁵

Já Manoel J. Pereira classifica os contratos eletrônicos tão-somente em duas: na primeira os contratos são concluídos por computador sendo este determinante para o ajuste das partes; na segunda o contrato é executado por

³¹⁵ Id, p. 321 e 322.

³¹⁶ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Formação e eficácia probatória dos contratos por computador.

computador servindo de instrumento para o aperfeiçoamento de vontades já anteriormente manifestadas.³¹⁷

A classificação mais aceita pela doutrina³¹⁸ entende que a manifestação da vontade no ambiente eletrônico apresenta peculiaridades, assim classifica os contratos eletrônicos em interpessoais, interativos e intersistêmicos.

6.2.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos

Os contratos intersistêmicos ou também denominados de contratos em rede fechada, valem-se dos recursos eletrônicos-informáticos tão-somente pela instrumentalidade que estes oferecem, ou seja, as manifestações de vontade se dão antecipadamente e a execução é realizada eletronicamente.

Segundo Flávio Alves Martins a contratação intersistêmica “se estabelece entre sistemas aplicativos previamente programados, pois houve uma negociação prévia. Esse tipo utiliza o *EDI* e se realiza, normalmente, entre pessoas jurídicas.”³¹⁹

Destaque-se que este tipo de contratação requer uma negociação ou acordo prévio, pois um dos sistemas mais utilizados trata-se do *EDI* (*electronic data interchange* – intercâmbio eletrônico de dados).

O *EDI* tem por finalidade a comunicação entre computadores, os quais proporcionam o intercâmbio de informações muito utilizado entre empresas, prática esta ressaltada por Mariza Delapieve Rossi³²⁰:

Nessa modalidade de contratações eletrônicas destaca-se a utilização do Electronic Data Interchange (EDI), que permite o diálogo eletrônico entre sistemas aplicativos distintos, mediante utilização de ‘padrões de documentos’ ou ‘padrões de EDI’. Essa forma de contratação se caracteriza por realizar-se entre pessoas jurídicas, e é especialmente voltada a relações

São Paulo: Saraiva, 1995. p. 49.

³¹⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *in* BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computador peculiaridades jurídicas na formação do vínculo. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 49-50.

³¹⁸ Dentre os autores que adotam esta classificação destaque-se: Mariza Delapieve Rossi, Erica Brandini Barbagalo e José Wilson Boiago Júnior.

³¹⁹ MARTINS, 2002, p. 70.

³²⁰ *Apud* BARBAGALO, Erica Brandini. Op. cit. p. 50.

comerciais de atacado. Uma operação de EDI dá-se, por exemplo, quando uma empresa se comunica com o sistema de vendas de um fornecedor visando à aquisição de um produto. Nessa comunicação são trocados, por exemplo, documentos eletrônicos de pedido de compra, ordens de transportes.

Enfim, verifica-se o caráter instrumental dos recursos eletrônicos como fonte de economia em relação a tempo e formas de comunicação como correios, fax, etc. Na grande maioria das celebrações os documentos são digitalizados e enviados por sistemas considerados mais seguros pelas empresas do que a rede mundial de computadores.

6.2.2 Contratos eletrônicos interpessoais

Diversamente dos contratos intersistêmicos, nos contratos interpessoais os meios eletrônicos têm participação na fase de formação do contrato. Nestes a negociação se desenvolve de forma eletrônica seja esta instantânea (como *chats* e *ICQ* ou *MSN*, dentre outros meios de comunicação simultânea) ou não (por exemplo o *e-mail*). Ou seja, o computador serve como meio de comunicação entre proponente e oblato.

Registre-se que nestes contratos a interação humana, seja ela simultânea ou não, é humana por ambas as partes. Conforme comenta Jorge José Lawand³²¹:

Disto decorre que dois ou mais 'internautas', conectados na grande rede de computadores, estabelecem contratos por meio da troca de mensagens escritas, onde consta a declaração de suas vontades, manifestando-se a intenção de realizar um contrato. Com a interação de mensagens eletrônicas, as partes podem criar um acordo de vontades válido. A oferta e a aceitação podem ser intercambiadas integralmente por e-mail, ou pode ser combinado com documento em base cartácea, fax, ou discussões verbais.

Um exemplo muito presente desta forma de contratação na rede mundial são os leilões virtuais, que são endereços eletrônicos (*home pages*) que são visitadas por *internautas* e estes, normalmente na forma de *e-mail*, oferecem lances para a compra e venda de produtos novos e usados.

Ou seja, a característica determinante é a interatividade humana através dos recursos eletrônicos, seja por *e-mail*, *chats*, *MSN*, videoconferência, etc.

6.2.3 Contratos eletrônicos interativos

Diversamente dos contratos eletrônicos interpessoais em que a interação humana é presente em ambas as partes, nos interativos revela-se um contratante e um programa de computador.

Como primeiro elemento deve existir um sistema eletrônico, vinculado a um computador previamente programado, que geralmente vale-se de um *site* ou estabelecimento virtual que serve de ambiente permanente de oferta.

Jorge José Lawand³²² denomina estes contratos como *contratos por clique*.

Na esfera da contratação no ambiente do comércio eletrônico os negócios jurídicos por clique são amplamente utilizados e são conhecidos no direito comparado como *click-through agreements*. São assim designados, haja vista seus termos serem aceitos através da confirmação digital na tela do monitor do computador, no mais das vezes utilizando o *mouse*. Em muitos casos o operador do *web site* oferece as mercadorias ou serviços para venda, e o consumidor adquire completando e transmitindo uma ordem de compra disposta na tela do computador. A partir do momento em que se configura a aceitação, o contrato considera-se formado. Os produtos e serviços podem ser entregues fisicamente, ou melhor, *off-line*.

Esses contratos equiparam-se aos contratos por adesão, pois se o contratante não concorda com as cláusulas impostas, não há como refazê-las no sentido de serem adequadas às suas necessidades. Nestes, o contratante interage com um programa de computador, sendo esta a forma mais freqüente no *e-commerce*.

³²¹ LAWAND, p. 96.

O principal aspecto dos contratos interativos reside justamente no momento em que é considerado formado o contrato. Nesse sentido, Flávio Alves Martins:

[...] nessas contratações, o contrato reputa-se perfeito a partir do momento em que a aceitação é expedida pelo usuário da Internet. Nessa hipótese há interação imediata (simultânea) entre as partes, considerando-se o momento de formação do contrato o instante em que o usuário manifestou sua vontade, aceitando a proposta, utilizando o botão “concordo” ou “aceito”.

Nesta forma de contratação devido à ausência de discussões preliminares a formação contratual, o usuário neste caso é tratado como *e-consumer* e tem a sua disposição as regras consumeristas, inclusive direito de arrependimento.

Normalmente estas celebrações são realizadas por meio de lojas virtuais, com contratos padrões ou por adesão e normalmente amparados por uma publicidade que envolve sons, imagens, fotos e demais recursos da informática, que em algumas oportunidades pode criar um *marketing* ou publicidade agressiva ou apelativa em face do consumidor. Estes elementos exclusivos das relações de consumo serão abordados no momento da proposta ou oferta virtual.

6.3 DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

No concernente a formação dos contratos, necessário se faz trazer à tona os ensinamentos de Enzo Roppo³²³, que compreende o ajuste contratual como uma “seqüência de atos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo já não ‘natural’ e ‘necessário’, mas sim prefixado e de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito”.

Percebe-se o procedimento desferido pelas partes para a formação do enlace contratual, nesse sentido Ruggiero³²⁴ esclarece o momento em que o contrato se aperfeiçoa “é o encontro de duas declarações de vontade, que partindo

³²² LAWAND, p. 103.

³²³ ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

de dois sujeitos diversos, se dirigem a um fim comum, fundindo-se”.

O contrato se aperfeiçoa no momento da convergência de vontades entre o polícitante e o oblato. Tal idéia é transportada para o cenário eletrônico de forma que a única alteração no paradigma contratual tradicional reside no meio condutor das vontades, não de forma verbal ou cartácea, mas sim digital.

Devido a despersonalização das relações desenvolvidas por meios eletrônicos, localiza-se uma dificuldade peculiar de delimitar o momento exato de formação do contrato. Diante dessa problemática a doutrina apresenta as seguintes teorias: a teoria da cognição (informação) - nesta o contrato se forma no momento em que o proponente toma conhecimento da aceitação (teoria adotada pelo Código Civil Espanhol, art. 1262, 2ª alínea, Argentino, art. 1454 e Suíço art. 8º, 1ª alínea) já a teoria da agnição (declaração) entende o contrato aperfeiçoado no instante em que o aceitante manifesta sua aceitação à proposta, esta teoria comporta três subteorias, sendo estas:

Para a *teoria da declaração propriamente dita*, o instante da conclusão coincide com o da redação da correspondência epistolar. Obviamente, tal entendimento não pode ser aceito, porque além da dificuldade de se comprovar esse momento, o consentimento ainda permanece restrito ao âmbito do aceitante, que pode destruir a mensagem em vez de remetê-la.

Para a *teoria da expedição*, não basta a redação da resposta, sendo necessário que tenha sido expedida, isto é, saído do alcance e controle do oblato. É considerada a melhor, embora não seja perfeita, porque evita o arbítrio dos contraentes e afasta dúvidas de natureza probatória.

Por último, a *teoria da recepção* exige mais: que, além de escrita e expedida, a resposta tenha sido entregue ao destinatário. Distingue-se da teoria da informação porque esta exige não só a entrega da correspondência ao proponente, como também que este a tenha aberto e tomado conhecimento de seu teor.³²⁵

Insta ressaltar que a teoria da expedição encontra-se expressamente considerada no corpo do ordenamento civil pátrio³²⁶.

Já para as relações, que se valem do ambiente digital, o legislador pátrio pretende, conforme sinalizado pela legislação projetada, adotar uma teoria

³²⁴ Instituições de direito civil. trad. Paolo Capitanio, v.2, p.223.

³²⁵ GONÇALVES, op. cit.

³²⁶ Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I - no caso do artigo antecedente:

II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III - se ela não chegar no prazo convencionado.

diferenciada da que hodiernamente rege as tratativas tradicionais. Quanto à formação dos contratos eletrônicos o Projeto de Lei n.4906/01 recepcionou a teoria da expedição e do conhecimento. A teoria da recepção pode ser vislumbrada no artigo 26 do aludido projeto, pois dispõe que, sem qualquer prejuízo das normas estabelecidas pelo Código Civil, a manifestação de vontade das partes contratantes, em sede de contratações eletrônicas, ocorrerá no exato momento em que o destinatário da oferta enviar o documento eletrônico, manifestando de forma inequívoca a sua aceitação.

Convém mencionar, também, que o Projeto de Lei em apreço, em seu parágrafo 1º do artigo 26, dispõe que o peticitante está vinculado a proposta de contratação quando por ele enviada ou quando a proposta for feita por sistema de informação que opera automaticamente.

Quanto à formação contratual eletrônica, esta comporta desdobramentos devido a *Internet* possibilitar inúmeras formas de comunicação pela rede, seja através de *e-mail*, videoconferência, acesso a *homepages*, *chats*, etc. Ou seja, as declarações de vontade são exteriorizadas por *cliques* ou digitações em um teclado ou até reproduzidas por áudio e vídeo.

Nesse sentido destaca Jorge José Lawand³²⁷:

Na declaração das relações jurídicas operadas na web, temos que o consentimento contratual expresso consiste necessariamente em uma declaração de vontade telemática teclada pelo cliente em seu terminal de computador; é suficiente o ato (gesto) de expressão da vontade externada através da ordem enter de aceitação do contrato.
A declaração de vontade negocial através da Rede se traduz numa ordem – o pedido eletrônico, eficaz em si mesmo.

Sem falar que o próprio acesso à rede ou a busca por um *site* sinaliza uma manifestação positiva no sentido de contratar, conforme destaca Érica Brandini Barbagalo³²⁸:

³²⁷ LAWAND, p. 137.

³²⁸ BARBAGALO, Érica Brandini. Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. Saraiva: São Paulo, 2001. p.61.

Isso porque a consulta a um web site é uma atitude deliberada: o site não é automaticamente projetado no computador do usuário sem que este tenha agido para tanto. Ao contrário, o usuário precisa praticar uma série de atividades para ter acesso a um web site; é preciso ligar o computador, acessar a internet, depois a web e finalmente o web site, outras atitudes levarão o usuário a confrontar-se com a opção de “clicar”, pressionar, a opção que represente sua vontade.

Se não fosse suficiente, Jailson Araújo destaca que o envio de uma mensagem eletrônica poderá ocorrer sem que o receptor esteja conectado naquele momento, de forma que restaria impreciso o momento do recebimento, sem falar que a rota de uma mensagem na *Internet* “é bastante flexível, passando muitas vezes por diversos intermediários inclusive com a possibilidade de retenção, redirecionamento ou até mesmo extravio.”³²⁹

Diante destas peculiaridades decorrentes do cenário eletrônico, que envolvem atitudes por parte do usuário/contratante, bem como aspectos técnicos decorrentes do próprio ambiente é que a aplicação analógica de teorias e dispositivos do Código Civil pátrio suscitam dúvidas.

6.3.1 Em busca de uma teoria para formação dos contratos eletrônicos – Declaração, Expedição e Recepção – um estudo de Direito comparado

Não obstante o entendimento de que a teoria da expedição, expressamente considerada pelo Código Civil, bem como as suas exceções são regras plenamente aplicáveis aos contratos eletrônicos³³⁰, em sede de direito comparado inexistente unanimidade em adoção da teoria da expedição pelos sistemas legais.

À luz do direito anglo-saxão a distinção da contratação é realizada de acordo com a existência de um prazo entre oferta e aceitação, caso este prazo exista predomina o critério da expedição, ou *mail box rule*, sendo que o contrato se

³²⁹ ARAÚJO, Jailson. E-Commerce e relação de consumo: aspectos jurídicos *in* Direito das relações contratuais, v.1. coordenador Antônio Carlos Efig, Curitiba: Juruá, 2002. pág.128.

³³⁰ ANDRADE, Ronaldo Alves de. op. cit, p.44.

aperfeiçoa com o depósito da declaração de aceitação perante os correios, enquanto entre presentes, vigora a teoria da recepção.³³¹

No direito argentino, conforme noticia Ricardo Lorenzetti, aplica-se a teoria da expedição de forma que o contrato se aperfeiçoa “desde o momento que a aceitação da oferta tenha sido enviada pelo aceitante ao proponente.”³³²

Na Itália, devido a predominância da teoria da recepção, lecionam Carlo e Fulvio Sarzana Di S. Ippolito.³³³

O receptor torna-se consciente da oferta comercial quando consulta o seu correio eletrônico. Neste momento a oferta será eficaz quanto ao destinatário, este após o conhecimento apresenta-lhe a faculdade de aceitar, enviando ao ofertante uma mensagem para esse efeito. A aceitação por parte do destinatário importará na perfeição do contrato e a sua conclusão.

Neste mesmo caminho está a doutrina francesa, que entende formado o contrato no momento em que o ofertante recebe a aceitação. Convém destacar, que tanto na Itália quanto na França, a teoria da recepção é empregada, tanto para a contratação eletrônica quanto para a teoria geral dos contratos.

O ordenamento jurídico espanhol, por sua vez, requer para a comprovação da conclusão do contrato eletrônico, que o ofertante mantenha arquivada a aceitação da proposta, a qual deve ser enviada por *e-mail* ou sistema semelhante.³³⁴

³³¹ SCHLESINGER, R. Formation of Contract. Nova Iorque-Londres, 1968. In LORENZETTI, p. 318.

³³² LORENZETTI, p. 319.

³³³ IPPOLITO, Carlo Sarzana di S. IPPOLITO, Fulvio Sarzana di. Profili giuridici del comercio via internet. Milão, Giuffrè, S.p.a., 1999. pág.86. in ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato Eletrônico no novo código civil e no código do consumidor. p. 44. Texto original: Il destinatario viene a conoscenza di questa offerta commerciale nel momento in cui consulta la sua casella postale elettronica. In tale momento l' offerta sarà efficace quando il destinatario ne viene a conoscenza e aspetterà a lui la facoltà di accertarla, inviando al proponente un messaggio in tale senso. L' accettazione giunta al destinatario porterà al perfezionamento del contratto e alla sua conclusione.

³³⁴ Nesse sentido o artigo 28 da Lei Espanhola de serviços da sociedade de informação e comércio eletrônico Art. 28. Información posterior a la celebración del contrato.

1. El aferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios

- a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o
- b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario

Nos demais países da Europa, a grande maioria dos Códigos adotaram a teoria da recepção, à título de exemplo o parágrafo 130 do Código Civil Alemão, o artigo 1.335 do Código Italiano e artigo 224 do Código Civil Português.

Destaque-se que os países constituídos na União Européia, não obstante o processo legislativo trilhado por cada estado, estão submetidos a regulamentos e diretivas que são elaboradas, discutidas e votadas pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Européia ou pela Comissão Européia.³³⁵

As Diretivas tratam de determinadas matérias de forma ampla e geral, com a finalidade de conferir a regulamentação específica para cada estado. Nesse sentido, sobre o comércio eletrônico o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia apresentaram a seguinte Diretiva:

Artigo 11. Momento de celebração do contrato.

1. Os Estados-Membros devem prever na sua legislação que, salvo disposição em contrário das partes e desde que tais profissionais ao solicitarem ao destinatário de um serviço que manifeste o seu consentimento utilizando meios tecnológicos, como clicar em um ícone para aceitar a oferta de um serviço de provedor. Os seguintes princípios são:

A) O contrato deve ser realizado quando o destinatário do serviço:
- Tem recebido uma notificação através do fornecedor de serviços eletrônicos reconhecendo a aceitação do serviço destinatário, e
- Foi confirmada a recepção de um aviso;

B) será considerado que o aviso foi recebido e que a confirmação foi feita quando as partes a que são endereçados têm possibilidade de acessar a estes;

C) O recibo do prestador de serviços e a confirmação do destinatário destinatário devem ser enviados o mais rápido possível.

2. Os Estados-Membros devem prever na sua legislação que, salvo acordo em contrário entre as partes e sempre que se tratem de profissionais, o prestador de serviços deve colocar à disposição do destinatário do serviço meios apropriados para lhe permitir verificar eventuais erros e corrigi-los.³³⁶

³³⁵ Este é o denominado “Direito Comunitário”, nesse sentido “Direito e E-Commerce na Europa: precauções para um negócio rentável.” Rodrigo Colares, disponível em: <http://www.martorelli.com.br/artigos/ctudo-docum-artig-direito-e-commerce.htm> acessado em 12.08.07.

³³⁶ Ribas Alejandro Javier, Aspectos jurídicos del comercio electrónico en internet, p.103. *in* ANDRADE, Ronaldo Alves de. pág.46. Texto original: Artículo 11. Momento de celebración del contrato.1. Los Estados miembros dispondrán en su legislación que, salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de profesionales, cuando se pida al destinatario de un servicio que manifieste su consentimiento utilizando medios tecnológicos - como, por ejemplo, clicar sobre un icono para aceptar la oferta de un prestador de servicios -, se aplicarán los siguientes principios: a) El contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio:- haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio, y - haya confirmado la recepción del acuse de recibo; b) Se considerará que el acuse de recibo ha sido recibido y que la confirmación está hecha cuando las partes a las que vayan dirigidos puedan tener acceso a ellos; c) El acuse de recibo del prestador de rebibo de servicios y la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible. 2. Los Estados miembros dispondrán en su legislación que, salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de

Desta orientação ficam arrolados alguns elementos, que caracterizam e localizam o momento em que o contrato deve ser considerado como formado, a saber: quando o destinatário receber em seu correio eletrônico a notificação do ofertante acusando o recebimento da aceitação.

Este critério vem sendo amplamente aplicado, seja no âmbito europeu ou fora dele, pelas empresas e demais contratantes, acrescentando ainda informações no momento da confirmação como a marca, modelo, preço e demais informações decorrentes do objeto do contrato.

Tal prática é visualizada na ilustração:

Cadastre-se, é grátis! [Mapa do Site](#)

[Navegar](#) [Vender](#) [Buscar](#) [Meu MercadoLivre](#) [Serviços](#) [Comunidade](#) [Ajuda](#)

O que está buscando? >> Em títulos e descrições [Ajuda para busca](#)

Bem-vindo ao MercadoLivre [Sempre que você precisar! Veja o conteúdo de TV](#)

CONFIRMAÇÃO DE FINALIZAÇÃO DO PEDIDO Nº 154578924

Parabéns, você foi o vencedor da compra de 1 Motorola Razr V3 100% Nacional.

Esperamos que tenha gostado e faça bom uso de nossos produtos.

Sendo assim, solicitamos que aguarde o prazo de entrega em sua região a contar da data de hoje, que será de no máximo 5 (cinco) dias úteis.

Informamos que o pagamento do valor de R\$ 1.399,00 (Um mil, trezentos e noventa e nove reais) será por débito automático em sua conta corrente conforme informado na finalização de sua compra.

Se deseja efetuar qualquer alteração nos dados para pagamento, endereço de entrega ou mesmo cancelamento desse pedido, visualize seu [relatório de compras](#) e confirme se as informações estão corretas e se você é realmente o comprador deste produto.

RELATÓRIO DE COMPRAS

Motorola Razr V3 100% Nacional - Não pague antecipado!!

[Celulares e Telefonias](#) > [Celulares](#) > [Motorola](#) > [GSM](#) Produto: #29601026

Preço Fixo: R\$ 1399.00 unit.
ou 6 parcelas de R\$ 275.11 (com MercadoPago)

Vendedor: [PROMOCELL \(8\)](#) ★
Pontos do vendedor: 8
90% qualificações positivas (10% negativas)
Membro desde: 10/12/2004 | [Ver reputação](#)
[Ver os produtos deste vendedor](#)

Tipo de produto: Novo
Localização: SAO PAULO
Finaliza em: 29d 3h (07/07/2005 12:29)

Programa de Proteção ao Comprador ([Ver requisitos](#))

Ilustração 11 – Fonte: site de vendas mercado livre

profissionais, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatário del servicio los medios adecuados para permitirle conocer sus errores de manipulación y corregirlos.

Percebe-se que a celebração foi realizada por um *site* brasileiro, não obstante a legislação pátria encontrar-se ainda em trâmite, o ambiente virtual já apresenta uma espécie de “seleção natural”, no sentido de que as empresas ou contratantes que oferecem melhores informações e critérios para as celebrações eletrônicas certamente vão arrebanhar os potenciais contratantes/consumidores que empregam a via virtual.

A confirmação do pedido é fundamental no meio eletrônico, uma vez que a interrupção da transmissão de dados/informações e até, de certa forma, freqüente na rede mundial o que pode gerar dúvidas quanto a conclusão contratual.

6.4 PROPOSTA E OFERTA NO AMBIENTE DIGITAL

Como visto, as grandes implicações decorrentes da contratação eletrônica são decorrentes do meio empregado para a contratação, geralmente pela *Internet*.

Já quanto aos aspectos formais para a contratação é necessário observar o ordenamento jurídico pátrio, seja em sede de Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor.

O diferencial entre a macro codificação e o micro-sistema é decorrente dos pontos de partida estabelecidos pela natureza principiológica, apesar da aproximação já relatada e, necessariamente, em função das partes envolvidas.

No caso do Código do Consumidor, com a finalidade de localizar o consumidor vulnerável ou hipossuficiente em um grau de maior equilíbrio, busca a proteção deste em face do fornecedor. Já o ordenamento civil entende as partes como iguais, ou seja, presume-se que a relação obrigacional é equilibrada.

De qualquer sorte, nesta fase inicial de formação do contrato, que envolve a proposta ou oferta³³⁷, os diplomas reservam algumas peculiaridades que

³³⁷ Costumeiramente, os vocábulos proposta e oferta são utilizados indiscriminadamente. Os civilistas empregam os termos em diferentes matizes, referindo-se a *proposta* quando se trata daquela realizada a pessoa determinada (com oblato específico) e *oferta* nos casos em que não há especificação de quem venha a ser o oblato, ou seja, quando dirigida ao público em geral, indeterminadamente. É essa utilização dada pelo CC, que só se vale do conceito de *oferta* no CC

inclusive são acentuadas decorrentes do ambiente virtual.

Inicialmente, ao tratar da proposta em sede de Código Civil, insta ressaltar que este o faz de forma menos abrangente que a legislação consumerista.

Ao caminhar pelo diploma civil percebe-se que a seção denominada “Da formação dos Contratos” é inaugurada pelo artigo 427, que trata da força obrigatória e vinculante da proposta. Ao comentar o aludido dispositivo Nelson Nery Júnior destaca “Proposta de contratar, aceita, gera, *ipso facto*, o contrato aceito, pressupõe a reunião dos elementos, requisitos e fatores do contrato, na própria oferta, sob pena de ausência de negócio jurídico ou a figuração de algum vício em sentido amplo”.³³⁸

Nery conceitua a proposta como uma “declaração de vontade emitida com a finalidade de realização de um contrato futuro. A intenção do proponente é comunicar ao destinatário sua intenção de contratar.” E prossegue apresentando os requisitos desta para a formação contratual, sendo estes: a) a proposta deve ser séria, b) completa, c) clara, d) dirigida à pessoa a quem se destina, e) inequívoca.³³⁹

Ao lançar as disposições e doutrina da tradicional contratualística para o cenário eletrônico, entende Ronaldo Alves de Andrade:³⁴⁰

A formação do contrato eletrônico não difere dos demais contratos; dá-se como em todo negócio jurídico, ou seja, pela convergência da manifestação de vontade das partes. A única distinção reside na maneira como a vontade é manifestada, uma vez que no contrato eletrônico a vontade dos contratantes é exteriorizada por meio de um instrumento tecnológico de informática e transmitida de um computador a outro, de modo que a vontade de contratar, tanto do peticitante - quem faz a proposta de contratar - como do oblato - a quem é dirigida a proposta de contratar -, não é transmitida diretamente à outra parte contratante, mas para um computador.

429, ao tratar da oferta ao público. O CDC, por sua vez, ao regular as práticas comerciais, dispõe sobre a oferta numa conotação destacada, dando ênfase à distinção entre proposta e oferta: “A formulação tradicional da oferta [sinônimo de proposta] não se adapta a realidade da sociedade de consumo, alicerçada que está no anonimato dos sujeitos e na utilização maciça de marketing como técnica de mitigação de seus efeitos (...) Oferta, em tal acepção, é sinônimo de marketing, significando todos os métodos, todas as técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados a sua disposição no mercado pelos fornecedores. *in* NERY, Nelson 2006, p. 427.

³³⁸ NERY, Nelson. 2006, p. 426.

³³⁹ *Id*, *ibid*.

³⁴⁰ ANDRADE, Ronaldo Alves de. p. 32.

Inexiste a pretensão de sinalizar a concordância e suficiência da via analógica, entretanto em sede de proposta as disposições do Código Civil são perfeitamente aplicáveis.

Ato contínuo insta ressaltar, que o meio eletrônico comporta alguns aspectos diferenciadores da proposta tradicional, os quais provocam uma maior atuação do Código de Defesa do Consumidor devido à publicidade e as ofertas serem, freqüentemente, apresentadas de forma “agressiva”.

Essa agressividade é decorrente dos recursos à disposição das empresas e fornecedores, seja na forma de vídeos, fotos, músicas, apresentações, animações, brindes, sorteios, enfim inúmeras ferramentas para provocar o consumidor a adquirir determinado bem ou serviço.

O autor espanhol De Miguel Asensio³⁴¹ classifica a publicidade realizada pelo ambiente digital como de qualidade “especial” por conseguir explorar o potencial consumidor por meio da interatividade, seja na apresentação de *jingles*, do diálogo virtual, dentre outras.

Quanto a presença dessas ofertas pelo ambiente virtual, destaca Claudia Lima Marques que no Brasil “toda e qualquer informação suficientemente precisa e – como vimos – as publicidades por meio eletrônico o são, é oferta *ex vi* art. 30 do CDC e vincula os fornecedores”.³⁴²

O único pressuposto estabelecido pela legislação e privilegiado pelo meio eletrônico para vinculação da oferta trata-se da suficiência de informações.

Assim, seja nas relações observadas pelo Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor, no ambiente digital terão seus dispositivos amplamente aplicados. De qualquer sorte, não obstante os cortes estabelecidos, destaque-se a dificuldade do contratante consumidor garantir a efetividade de aplicação do Código do Consumidor em sede de contratações internacionais.

³⁴¹ De Miguel Asensio, Derecho Privado de internet, pág.155 a 159, *apud* MARQUES, Claudia Lima. Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor, pág. 165.

³⁴² MARQUES, 2004, p. 164.

6.5 DO LOCAL DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Quanto ao local onde se considera celebrado o contrato eletrônico, devido a ocorrência cotidiana envolvendo pessoas em locais diferentes, podem ocorrer contratações no âmbito interno e externo, devido a transposição de barreiras facilmente realizada pela rede mundial de computadores.

Diante disso, é necessário observar se as partes estão dentro do território brasileiro ou não, com a finalidade de se estabelecer a competência para eventual lide, bem como verificar qual a legislação e interpretação aplicável devido a dispositivo do Código Civil fazer expressa consideração aos “usos do lugar de sua celebração”.³⁴³

Hodiernamente, com a finalidade de fixar a competência reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto, conforme disposição do ordenamento civil desde 1916. Quando esta contratação se desenrolar no Direito interno, com contratantes residentes no país, a legislação sem dúvida é a legislação pátria.

Entretanto, se este contrato envolver Direito Internacional, a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente, regendo as obrigações as leis do país em que se constituírem - é o que determina o art.9º e § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com base nestas disposições é possível afirmar, que para definir o local de celebração do contrato, basta identificar onde está o proponente no momento em que emitir sua declaração de vontade.

José Wilson Boiago Júnior analisa o local de celebração do contrato com base na Legislação Espanhola, no Projeto de Lei Brasileiro sobre comércio eletrônico e nas diretrizes da Lei Modelo da Uncitral. Diante desta legislação, noticia que a Lei espanhola, em regra geral, entende como celebrado o contrato eletrônico na localidade do estabelecimento do prestador de serviço, já para as relações consumeristas presume-se que este contrato foi efetivado no local de residência do

³⁴³ Artigo 113 do Código Civil. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

consumidor.³⁴⁴

Quanto às disposições brasileiras vigentes e projetadas o aludido autor conclui:

No caso do Brasil, o PL 4.906/01 não trata expressamente sobre o assunto, entretanto, como esse PL faz referência ao Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, dispondo que essas legislações terão aplicabilidade subsidiária, conclui-se, portanto, que o contrato eletrônico, de regra geral, presume-se celebrado no foro do proponente. E, se, porventura, o contrato eletrônico tiver relação consumerista, presume-se celebrado no domicílio do consumidor.³⁴⁵

Em sede de contratações civis existe a autonomia das próprias partes estabelecer o local de celebração; caso o contrato seja omissivo nesse aspecto, considerar-se-á realizado onde a legislação fixar, sendo que “a tendência majoritária na contratação entre empresas é a de se fixar o lugar do perfazimento na forma da teoria da recepção, como nos países componentes do Mercosul.”³⁴⁶

Neste mesmo sentido caminha a diretriz da Lei Modelo da Uncitral, que acrescenta a possibilidade de não existir acordo entre ofertante e aceitante e que neste caso considera-se formado o contrato no local em que se encontra o ofertante; na eventualidade deste ter mais de um estabelecimento, considera-se a sede ou principal. Destaca, também, “se nem o ofertante, nem o aceitante tiverem estabelecimento, considera-se formado o contrato no local de residência habitual do ofertante”.³⁴⁷

Tais situações são muito presentes nas relações empresariais conforme destaca Ricardo Lorenzetti que, em consonância com a teoria da recepção, “se o contrato se perfectibiliza quando o proponente recebe a declaração, o lugar de celebração é aquele do domicílio da empresa ofertante.”³⁴⁸

Ou seja, com base nestas disposições de ordem nacional e internacional, conclui-se com a assertiva de que basta localizar o proponente para definir o local da celebração. Entretanto, os recursos tecnológicos e informáticos

³⁴⁴ BOIAGO JÚNIOR, p.167.

³⁴⁵ Id, p. 168.

³⁴⁶ LAWAND, p. 149. Nesse sentido, Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, art. 9º, §2º e Código Civil brasileiro art.435. Código Civil argentino, arts. 1154 e 1155, Código Civil uruguaio, art. 1265, primeira parte e Código Civil paraguaio, art. 687.

³⁴⁷ Id, ibid.

³⁴⁸ LORENZETTI, p. 327.

vêm a cada dia permitindo a comunicação de forma móvel e desprendida de estruturas físicas, uma vez que já se tornou comum o uso de *lap tops*, celulares, computadores em automóveis, barcos e aviões, que inclusive permitem comunicação em espaço aéreo ou águas internacionais.

Diante deste avanço qual seria o local da celebração de um contrato em que um dos contratantes emitiu a aceitação ou recebeu resposta dentro de um navio em águas internacionais?

Segundo Ronaldo Alves de Andrade quando um contrato é celebrado por *lap top*, *palm top*, celular, dentre outras possibilidades “este é na verdade uma extensão do domicílio do contratante [...] essa máquina em realidade é uma parte do espaço físico e do domicílio de uma pessoa.”³⁴⁹

O entendimento de Euripedes Brito Cunha Júnior³⁵⁰ reside nesta mesma idéia e acrescenta.

Em conformidade com o nosso regramento jurídico, os contratos eletrônicos são formados no local onde tem domicilio o proponente. Os locais onde estão seus servidores, ou onde está o provedor de hospedagem, ou o país onde foi registrado o domínio virtual da homepage do comerciante, bem como o fato de a proposta dirigir-se às pessoas indeterminadas, independentemente de sua nacionalidade, são, data vênua, irrelevantes para a definição da lei que regerá as obrigações contratuais.

Tal idéia é tratada por Ricardo Lorenzetti como “ancoragem com o mundo real”³⁵¹ valendo-se de inscrições e registros *off-line* mesmo com a existência de domínio ou estabelecimento virtual.

Assim dever ser considerado para definir o local do contrato eletrônico os domicílios dos contratantes, não as localidades de seus equipamentos de *software* ou *hardware*, já que o primeiro está ligado ao serviço de conexão/comunicação, que realiza a transferência de *bites* enquanto o segundo trata-se do equipamento físico.

Já em sede de relações consumeristas tem-se outras discussões.

Em virtude dos protagonistas das relações de consumo estarem

³⁴⁹ ANDRADE, Ronaldo Alves de. op. cit. p. 48.

³⁵⁰ CUNHA JÚNIOR, Euripedes Brito, Revista CEF.

³⁵¹ LORENZETTI, p. 325.

localizados em planos diferenciados, o micro-sistema pátrio apresenta como foro o do domicílio do consumidor.

Já nas relações internacionais, Cláudia Lima Marques localiza uma problemática sob dois aspectos: o primeiro refere-se à possibilidade de uma aplicação fria das disposições da Lei de Introdução ao Código Civil, que reputa a obrigação constituída no lugar em que residir o proponente, sendo que à luz do Código de Defesa do Consumidor o proponente nos contratos de consumo será sempre o fornecedor; esta regra atua em desfavor do consumidor e ofende a direitos fundamentais de ordem constitucional ao cidadão hipossuficiente, bem como proporciona privilégios para fornecedores com sede no exterior.³⁵²

O segundo visualiza a aplicação do microsistema consumerista em sua plenitude, o que resultaria em desestímulo para o desenvolvimento do comércio internacional no Brasil, em virtude da orientação protecionista.

Diante disso, a autora em apreço sugere a releitura ou criação de novas normas de direito internacional privado, atribuindo uma certa dose de autonomia para as partes e discricionariedade para o julgador.

Melhor ainda seria elaborar uma norma flexível, indicando a lei do domicílio do consumidor (analogicamente ao art. 101 do CDC) como aplicável, mas permitindo ao juiz aplicar a lei escolhida (limitadamente) pelas partes no contrato, caso esta seja mais favorável ao consumidor. elaborar uma norma específica evitaria que a jurisprudência considerasse todo o código de defesa do consumidor como norma de aplicação imediata.³⁵³

Nas contratações internacionais a lei aplicável está sujeita às regras de Direito Internacional Privado, além das disposições dos países soberanos envolvidos, existência de acordos ou convenções, ou seja, a lei aplicável encontra-

³⁵² MARQUES, p. 440 e 441.

³⁵³ MARQUES, inclusive a autora faz a seguinte sugestão de *lege ferenda* para Lei de Introdução ao Código Civil art. 9bis. [Proteção contratual dos consumidores] Os contratos e as transações envolvendo consumidores, especialmente os contratos a distância, por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone, estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei deste país ou pela lei mais favorável ao consumidor, escolhida entre as partes, se lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços. § 1º Aos contratos celebrados pelo consumidor estando fora de seu país de domicílio será aplicada a lei escolhida pelas partes, dentre a lei do lugar de celebração do contrato, a lei do lugar da execução e a lei do domicílio do consumidor. § 2º Em todos os casos, aplicar-se-ão necessariamente as normas do país do foro que tenham caráter imperativo, na proteção do consumidor.

se incerta diante da complexidade que envolve as relações virtuais além fronteiras.

Diante da principiologia diferenciada e o avanço sob disposições de ordem internacional, necessário se faz um corte epistemológico devido a amplitude e hipercomplexidade técnica e jurídica do tema³⁵⁴, bem como a finalidade de manter a temática proposta inicialmente de se alcançar uma teoria “base” para as relações civis e consumeristas.

De qualquer sorte é possível afirmar, que a incidência legal é incerta, o que torna o ambiente digital mundial inseguro.

³⁵⁴ Nesse sentido a segunda parte da obra de Cláudia Lima Marques “Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor” oportunidade em que a autora trata das relações internacionais no comércio eletrônico.

7 AFINAL DE CONTAS EXISTE SEGURANÇA JURÍDICA EM SEDE DE CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA

Acabar com as leis obsoletas, acabar com aquela infração legislativa e ver quais são as leis vigentes, encontrar formular para que os tribunais julguem com eficiência. Sem segurança Jurídica não há Direito, nem Direito bom, nem Direito mal, nem direito nenhum. Arnaldo Wald, Revista Consultor jurídico, 21 maio de 2006.

A segurança jurídica atrelada a justiça, sem dúvida, é vislumbrada como alicerce e base principiológica fundamental do Estado Democrático de Direito. Tal afirmativa é devida pelo entendimento de que “a certeza das coisas e a garantia de proteção são uma eterna procura do homem. A segurança é, portanto, uma aspiração comum aos homens.”³⁵⁵

Não obstante, esta busca por parte dos jurisdicionados, o ordenamento positivado não tem como acompanhar o ritmo das relações, que ocorrem diuturnamente na sociedade com a mesma velocidade. Desta forma, um sistema fechado e cerrado sua rigidez pode até conferir mais segurança às relações jurídicas, mas pode potencialmente comandar injustiças e provocar insegurança as negociações, que apesar de não acobertadas pela esfera jurídica, ocorrem hodiernamente.

Nessa seara, caminham as relações contratuais realizadas de forma eletrônica, pois além de um novo modelo de contrato, tem-se um novo ambiente de contratação, o *ciberespaço* ou ambiente digital, que pelos aspectos tecnológicos reserva vicissitudes. Diante disso, o ordenamento jurídico nutre inseguranças e incertezas jurídicas e estas, por sua vez, comprometem as tratativas e celebrações realizadas no ambiente eletrônico.

Ainda nesse espírito, destaque-se também incerta a normatização, que regulamenta a matéria devido aos vários projetos de lei, ainda em trâmite, bem como a aplicação pela via analógica de dispositivos da legislação em vigor.

Deste estado de coisas parte a motivação para o presente capítulo, uma vez que em sede de celebrações realizadas de forma eletrônica, não é cediço

³⁵⁵ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense. p.116.

alcançar uma segurança ou certeza jurídicas, devido à incerteza de incidência do mais ténue dispositivo ao mais velho instituto jurídico.

7.1 CERTEZA JURÍDICA E SEGURANÇA JURÍDICA – UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

De antemão, necessário se faz uma breve distinção entre os institutos da Segurança e Certeza jurídicas, com o intuito de definir as suas respectivas esferas de incidência e atuação, uma vez que estas se localizam em diferentes planos da norma jurídica.

Urge ressaltar, também, o relacionamento dos aludidos focos com a justiça, o que será tratado no tópico a seguir, devido à atividade cotidiana e o choque rotineiro dos institutos durante as relações e as lides processuais.

No concernente à segurança jurídica, esta é concebida como apenas um sistema de legalidade fornecedor de certeza do Direito vigente aos jurisdicionados. Seguindo este entendimento, Heinrich Henkel visualiza a segurança jurídica como valor e tendo como núcleo uma certeza ordenadora.³⁵⁶ Nesse sentido, o jusfilósofo em apreço define-a como “a exigência feita ao Direito positivo para que promova, dentro de seu campo e com seus meios, certeza ordenadora.”

Entretanto, em contrapartida a entendimento de que a certeza ordenadora não expressa a real significação do *valor da segurança*, tem-se as idéias de Elias Díaz, que compreende dentro do plano da segurança jurídica, sistemas de legalidade e legitimidade e que através do direito objetivado garante direitos imprescindíveis “no nível social alcançado pelo homem e considerado por ele como conquista histórica irreversível: a segurança não é só um fato, é também, sobretudo, um valor.”³⁵⁷

Nessa ordem de idéias, ainda quanto à concepção de segurança jurídica como valor, César Garcia Novoa a define como a pretensão de todo sujeito de saber o que esperar de suas relações com os outros. Quanto à segurança

³⁵⁶ HENKEL, Heinrich. Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid, Taurus, 1968, p.544 *apud* NADER, Paulo. op. cit.

³⁵⁷ DÍAZ, Elias, Sociología y Filosofía del Derecho, 1ª ed., 3ª reimpressão, Madrid, Taurus, 1977. p.

chamada 'jurídica', estamos pensando no Direito garantir essa previsibilidade.³⁵⁸

Outrossim, existem autores localizados entre as duas linhas apresentadas como Paulo Nader, que argumenta se “a identificação da segurança jurídica como a simples legalidade e certeza jurídica se manifesta insuficiente, a segunda posição nos parece portadora de uma exigência excessiva, pois pretende que a segurança absorva o valor justiça.”³⁵⁹

Nesse diapasão, Nader admite dois níveis de segurança jurídica: um denominado elementar - outro entendido como segurança plena; a primeira é insuficiente, se satisfaz com o sistema de legalidade e a certeza jurídica; já a segunda requer outros predicados, como o respeito a certos princípios fundamentais, como princípios relativos a Organização do Estado e Princípios do Direito Estabelecido.³⁶⁰

Já quanto a Certeza Jurídica, esta é entendida por Lourival Vilanova nos seguintes termos: “A certeza jurídica advém de normas, que possibilitam a previsão, dentro de um marco de probabilidade, da conduta dos indivíduos e da conduta dos agentes do poder.”³⁶¹

Segundo Paulo Nader, a certeza jurídica está localizada no estado de conhecimento da *ordem jurídica pelas pessoas*. Por fim, o autor em apreço apresenta a distinção entre os institutos nos seguintes termos:

Os conceitos de segurança jurídica e de certeza jurídica não se confundem. Enquanto o primeiro é de caráter e se manifesta concretamente através de um Direito definido que reúne algumas qualidades, a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas. Pode-se dizer, de outro lado, que a segurança possui um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. O primeiro corresponde às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definida, enquanto o subjetivo consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica.³⁶²

47. *apud* NADER, Paulo. *op. cit.*

³⁵⁸ Definição de A. A. Alterini, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1993, p.15. Apresentado por NOVOA, Cesar Garcia *in El función de seguridad jurídica em matéria tributária*. Madrid: Marcial Rons, 2000. Texto original: “la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse em sus relaciones com los demás. Cuando a la seguridad la objetivamos de “jurídica”, estamos pensando em la idoneidad Del Derecho para lograr esse saber a qué atenerse.”

³⁵⁹ NADER, Paulo. *op. cit.*

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, vol. 2.

³⁶² NADER, Paulo. *op. cit.*

Enfim, diante destas breves e necessárias considerações, convém sinalizar o entendimento de que a certeza jurídica opera no plano intra-norma, ou seja, quanto a existência e riqueza de dispositivos claros do Direito. Enquanto a segurança encontra incidência no plano de interpretação e aplicabilidade da norma jurídica.

7.2 A NOVA ORDEM CONTRATUAL – UMA PROPOSTA NORMATIVA A CARGO DO ORDENAMENTO JURÍDICO OU INCIDÊNCIA ANALÓGICA?

Como dito anteriormente, o modelo adotado pelo *Codex Civil* Pátrio apresenta-se como um documento *aberto* por intermédio de conceitos legais indeterminados, de conceitos indeterminados pela função e pelas cláusulas gerais. Nesse sentido, visualiza-se uma grande incidência destes dispositivos de natureza aberta na esfera negocial, principalmente em sua espécie mais cotidiana, o contrato.

Tal modelo se justifica pela incapacidade de comportar a dinamicidade das relações sociais e econômicas, que cotidianamente são realizadas, cada vez mais, de forma veloz e atípica.

Os jurisdicionados, hodiernamente, vivem a era da informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a despersonalização das relações negociais, ou seja, a desnecessidade de tratativas físicas entre os interessados, já que o “mercado eletrônico ou virtual, em total contraposição aos conceitos vetustos do tradicional comércio físico, em que a presença do comerciante, pessoa física ou jurídica era fundamental”³⁶³, nesse cenário apresenta-se facilmente desconsiderada.

Jorge José Lawand noticia em sua obra, que a negociação pela *World Wide Web* vem modificando a estrutura fundamental do direito. Já que:

[...] conceitos basilares como: jurisdição, território, soberania e competência necessitam revisão. A incidência das transformações é incisiva sobre os meios comerciais. Um simples contrato de compra e venda demonstra certas complexidades, quando realizado no espaço cibernético.³⁶⁴

³⁶³ LAWAND, p. 5.

³⁶⁴ LAWAND, p. 6.

Nessa ordem de idéias, aduz Silvio de Salvo Venosa sobre a evolução da técnica contratual que a “informática, por seu turno, sofisticou a relação negocial, criando novas modalidades com infindáveis meandros.”³⁶⁵

Este ambiente digital se apresenta como uma nova esfera das relações jurídicas decorrentes do avanço tecnológico e estas reclamam um novo Direito com “parâmetros mentais condizentes a desafios absolutamente novos, que não encontram respostas pela simples respristinção tardia ou soluções particularistas trazidas por arcaicos institutos.”³⁶⁶

Deveras necessária uma teoria geral para nortear a nova contratualística, através de uma releitura dos valores preexistentes e a absorção de novos critérios e parâmetros, que conduza ao deslinde das minúcias e peculiaridades que envolvem a contratação eletrônica.

Outrossim, com vistas à aplicabilidade e as conseqüências de seu descumprimento, faz-se necessária a releitura de todas essas fontes, bem como a observância da legislação pátria e alienígena, como forma de vislumbrar uma correlação e harmonização entre os institutos à luz do contrato eletrônico, tendo-se em vista sua utilidade cotidiana.

Desta forma, devido ao crescimento insopitável da contratação eletrônica associada à parca e insuficiente normatização, que ainda se encontra em trâmite, emergem como um problema cotidiano das relações negociais.

Diante disso, a doutrina divide-se quanto a pertinência ou não de uma normatização para a nova ordem contratual – os contratos eletrônicos, ou se o ordenamento jurídico posto seria capaz de absorver de forma analógica a nova modalidade de contratação.

Nessa ordem de idéias, Newton de Lucca defende o uso da analogia e aduz que a hermenêutica jurídica, associada aos elementos do direito contratual brasileiro, possui condições de elucidar qualquer controvérsia surgida no âmbito dos contratos realizados em ambiente virtual.

Por outro revés, Alberto João da Cunha Júnior e Sandra Gouvêa acreditam que a aplicabilidade à contratação eletrônica da lei existente “não se consegue uma boa combinação” e complementam que os acordos por intermédio de

³⁶⁵ VENOSA, p. 24.

³⁶⁶ PAIVA, loc cit.

comunicação eletrônica permanecem inteiramente órfãos e que o fato e o valor existem fazendo-se necessária a normatização.

Feitas estas observações, depreende-se que o deslinde dos mais simples aos mais complexos negócios jurídicos efetuados pelo *ciberespaço* será a maior tarefa dos juristas pátrios e senão dizer um desafio mundial, devido às contratações internacionais. Assim, vislumbra-se este desenrolar seja pela via analógica ou pela normatização, mas um questionamento resta a ser respondido: há que se falar em segurança ou certeza jurídica em sede de contratos eletrônicos? É o que se passa a discorrer.

7.3 AFINAL DE CONTAS EXISTE SEGURANÇA OU CERTEZA JURÍDICAS EM SEDE DE CELEBRAÇÕES ELETRÔNICAS

Como dito, o cenário eletrônico, não obstante o uso insopitável pelos indivíduos da sociedade moderna, ainda encontra-se carente de normas e institutos, já que a legislação pertinente ainda se encontra em trâmite (Projeto de Lei n. 4906/2001 e seus apensos). Ressalte-se, também, a demora para a aplicação jurídico-jurisprudencial, sendo que tal possibilidade é devida a históricos como o da boa-fé objetiva no Código Comercial de 1850, que não passou de letra morta na lei.

Nesse sentido, considera Arnold Wald que “não sei se a segurança jurídica pode ser decidida por decreto ou por lei. É também uma mudança cultural. E prossegue aduzindo quanto ao funcionamento hodierno do Judiciário: Grandes questões demoram 15, 20 anos para serem resolvidas.”³⁶⁷

Assim, a segurança jurídica está condicionada à aplicação e obrigatoriedade do Direito. Entretanto, tal exigência está atrelada, também, aos anseios de justiça para que o Direito seja obrigatório, vigente e legítimo. Seguindo este entendimento, Miguel Reale afirma que a idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio “conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala

³⁶⁷ WALD, Arnoldo. Revista Consultor Jurídico, 21 de maio de 2006.

axiológica, mas é de grau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.”³⁶⁸

O Direito para que expresse segurança jurídica e justiça, deve estar umbilicalmente ligado aos reclames e práticas sociais. Uma vez que, o ordenamento só é alterado em virtude da dinamicidade das relações, nesse interim aduz Reale que “a lei vai variando de sentindo em função de múltiplos fatores sendo um deles quando se altera a tábua dos valores de aferição da realidade social.”³⁶⁹

Tendo-se em vista esta mudança de valores, paradigmas e cenários é que, parte da doutrina pátria, proclama por uma regulamentação que atenda de forma segura as negociatas realizadas no ambiente digital. Uma vez que, discute-se até mesmo a aplicabilidade de determinada legislação aos contratos eletrônicos, como é o caso da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos.

Seguindo esta idéia, de necessidade de regulamentação e analisando a problemática a luz do ordenamento pátrio e alemão, Ana Paula Gambogi³⁷⁰ aduz que:

[...] o comércio eletrônico esbarra, tanto no Brasil, quanto na Alemanha, em uma série de obstáculos legais. O problema principal no que se refere à conclusão de contratos eletrônicos está na falta de segurança da internet. Os preceitos legais aplicáveis do Direito brasileiro não se prestam a regulamentar adequadamente o uso de assinatura digital, como também deixam em aberto a questão da validade jurídica de documentos assinados digitalmente. A ausência de legislação nessa área contribui imensamente para minar a confiança do usuário de internet brasileiro nesta nova tecnologia, o que impede o desenvolvimento do comércio eletrônico no País. A necessidade de leis claras e adequadas disciplinando o assunto é premente.

Evidencia-se, além incerteza que envolve a aplicabilidade e compatibilidade da legislação, a insegurança do próprio ambiente de contratação e a eficácia probatória do contrato eletrônico. Seguindo esse diapasão observa José Rogério Cruz e Tucci³⁷¹ que:

³⁶⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

³⁶⁹ REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 171.

³⁷⁰ CARVALHO, Ana Paula Gambogi Carvalho. *Contratos via Internet: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro*, editora Del Rey, 2001, pág.153.

³⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz. *Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet*. Coord. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Edipro, 2001, p. 280.

[...] as técnicas de certificação disponíveis na atualidade permitem garantir razoável segurança do comércio eletrônico, até porque as entidades financeiras e importantes empresas não teriam investido tantos recursos na comunicação via internet se porventura houvesse risco acentuado aos seus potenciais clientes.

Entretanto, no concernente ao meio probatório, o autor em apreço é mais otimista e entende que a eficácia probante dos contratos eletrônicos deve ser autorizada sem quaisquer óbices e subordinada à prudente análise do julgador, que poderá por certo, quando se fizer necessário (art.383, parágrafo único do CPC) recorrer aos demais meios de prova, em especial, à prova pericial para certificar-se da autenticidade do respectivo documento.³⁷²

Ponderando quanto a este entendimento, Marco Aurélio Greco³⁷³ ressalta a necessidade de cautela ao apreciar as formas probatórias, o método de interpretação e a compatibilidade do ambiente digital a incidência da legislação tradicional:

[...] diante destas novas realidades, cumpre evitar duas posturas igualmente inadequadas em se tratando desta novidade que são os sites da internet: uma é repelir a aplicação dos conceitos que foram construídos no âmbito do Direito como se a realidade fosse totalmente diferente e eles fossem absolutamente inadequados.

Isto não significa que, devido ao novo ambiente de contratação, o ordenamento jurídico posto e seus princípios informadores sejam abandonados, na realidade percebe-se uma crise na aplicabilidade destes, mas isto não significa que “os standards que os informam e os valores e finalidades que visam não sejam semelhantes aos que devem encontrar aplicação no âmbito da internet (boa-fé, lisura de comportamento, etc...)”.³⁷⁴

Por outro revés, necessária observância quanto ao exagero de considerar os conceitos construídos como tranqüilamente aplicáveis ao cenário virtual, pois, “assim como é fato que existem conceitos, institutos, figuras e normas que podem ter aplicação no mundo virtual, também é fato que este apresenta

³⁷² Ibid

³⁷³ GRECO, Marco Aurélio Greco. Estabelecimento tributário e sites na internet. Coord. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes. Edipro 2001, p. 313 e 314.

características absolutamente novas que não são captadas pelas normas existentes.”

Nesse sentido, evidencia-se insegurança desde o plano intra-norma até a aplicabilidade interpretacional, que compreende, também, a discussão quanto a aplicabilidade do ordenamento posto com base no princípio da subsidiariedade e a atenção a legislação projetada. Não obstante, a aludida problemática, ainda discute-se quanto a vagueza da legislação em trâmite, uma vez que esta se olvida a muitos contornos da esfera contratual, como a informação e incidência de princípios contratuais clássicos aos celebrados por meios eletrônicos.

Ato contínuo, percebe-se que, mesmo após a aprovação da legislação, ora em trâmite, esta não será capaz de fornecer a devida e necessária segurança as relações jurídicas operadas no ambiente virtual.

7.4 LEGISLAÇÃO PROJETADA E SUA PERTINÊNCIA EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA

Ao tratar de forma conclusiva quanto a pertinência ou não de uma legislação especial, quanto a suficiência dos projetos de lei em trâmite e quanto a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade e analogia como sustentação para a segurança jurídica dos contratos eletrônicos, necessário se faz alguns apontamentos doutrinários.

Primeiramente, segundo Marco Aurélio Greco³⁷⁵ a:

[...] conclusão que daí decorre é que há todo um conjunto de situações novas que exige um esforço de todos os estudiosos do Direito, no sentido de buscar uma disciplina que seja compatível com as características técnicas e operacionais da informática e prossegue que estas deverão conduzir a uma nova conformação de institutos jurídicos existentes e ao nascimento de outros novos, seja quanto aos objetos das relações jurídicas, seja quanto ao seu valor ou conteúdo.

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Ibid.

Ou seja, Greco evidencia a necessidade de uma releitura desde os institutos existentes até a criação de uma disciplina capaz de comportar o *ciberespaço*.

Já Ângelo Volpi Neto³⁷⁶ ao analisar a problemática hodierna aduz que, em virtude de no Brasil não ter legislação sobre o tema “é necessário que se faça aplicação do Direito Comparado, para adaptar-mos, dentro do possível, à legislação existente e aplicarmos a prática comercial, que como sempre, que como sempre vem muito antes de qualquer dispositivo legal.”

Antonio Enrique Pérez Luño³⁷⁷, por sua vez, ressalta que:

[...] entre os novos aspectos das novas tecnologias, que clamam pela habilidade programadora do jurista, ocupam um lugar destacado na necessidade de estabelecer novos marcos teóricos sobre os problemas e as questões decorrentes da interação entre Direito e Informática.

Segundo o autor mexicano o estabelecimento de novos pontos ofereceriam uma orientação preliminar, que propiciaria uma menor incerteza e incidência de equívocos.

Newton de Lucca³⁷⁸ observa que esses negócios na *Internet* são e estarão sendo “celebrados em virtude de um tradicional instrumento jurídico denominado contrato. Nada de novo haveria, pois – não fosse a forma desse contrato que, no mundo digital passa por profunda transformação”, ou seja, a utilização dos métodos existentes a técnica tradicional seriam tranqüilamente empregados à celebração eletrônica.

Por outro revés, representando a grande maioria e tendência mundial, parte da doutrina evidencia a necessidade de regulamentação. Nesse sentido aduziu, o Ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar³⁷⁹ que o desenvolvimento

³⁷⁶ NETO, Ângelo Volpi. Comércio Eletrônico: Direito e segurança. Curitiba 2001, editora Juruá, p. 45.

³⁷⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Ensayos de Informática Jurídica. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política México, pág. 11. Texto original: “los aspectos novedosos de las nuevas tecnologías, que reclaman la capacidad programadora del jurista, ocupa un lugar destacado la necesidad de establecer nuevos marcos teóricos en los problemas y cuestiones surgidos de la interacción entre el Derecho y la Informática”.

³⁷⁸ LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. in LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (ccords). Direito e Internet – Aspectos Jurídicos relevantes. 1ª ed., São Paulo-Bauru: Edipro, 2000. p.45-47.

³⁷⁹ Ministro do STJ vai ao congresso discutir lei para comércio eletrônico. Gazeta Mercantil. São

do comércio eletrônico trouxe consigo a necessidade de uma legislação reguladora.

Seguindo este entendimento, tem-se autores como Eduardo Espínola, Gustavo Testa Corrêa, Sandra Gouvêa, dentre outros. Entretanto, existe, também, a compreensão de que a regulamentação pátria projetada não será capaz de atender suficientemente os contratos eletrônicos. Assim, conclui Jorge José Lawand³⁸⁰ “Mesmo advindo uma lei que regulamente o comércio eletrônico, haverá lacunas que necessitarão ser supridas diante da dinamicidade das relações de direito interno e internacional.”

Ou seja, a vagueza da legislação por si só comporta discussões. A legislação projetada, por sua vez, mesmo aprovada, ainda não proporcionará uma segurança jurídica em sede de contratações eletrônicas.

Paulo, 22.03.2001: Caderno Legal e Jurisprudência.
³⁸⁰ LAWAND, p.

8 CONCLUSÕES

A conclusão é o momento de resgatar as premissas estabelecidas ao longo do trabalho dissertativo e proceder, de forma epíloga, a coerência e sistematização destas. Assim, após a perquirição dos elementos “básicos” para a elaboração de uma teoria geral das contratações eletrônicas é possível estabelecer que:

A doutrina discute a passagem de um período moderno para um pós-moderno e até a vivência de uma transmodernidade. Não obstante, tal discussão, adere-se ao entendimento do filósofo, ainda vivo, Jurgen Habermas, de que a modernidade é um projeto inacabado e precisa extrair de si mesma sua normatividade e buscar o entrelaçamento entre a tradição e a inovação.

De certa forma esta idéia justifica a expressão da civilística mais atuante, representada por Giselda Novaes Hironaka, de que é preciso oxigenar os ranços arcaicos que sustentam o ordenamento jurídico.

Ao analisar a sociedade hodierna, percebeu-se o desenvolvimento tecnológico como fator de promoção de aterritorialidade e atemporalidade, com anseio de romper as barreiras existentes, tudo em prol de uma globalização.

Esta globalização, em que pese suas várias vertentes, é entendida como um paradigma que reflete o ideal capitalista do acúmulo de riquezas, pela abertura de novos mercados e economias transnacionais, o qual se vale do desenvolvimento das tecnologias de informação, principalmente da telemática, para se desenvolver e alcançar um plano global.

Nesta ambiência, devido a internacionalização dos mecanismos financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sido enfraquecidos em virtude da trama das relações de produção se desenrolar globalmente.

Trata-se de uma nova ordem mundial imposta pelo neocapitalismo virtual, que se dá através da rede mundial de computadores, a qual por não encontrar barreiras físicas e proporcionar um espaço de comunicação eficiente e instantâneo - o *ciberespaço* - localiza-se como uma espécie de “pano de fundo” ou suporte do fenômeno globalizante.

Restou clara a necessidade de observar o direito de ordem nacional com a finalidade de assegurar a soberania estatal, bem como preservar os direitos

dos jurisdicionados diante da aldeia global, principalmente em face do fácil acesso ao *e-commerce*.

Estabelecida esta premissa de preemência e inafastabilidade das relações virtuais decorrentes de uma sociedade digitalizada e globalizada, bem como a necessidade de atenção por parte do ordenamento jurídico, a pesquisa adentrou aos diplomas pátrios.

Devido a proposta de atenção aos diferentes planos de compreensão do conhecimento jurídico, ficou estabelecido como ponto de partida a base valorativa, até porque a codificação mais recente, aprovada em 2002, revelou uma principialização da base legal civil, além de uma aproximação, também de natureza principiológica com as relações consumeristas.

As mudanças sociais provocaram uma alteração na tábua de valores e propiciou a formulação de um novo modelo de interpretação jurídica, a qual não se alcança por meio de velhos métodos oferecidos pela dogmática tradicional.

Ficou nítido no contexto social uma sociedade complexa, pluralista, fragmentada, caracterizada pelo desenvolvimento científico e tecnológico, tendo-se a supervalorização do conhecimento e da informação.

Devido a estes aspectos de natureza técnica e as movimentações hodiernas e diuturnas da sociedade, o código perdera a sua estrutura global e passa a admitir as leis especiais como competentes para disciplina e organização de algumas matérias.

Isto provocou uma mudança ideológica de formulação do Código e do modelo de aplicação do direito, com base em um ponto de partida deslocado das disposições abstratas da orientação tradicional.

Após um mergulho no longo trâmite da elaboração do Código Civil de 2002, aferiu-se que este foi atento às diretrizes culturalistas e promoveu as seguintes alterações:

Adotou-se um sistema aberto, composto por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, além da supervalorização de princípios informadores que servem de norte para todo o Código Civil.

Abandonou-se a aplicação do direito e privilegiou-se a busca pela justiça.

O cidadão abstrato cedeu lugar para um indivíduo localizado em um contexto social, o qual necessita de tutela decorrente da sua condição de

hipossuficiência, ou seja, a busca de uma real igualdade e equivalência nas relações negociais.

Existe o privilégio de uma interpretação conforme os princípios, em uma substituição da *ratio legis* pela *ratio iuris*, isto é, uma decisão jurídica conforme não à lei, mas ao próprio direito. Além de observância das disposições constitucionais.

O Código é um documento permeado pelo conteúdo ético e moral, que norteiam o julgador para além do ordenamento jurídico, utilizando-se de conceitos metajurídicos.

Há uma enorme interação entre cláusulas gerais, princípios gerais de direito, conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pela função, que conferem discricionariedade para o julgador e instrumentalidade para o código.

Diante disso, percebeu-se que as diretrizes valorativas do culturalismo e o sistema de cláusulas gerais revelam-se, como forma de concretização do Direito no Brasil, uma vez que somente com esta mobilidade e a busca de conhecimento técnico em outras áreas sendo possível absorver as mudanças trazidas com a globalização e a digitalização.

A vagueza semântica característica das cláusulas gerais permitem um mergulho nos valores que as nutrem e, ato contínuo, determina-se a leitura dos preceitos normativos com base nestas e são entregues ao caso concreto.

Esta fase de leitura e modelagem das bases valorativas é a etapa vivente, de sorte que as olarias jurídicas estão carregadas de pedidos de novos moldes, os quais são ansiosamente aguardados - trata-se da construção jurídico-jurisprudencial.

Uma vez que os princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado, no momento da sua concretização revelam as crenças, as convicções e os anseios da sociedade vivente, justamente por estarem localizados na base desta.

Os princípios têm o condão de conferir aproximação entre o Direito e a realidade.

A base valorativa do Direito Privado brasileiro vive uma situação de hipercomplexidade, devido à interação entre os princípios clássicos do contrato, os ético-sociais e a criação de princípios próprios do ambiente digital.

Dos princípios clássicos destacou-se que:

A autonomia privada se revela no caráter volitivo e voluntário dos sujeitos ao entabular suas relações jurídicas, sendo que esta discricionariedade deve observar os anteparos da ordem pública e dos bons costumes.

O princípio da força obrigatória significa, que o contrato plenamente válido e eficaz, constitui lei imperativa entre as partes e que é reconhecido pelas legislações, bem como tem apoio na necessidade de segurança nas relações jurídicas. Entretanto, este sofre uma releitura por parte do ordenamento jurídico, que insere valores e regras para que ele seja observado, como a equivalência material, a lealdade, a conduta segundo a boa-fé.

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato apresenta o caráter de pessoalidade no cumprimento das obrigações; é possível dizer que, de regra, o contrato somente produz efeitos entre os contratantes, não aproveitando nem prejudicando os que nele não intervieram. Idéia essa que não se apresenta absoluta devido a irradiação de efeitos extra partes.

Já o princípio do consensualismo entende-se que o acordo de vontades é o bastante para a perfeição dos contratos, apenas com o consentimento *solo consensu* já se forma o contrato. O qual como regra geral determina a exigência de, tão-somente, que a vontade seja expressa por meio inequívoco capaz de revelar a vontade de contratar.

No concernente aos princípios ético-sociais restou que:

O contrato comporta, além da função de circulação de riquezas e a função regulatória de direitos e obrigações, deve expressar uma função social. Esta função decorre do princípio da socialidade, que busca superar o individualismo predominante nos códigos novecentistas e faz prevalecer os interesses coletivos em detrimento dos individuais.

Privilegia-se a sociedade em detrimento de anseios egoístas.

Em sintonia com o princípio da função social e apresentando uma convergência com o diploma consumerista, desenrola-se o princípio da equivalência material, o qual seguindo a diretriz da socialidade busca privilegiar a coletividade em detrimento do individual, elevando a condição de igualdade (ou o mais próximo possível) os desiguais, procurando a equivalência concreta/material das prestações contratuais.

Sacrifica-se ou relativiza-se a segurança jurídica devido a possibilidade de desconsiderar-se o princípio da conservação do pacto contratual e

proporcionar a revisão contratual, sempre que por motivos relevantes se verifica mudanças na avenca estipuladas.

A doutrina discute quanto a incidência da cláusula *rebus* ou a presença da teoria da onerosidade excessiva, de qualquer sorte percebeu-se que em ambos os diplomas, civil e consumerista, uma orientação pricipiológica em que o primeiro absorve a conservação contratual do segundo e este beneficia, ainda mais, o consumidor dispensando a “imprevisibilidade”; diante disso não há que se falar em teoria da imprevisão em sede de relação de consumo, mas sim em onerosidade excessiva para salvaguardar o consumidor.

Os institutos fundados no princípio da equivalência material revelam-se na busca de uma efetiva justiça material, evitando distorções nos contratos muitas vezes decorrentes de fatores metajurídicos, como às nuances da economia.

Ainda sob este clima foi localizado e encarado o “super” princípio da boa-fé objetiva, o qual recebe esta nomenclatura devido a sua presença expressamente considerada na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, além da sua importância para as relações virtuais.

O princípio da boa-fé objetiva é praticamente um prolegômeno a toda teoria geral dos contratos. Desempenha uma função de cânone hermenêutico-interpretativo, uma função ativa com a criação de deveres anexos de conduta para os contratantes, tarefa repressiva no caso do abuso de direito.

Observada sob a ótica consumerista destaca outros desdobramentos como a confiança, informação, transparência, diligência e ética nas relações negociais.

Este caráter de confiança pautado na boa-fé apresenta-se como o paradigma necessário para o desenvolvimento das relações virtuais, uma vez que quanto maior a distância física entre as partes contratantes maior relevância atinge a boa-fé, independente da relação seja esta civil ou de consumo.

Intimamente ligado às relações virtuais tem-se o princípio da subsidiariedade ou inalterabilidade do direito existe para as celebrações eletrônicas, o qual destaca a aplicação das disposições tradicionais diante da ausência de normas específicas, desde que estas não sejam incompatíveis com as peculiaridades do ambiente eletrônico.

Preza também pela não-discriminação do meio digital, o qual dispõe sobre a neutralidade do estado em não criar normas, que criem restrições ou

discriminações para as relações virtuais devido a ausência de instrumento escrito.

Todos estes princípios se acrescentam sem se eliminarem, de forma que cada um produzirá efeitos em consonância com as realidades em que se encontram inseridos na busca das finalidades da sociedade moderna.

Esta base valorativa irá se revelar em um instrumento cotidiano: o contrato.

Aferiu-se que o contrato possui um cerne fundamental volitivo, sobre o qual atuam diversos fatores como a liberdade contratual, em suas acepções objetiva, subjetiva e formal, bem como está sujeito a uma simbiose principiológica informada pela sociedade de determinado lugar em certo tempo, que pela sua ligação umbilical com o seio social, serve de instrumento para o relacionamento entre os indivíduos desta e revela a manifestação e os anseios daqueles. Esta base associada ao meio eletrônico como canal propiciador do envio e recebimento de informações, manifestações de vontade, alcança-se um entendimento nuclear de contrato eletrônico.

O contrato eletrônico não inaugura nenhum tipo ou modalidade contratual, apenas um novo meio de efetivar o contrato, que pelas peculiaridades que reservam este ambiente, comporta observações.

A primeira reside na atemporalidade, a territorialidade e despresonalização características do ambiente virtual, o qual possui como suporte de comunicação a rede mundial de computadores.

A segunda trata-se da interatividade, internacionalidade e desregulamentação decorrente da comunicação em rede, diante destes fatores associada à ação de *hackers* ou *crakers* sobre as informações que transitam por este ambiente, os estados soberanos através da criação de sistemas de segurança tentam garantir maior confiabilidade a este modo de contratação.

O Brasil para conferir maior confidencialidade, autenticidade, segurança e integridade às informações, mensagens e documentos que caminham pelo ambiente digital, montou sua infra-estrutura de chaves-públicas denominada ICP-Brasil. Trata-se de um conjunto de regras e normas, baseadas em padrões públicos internacionais, que são definidas no país por um comitê gestor composto por representantes do governo e da sociedade civil.

O modelo adotado possui como estrutura o sistema de certificação com raiz única, tendo-se como autoridade certificadora uma Autarquia Federal - o

Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, a qual credencia as demais entidades.

Diante destas características e propriedades do ambiente digital, discutiu-se quanto a natureza jurídica dos contratos realizados por este meio, o qual pode ser considerado entre ausentes ou presentes, condicionado ao critério da interatividade, ou seja, se o envio e recebimento da informação se dá de forma instantânea ou não.

Destarte, considera-se contratação entre presentes a revestida da instantaneidade da informação (envio e recebimento), enquanto entre ausentes aquela diferida no tempo aguardando o acesso de uma das partes para formação do contrato, ou seja, a aceitação.

Este mesmo critério foi empregado para a realização de uma classificação dos contratos eletrônicos em intersistêmicos, interpessoais e interativos.

Nos contratos intersistêmicos os contratantes valem-se dos recursos eletrônico-informáticos tão-somente pela instrumentalidade que estes oferecem, ou seja, as manifestações de vontade se dão antecipadamente e a execução é realizada eletronicamente.

Já nos contratos interpessoais os meios eletrônicos têm participação na fase de formação do contrato; nestes a negociação se desenvolve de forma eletrônica seja esta instantânea ou não, de forma que o computador serve como meio de comunicação entre proponente e o oblato.

Diversamente dos contratos eletrônicos interpessoais em que a interação humana é presente em ambas as partes, nos interativos revela-se um contratante e um programa de computador.

Sem dúvida, esta última forma a mais freqüente decorrente do *e-commerce*.

Esta classificação provoca uma discussão quanto ao momento de formação do contrato eletrônico.

Não obstante, o entendimento de que a teoria da expedição expressamente considerada pelo Código Civil, bem como as suas exceções são regras plenamente aplicáveis aos contratos eletrônicos, em sede de direito comparado inexistiu unanimidade em adoção da teoria da expedição pelos sistemas legais.

Diante disso, alguns países que regulamentam o comércio eletrônico, bem como diretiva da União Européia, destacam a necessidade não só da expedição, mas do recebimento/confirmação da aceitação nas relações marcadas pela interatividade ou não.

Esta teoria da expedição e do conhecimento é uma proposta da legislação projetada, já em sede de direito comparado e aplicação prática uma realidade, uma vez que diversos *sites* de comércio, inclusive no Brasil, adotam tal teoria.

Já em sede de oferta ou proposta no ambiente digital o Código Civil e Código de Defesa do Consumidor terão seus dispositivos amplamente aplicados.

Esta aplicabilidade se estende no concernente ao local de celebração do contrato eletrônico, inclusive com fulcro no entendimento de ancoragem com o mundo real, isto a nível de território nacional. Já que nas contratações internacionais a lei aplicável esta sujeita as regras de Direito Internacional Privado, além das disposições dos países soberanos envolvidos, existência de acordos ou convenções, ou seja, a lei aplicável encontra-se incerta diante da complexidade que envolve as relações virtuais além fronteiras.

Todas estas premissas estabelecidas ao longo do trabalho dissertativo foram focadas em uma etapa final destinada a segurança jurídica da qual foi possível concluir:

O ambiente digital se apresenta como uma nova esfera das relações jurídicas decorrentes do avanço tecnológico e que reclamam por um novo Direito com conceitos afetos a este cenário, não a repriminção tardia de arcaicos institutos.

Evidenciou-se a insegurança desde o plano intra-norma até a aplicabilidade interpretacional que compreende, também, a discussão quanto a aplicabilidade do ordenamento posto com base no princípio da subsidiariedade e a atenção a legislação projetada.

Observada a aludida problemática, ainda percebeu-se a vagueza da legislação em trâmite, uma vez que esta se olvida a muitos contornos da esfera contratual eletrônica, como a informação e incidência de princípios contratuais clássicos aos celebrados por meios eletrônicos.

Assim, mesmo após a aprovação da legislação, ora em trâmite, esta não será capaz de fornecer a devida e necessária segurança às relações jurídicas operadas no ambiente virtual.

Enfim, deveras necessária uma teoria geral para nortear a nova contratualística, a qual se alcança através de uma releitura dos valores preexistentes e a absorção de novos critérios e parâmetros decorrentes do novo cenário de contratação/comunicação, para conduzir o deslinde das minúcias e peculiaridades que envolvem a contratação eletrônica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor. Barueri- São Paulo: Manole, 2004

ALBERTIN, Alberto Luiz. Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo e Castro, Aldemário Araújo. Manual de Informática Jurídica e o Direito da Informática. Rio de Janeiro: Forense.

AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução, 5ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato Eletrônico no Novo Código Civil e no Código do Consumidor. Barueri/SP: Manole, 2004.

ARANTES, O. & ARANTES, P. Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas. SP. Brasiliense. 1992.

ARNAUD, André-Jean. O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado, trad. de Charles Wuillaume – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Forense.2002.

_____. Teoria geral do direito civil: acções e factos jurídicos. Lisboa, 1992.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: ed. Saraiva, 2004

_____. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo; FERREIRA, Ivette Senise (coord.) Novas Fronteiras do Direito na Era Digital. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (coord.) *Novas Fronteiras do Direito na Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Contratos Eletrônicos*. São Paulo: Saraiva.2001.

BESSONE, Darcy. *Do Contrato. Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

BARROSO, Lucas Abreu. *Introdução Crítica ao Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL, Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução ao Código Civil*

BRASIL, Lei 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. *institui o Código Civil*.

BRASIL, Lei 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*

BRASIL, LEI ORDINÁRIA Nº 9.472 DE 16 DE JULHO DE 1997, que Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da emenda Constitucional nº 8, de 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Edição Histórica*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.

BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones, tomo I*, trad. José Luis de Los Mozos, Madrid: Revista de Derecho Privado.

_____. *Teoria general del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2005.

BUSSATA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento, São Paulo: Saraiva, 2007

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. Contratos via internet. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Contratos via Internet: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro, editora Del Rey, 2001

CASTILHO, Ricardo. TARTUCE, Flávio. Direito Civil – Direito Patrimonial e Direito Existencial. São Paulo: ed. Método, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional Coimbra : Almedina, 1999.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CATALAN, Marcos Jorge. Negócio Jurídico – aspectos controvertidos à luz do novo código civil, São Paulo: Mundo Jurídico, 2005.

_____. Elementos críticos da responsabilidade negocial, Dissertação Mestrado, UEL, 2004

CHESNAIS, F. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996.

COELHO, Luiz Fernando. Saudade do Futuro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

_____. Lógica Jurídica e Interpretação das leis, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 3

CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos jurídicos da Internet. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. A lei e o comércio eletrônico. Revista Panorama da Justiça, ano 4, n. 22. fevereiro/março/2000, p. 16.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

COLARES, Rodrigo “Direito e E-Commerce na europa: precauções para um negócio rentável.”, disponível em: <http://www.martorelli.com.br/artigos/ctudo-docum-artig-direito-e-commerce.htm> acessado em 12.08.07.

COVAS, Silvânio. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. Revista de direito bancário e do mercado de capitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 5, 1999.

COSTA, Judith Martins e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 139, jul/set. 1998.

COSTA, Mário júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 1994.

DEL VECCHIO, Giorgio. Princípios gerais do direito. Tradução Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. São Paulo: ed. Saraiva, 1993.

DONOSO, Denis “Teoria da Imprevisão no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5030> acessado em 20/05/07.

ELIAS, Paulo Sá. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a Internet. <http://www.jus.com.br> acessado em 12.03.05

EFING, Antônio Carlos. Direito das relações contratuais. Curitiba:Juruá, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil – À luz do Novo Código Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAGUNDES Eduardo Mayer, Como funciona a Internet? Disponível em <http://www.efagundes.com/artigos/Como%20funciona%20a%20INTERNET.htm>, acessado em: 20.03.06.

FIÚZA, Ricardo, *O novo Código Civil comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Revisão do Contrato, Curitiba: Juruá, 2004

GLANZ, Semy. Contratos Eletrônicos, Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março de 2000, n. 7

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais, São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 3.

GOUVEA, Sandra. O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Globalização e Direito no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 462, 12 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5797>>. Acesso em: 08 ago. 2007

GOGLIANO, Daisy “Direito Civil Sanitário” disponível em <http://www.saude.ba.gov.br/conferenciaST2005/cdrom/CD%20colet%C3%A2nea%20leis%20e%20textos/Artigos/06.doc> acessado em 03.07.07.

GRECO, Marco Aurélio. Internet e Direito. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Estabelecimento tributário e sites na internet. Coord. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes. Edipro 2001.

GUERRA, Sidney . O Direito à Privacidade na Internet. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol.III, Contratos e Atos Unilaterais, São Paulo: Saraiva, 2004.

HABERMAS, Jürgen. A nova Intransparência – A crise do Estado de Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas, setembro/1987.

_____. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. In: *Novos Estudos*. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 1995, n. 43.

_____. Nuestro breve siglo.

_____. *A Constelação Pós-Nacional*

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LAWAND, Jorge José. Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira.2003.

LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Globalização e Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEITE, M.E. O comércio eletrônico Nova Modalidade de Comércio Internacional *in* Congresso em Florianópolis, Anais, 2003

LORENZETTI, Ricardo. Comércio Eletrônico, São Paulo: RT, 2004.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito e Internet - aspectos jurídicos relevantes*. 1ª ed., São Paulo-Bauru: Edipro, 2000.

LYOTARD, Jean-François: *O pós-moderno*. RJ. Olympio Editora. 1986.

MACEDO, U.B. *Democracia e direito humanos, ensaios de filosofia prática (política e jurídica)*. Londrina: Humanidades, 2003.

MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade Industrial: O Homem Unidimensional*. Trad. Giasone Rebuá. 5ª ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo:RT, 2004.

_____. *Direitos básicos do Consumidor na Sociedade Pós-moderna de Serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos*, in *Revista de Direito do Consumidor*, n.35, jul-set 2000.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo Via Internet*. Rio de Janeiro: Forense.2003

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTE, Maurício de Souza. *Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contratos do e-commerce*. São Paulo: LTr, 2001.

MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2005.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (Org.). *Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico (1996) com Guia para sua Incorporação ao Direito Interno*, 1996.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. *A Internet em Suas Relações Contratuais e Extracontratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2003.

MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: saraiva, 1995

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Posse*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Inovações no novo Anteprojeto de Código Civil. *Revista de Informação Legislativa*, out./dez. 1973.

_____. Anais da Câmara dos Deputados, palestra proferida em 25 de agosto de 1999 na Comissão Especial do Código Civil, Projeto 634/75 (disponível na internet www.camara.gov.br).

_____. *Direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2003.

MUZIO, Gabriele. A globalização como estágio de perfeição do paradigma moderno: uma estratégia possível para sobreviver à coerência do processo, em *Os sentidos da democracia política de dissenso e hegemonia global*, Ed. Vozes, 1999

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional*. Curitiba: Juruá, 2004.

NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – novos paradigmas*, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: ed. Renovar, 2ed, 2006.

NETO, Ângelo Volpi. *Comércio Eletrônico: Direito e segurança*. Curitiba: ed Juruá 2001.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed., São Paulo: RT, 1999.

_____. Código Civil Comentado, RT, 2006.

NOVOA, Cesar Garcia *in* El função de seguridad jurídica em matéria tributária. Madrid: Marcial Rons, 2000.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito de Informática. 2a ed., São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Contratos eletrônicos disponível em <http://www.jus.com.br> acessado em 10.03.05..

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Ensayos de Informática Jurídica. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política México, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Direito Civil – Alguns Aspectos da Sua evolução, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Lesão nos Contratos, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PIMENTEL, Alexandre Freire. O direito cibernética: um enfoque teórico e lógico-aplicativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Projeto de Lei n. 4.906/2001 “Dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e dá outras providências.” Situação atual: PLEN Pronta para pauta.

Projeto de Lei n.6969/02 – Situação atual: CDC Pronta para pauta.

PRADO, J. L. A.; SOVIK, L. (Orgs) Lugar Global e Lugar nenhum: Ensaio sobre democracia e globalização. São Paulo: Hacker Editores, 2001.

RAWLS, Jonh. Uma teoria da justiça trad. Almiro Risetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. SP: Martins Fontes, 2002

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 171.

_____. *Fundamentos do direito*. 3 ed. *Fac símile* da 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. A balança e espada, São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *O Projeto de Código Civil – situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Visão Geral do Novo Código Civil*, disponível em <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>, Acesso em 25.11.2003.

_____. *A Boa-fé no Código Civil*, disponível em <www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> acessado em 26.11.2003.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROVER, Aires José. Direito, Sociedade e Informática – Limites e Perspectivas da Vida Digital, 2000, Fundação Boiteux.

Revista CEF, n. 11, agosto/2000

Revista Digital Intelligentia Jurídica. Edição de setembro de 2004. disponível em www.intelligentiajuridica.com.br. Acessado em 08.07.07.

ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

_____. Instituições de direito civil. trad. Paolo Capitanio, v.2

SANTOLIM, César Viterbo Matos. Formação e eficácia probatória dos contratos por computador. São Paulo: Saraiva, 1995.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. Direito dos contratos – seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Malheiros, 2003.

SILVA, Rosana Ribeiro da. Contratos eletrônicos.
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>.

SINGER, Paul. Globalização: Afinal, do que se trata? In *Cadernos do Legislativo*, nº 3(06): jul/dez, 1997. p. 25 – 61.

STOLZE, Pablo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

TARTUCE, Flavio. A função social dos contratos – do código de defesa do consumidor ao novo código civil. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao Código Civil – Livro III – Dos fatos Jurídicos: Do Negócio Jurídico. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3ª e. São Paulo: Renovar, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. Coord. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes. Edipro, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. Direito Civil: Contratos em espécie e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3

_____. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 2.

_____. *A boa-fé Contratual no Novo Código Civil*. Disponível em <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>, acesso em 25.10.2003.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: Sistema Jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

VALLESPÍN, Fernando. *Reconciliación a través del derecho? Apostillas a facticidad y validez de Jürgen Habermas*. In: *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*. José Antonio Gimbernat (ed.). Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.

VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos*. 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2001.

VIANA, Marco Aurélio S., *Curso de Direito Civil*, v. 5, *Direito das Obrigações II*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.

VILLAÇA, Álvaro. *O Novo Código Civil Brasileiro: Tramitação; Função Social Do Contrato; Boa-Fé Objetiva; Teoria Da Imprevisão; E, Em Especial, Onerosidade Excessiva (Laesio Enormis)* revista jurídica NOTADEZ – junho/2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 1989.