

# CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA. PRINCÍPIOS SOCIAIS, RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL. UMA ABORDAGEM LUSO-BRASILEIRA<sup>1</sup>

Flávio Tartuce<sup>2</sup>

Sumário: Introdução. 1 O contrato na contemporaneidade. 2 O Direito digital ou eletrônico e o contrato. 3 Princípios sociais contratuais e contratação eletrônica. 4. Contratação eletrônica e responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. 5 Conclusões. 6 Referências.

## INTRODUÇÃO



o mundo se transforma e o contrato, como principal expressão negocial ou mais importante negócio jurídico, transforma-se com ele.<sup>3</sup> Se há o incremento das relações humanas, também as relações contratuais vão se tornando cada vez mais complexas. O ser humano evolui e se transforma sempre

---

<sup>1</sup> Artigo escrito para mesa-redonda no *VIII Curso de Verão sobre Direito da Sociedade da Informação*, promovido pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual, na Universidade de Lisboa, Portugal, entre os dias 13 a 17 de julho de 2009. O evento foi coordenado pelos professores José de Oliveira Ascensão e Dário Moura Vicente.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Titular Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado da FADISP (Faculdade Autônoma de Direito). Coordenador e professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil da Escola Paulista de Direito (EPD, São Paulo). Professor convidado em Escolas de Magistratura e na ESA-OAB/SP. Advogado e consultor jurídico em São Paulo.

<sup>3</sup> “O contrato é, sem contestação, o mais importante negócio jurídico. Ao seu lado, os negócios jurídicos unilaterais representam uma faixa estreita” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II: *Ações e factos jurídicos*. p. 432).

acompanhado pelas manifestações negociais. Como se extrai de uma das últimas obras de Caio Mário da Silva Pereira, “sobre o contrato atuam diversas forças convergentes, das quais cumpre destacar a presença de duas, que não seriam as únicas, porém as mais convincentes: a *força obrigatória* e a *influência de fatores determinantes* das injunções sociais”.<sup>4</sup> No tocante à influência social, é marcante que o contrato sempre reproduziu – e continua reproduzindo – a realidade fática, temporal e espacial, da sociedade em que está inserido. A interpretação do contrato de acordo com a realidade social representa uma das manifestações da ideia de *função social do contrato*, assunto em constante debate no Brasil, diante de sua positivação pelo Código Civil brasileiro de 2002.

No caso brasileiro, a despeito da observação feita por Caio Mário da Silva Pereira, tem-se percebido certo enfraquecimento – como querem alguns – do princípio da força obrigatória. Não que esse princípio, retirado da máxima romana *pacta sunt servanda*, tenha desaparecido. Todavia, o que se nota é uma constante mitigação em prol de princípios sociais, como são a boa-fé objetiva e a função social do contrato.<sup>5</sup> De toda a sorte, repise-se não se tratar de uma eliminação do antigo e clássico princípio, mas de uma relativização.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 225.

<sup>5</sup> Na jurisprudência brasileira, vários são os julgados que trazem tal conclusão, enunciando que a força obrigatória do contrato não é um princípio absoluto, devendo ser ponderado com a boa-fé objetiva e com a função social do contrato. Por todos, consulte-se: Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Acórdão n. 2005.50.01.005882-0, Sexta Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Frederico Gueiros, julgado em 11/05/2009, *DJU* 21/05/2009, p. 99; Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível n. 0492646-9, Cianorte, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli, *DJPR* 26/09/2008, p. 82; Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n. 1.0384.05.040852-3/0011, Leopoldina, Décima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, julgado em 03/10/2007, *DJMG* 20/10/2007; e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Acórdão n. 2005.001.48315, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha, julgado em 04/04/2006.

<sup>6</sup> Na opinião desse autor, a mitigação se justifica plenamente. Primeiro, pela imposi-

Ao lado dessa manifestação social principiológica, diante dos anseios da coletividade, surge o fenômeno da *complexidade contratual*. Conforme as lições de Cláudia Lima Marques, como decorrências da contemporaneidade podem ser apontados o pluralismo e a abrangência, o que justifica o *diálogo das fontes*.<sup>7</sup> Como duas manifestações desse incremento, podem ser citados os fenômenos da *conexão contratual* e da *contratação eletrônica*. A respeito dos primeiros – dos contratos conexos, coligados ou redes contratuais –, trata-se de outra expressão da realidade social do contrato, proveniente da própria ideia de função social do contrato.<sup>8</sup> No que concerne à

---

ção normal e corriqueira do conteúdo negocial que se vê nos contratos de adesão e de consumo, maioria na realidade negocial. Segundo, porque o Brasil é um país conhecido pelas abusividades contratuais praticadas principalmente pelos hiperssuficientes negociais, subjugando consumidores e aderentes. Essa realidade justificou a proteção do aderente constante do Código Civil brasileiro de 2002 nos arts. 423 e 424. A primeira norma prevê a interpretação *pro aderente* ou *contra stipulatorem*. A segunda, por sua vez, consagra a nulidade das cláusulas que implicam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante do negócio. Como se concluiu na *III Jornada de Direito Civil*, evento promovido no Brasil pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, diante do art. 424 do Código Civil as cláusulas abusivas representam um fenômeno que não ocorrem exclusivamente nos contratos de consumo, sendo possível encontrar cláusulas abusivas nos contratos civis comuns. Sobre a abrangência do art. 424 do Código Civil brasileiro, ver: ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008.

<sup>7</sup> Ao justificar o diálogo das fontes, esclarece Cláudia Lima Marques que “A bela expressão de Erik Jayme, hoje consagrada no Brasil, alerta-nos de que os tempos pós-modernos não mais permitem esse tipo de clareza ou monossolução. A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluída, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinção. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas” (MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 89).

<sup>8</sup> O assunto vem sendo abordado pela nova geração de civilistas brasileiros, em dissertações de mestrado e teses de doutorado: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais e mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

contratação eletrônica, consigne-se que muitas vezes ela se dá por forma de redes negociais e na maior rede que o ser humano já criou, a rede mundial de computadores, a *internet*.

O presente artigo pretende analisar algumas questões referentes ao último fenômeno, mais especificamente temas atinentes aos princípios sociais contratuais – boa-fé objetiva e função social do contrato –, e à responsabilização pré-contratual e pós-contratual eletrônica ou digital. Para tanto, de início, o contrato será situado na contemporaneidade, buscando-se a sua evolução conceitual nos últimos tempos e o impacto da teoria geral dos contratos inserida pelo Código Civil brasileiro de 2002. Ato contínuo, será estudada a tentativa de construção de um *Direito Digital* ou *Eletrônico*. Relativamente à matéria, serão investigadas as suas premissas fundamentais e as interações em relação ao contrato, notadamente as questões atinentes à formação do contrato pela via eletrônica.

As intersecções entre os princípios sociais contratuais e a contratação eletrônica é o próximo alvo do artigo, com enfoque a partir do *estado da arte* da função social dos contratos e da boa-fé objetiva no Brasil. Depois, serão abordadas a contratação eletrônica e as responsabilidades pré-contratual e pós-contratual; seguindo as conclusões do presente trabalho.

## 1. O CONTRATO NA CONTEMPORANEIDADE

O Código Civil brasileiro de 2002, a exemplo do seu antecessor, não tomou o cuidado de conceituar o contrato. Em um primeiro momento, pode-se pensar que agiu bem o novel legislador, pois não cabe a ele, e sim à doutrina, a tarefa de conceituar as categorias jurídicas.<sup>9</sup> Todavia, cumpre assinalar

---

<sup>9</sup> Como se extrai da clássica obra de Washington de Barros Monteiro, que entende que o Código Civil Brasileiro de 1916 fez bem ao não conceituar o contrato (*Curso de direito civil* – 2ª parte. 34. ed. Atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5: Direito das Obrigações. p. 4).

que a atual codificação brasileira está baseada, entre outros, no *princípio da operabilidade*, que tem um dos seus sentidos expressos na simplicidade ou facilitação dos institutos civis.<sup>10</sup> Consigne-se que o Código brasileiro conceitua algumas figuras contratuais típicas, mas não chegou a conceituar o contrato, relegando, mais uma vez, a tarefa à doutrina.<sup>11</sup>

Em uma visão clássica, tem-se notado a prevalência do conceito do instituto que pode ser extraído do art. 1.321 do Código Civil italiano, ou seja, de que o contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica de caráter patrimonial. Muitos autores brasileiros seguem essa conceituação, por exemplo, Orlando Gomes<sup>12</sup> e Álvaro Villaça Azevedo<sup>13</sup>.

Da construção clássica nota-se que o contrato, de início, é espécie do gênero negócio jurídico. Assim, há uma composição de interesses das partes – pelo menos duas – com conteúdo

<sup>10</sup> Sobre os princípios do Código Civil brasileiro de 2002, entre outras obras do jurista, ver: REALE, Miguel. *Estrutura e espírito do novo Código Civil Brasileiro. História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

<sup>11</sup> Alguns exemplos podem ser expostos. O art. 481 do Código Civil brasileiro assim conceitua a compra e venda: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”. No tocante ao contrato estimatório, é a redação do art. 534 do CC: “Pelo contrato estimatório, o consignante entrega bens móveis ao consignatário, que fica autorizado a vendê-los, pagando àquele o preço ajustado, salvo se preferir, no prazo estabelecido, restituir-lhe a coisa consignada”. Relativamente à doação, “Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. A locação de coisas está assim definida pelo seu art. 565: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”. O depósito no Código Civil brasileiro: “Art. 627. Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”. Por fim, sem prejuízo de outras categorizações, assim prevê o art. 653 do CC no que concerne ao mandato: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

<sup>12</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 5.

<sup>13</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 21.

lícito e finalidade específica.<sup>14</sup> Para a compreensão do contrato é fundamental o estudo estrutural do negócio jurídico, mormente os planos da existência, da validade e da eficácia. Serve como norte o art. 104 do Código Civil brasileiro, que aponta os requisitos de validade do negócio jurídico: *a)* agente capaz; *b)* objeto lícito, possível, determinado ou determinável; *c)* forma prescrita ou não defesa em lei.

Cumpra anotar que tal feição clássica do contrato limita o seu conteúdo às questões patrimoniais ou econômicas. Trata-se da *patrimonialidade*, tão cara aos italianos.<sup>15</sup> Assim, o contrato não pode ter uma feição existencial ou extrapatrimonial. A título de exemplo, pela visão clássica, o contrato não pode ter como conteúdo os direitos da personalidade, mesmo que indiretamente.

Na doutrina mais recente, há interessantes tentativas de ampliação ou remodelagem do conceito de contrato, o que sem dúvida alarga a margem de incidência de conceito, ou seja, a abrangência do mundo contratual. Nesse contexto, no Brasil, surge a construção denominada *pós-moderna* de Paulo Nalin, da Universidade Federal do Paraná. Para o jurista, o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.<sup>16</sup> Olhando para o futuro, e por que não para o presente, é de se concordar com

---

<sup>14</sup> Sobre a *estrutura triplanar* do negócio jurídico no Brasil, visualizado como uma *escada com três degraus*, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974. t. III, IV e V; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>15</sup> Conforme comentam Cian e Trabucchi, o requisito da *patrimonialidade* serve para distinguir o contrato de outras figuras negociais, genericamente tidas como convenções, caso dos negócios de direito de família (CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 1.042).

<sup>16</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

essa visualização.

De início, porque o contrato está amparado em valores constitucionais. Não há dúvida de que questões que envolvem direitos fundamentais, mormente aqueles com repercussões sociais, refletem na autonomia privada, caso do direito à saúde e à moradia.<sup>17</sup> No Brasil podem ser encontrados vários julgados que colocam em sopesamento a questão da saúde e a manutenção econômica, prevalecendo, muitas vezes, a primeira.<sup>18</sup>

Como segundo ponto de defesa do conceito de Paulo Nalin, é ele instigante e prático porque conclui que o contrato envolve situações existenciais das partes contratantes. No Brasil, a doutrina tem relacionado a proteção individual da dignidade humana e dos interesses difusos e coletivos com o princípio da função social do contrato. Nesse sentido, na *I Jornada de Direito Civil*, evento promovido em 2002 pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foi aprova-

---

<sup>17</sup> Sobre o tema de aplicação dos direitos fundamentais constitucionais nas relações privadas, valem como consulta as obras de Daniel Sarmiento (*Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004) e de Ingo Wolfgang Sarlet (*A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*. Separata da obra *Direitos fundamentais e direito privado – uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2006). No Direito português, ver os trabalhos de Jorge Miranda e Rui Medeiros (*Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. t. I. p. 152-163), bem como a de J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.285-1.300). Todos esses autores expõem a aplicação imediata das normas constitucionais nas relações interprivadas, tidas como uma *eficácia horizontal*, pois incidente entre iguais.

<sup>18</sup> Da recente jurisprudência do Estado de São Paulo, Brasil, pode ser transcrita a seguinte ementa, tutelando amplamente a vida e a saúde: “PLANO DE SAÚDE. PACIENTE EM TRATAMENTO DE CÂNCER. COBERTURA PARA REALIZAÇÃO DE SESSÕES DE RADIOTERAPIA CONVENCIONAL. Recusa de cobertura para nova espécie de radioterapia prescrita à autora, com a técnica IMRT, porque não incluída ainda no rol de procedimentos divulgados pela ANS. Inadmissibilidade. Não se tratando de procedimento experimental, deve se considerar abrangido pela proteção do contrato em vigor. Recurso desprovido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 590.949.4/4, Acórdão n. 3309012, São Bernardo do Campo, Segunda Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, julgado em 21/10/2008, *DJESP* 14/11/2008).

do o Enunciado doutrinário n. 23, dispondo que “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Em atualização à obra de Orlando Gomes, Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, da Universidade de São Paulo, fazem a mesma correção, afirmando que “Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência etc), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato”.<sup>19</sup>

Terceiro e por fim, a construção de Paulo Nalin é interessante, pois traz a dedução de que o contrato pode gerar efeitos perante terceiros. Algumas dessas *externalidades* constam da própria legislação, como é o caso da estipulação em favor de terceiro – comum no seguro de vida – e da promessa de fato de terceiro –, por exemplo, a hipótese de um promotor de eventos que é contratado para agenciar uma apresentação de um cantor famoso, que não comparece. No entanto, além disso, reconhece-se a eficácia externa da função social dos contratos, a *tutela externa do crédito*, com efeitos contratuais atingindo terceiros.<sup>20</sup> Mais do que isso, imagina-se que condutas alheias po-

---

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenação de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 37.

<sup>20</sup> Também na *I Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado doutrinário n. 21, com a seguinte redação: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Como se nota, sacramentou-se nessas *Jornadas* brasileiras a dupla eficácia da função social do contrato: entre as partes (*eficácia interna*) e para além das partes (*eficácia externa*).



dem repercutir no contrato.<sup>21</sup>

Essa visão ampliada do contrato é uma marca da autonomia privada, princípio que superou a ideia liberal de autonomia da vontade. Parcela considerável da doutrina atual, nacional e estrangeira, propõe a substituição do antigo *princípio da autonomia da vontade* pelo *princípio da autonomia privada*.<sup>22</sup> A existência dessa substituição é indeclinável, pois, como afirma Fernando Noronha, “foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência a mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante”.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Nessa linha, cumpre citar o art. 608 do Código Civil, que responsabiliza – como *terceiro cúmplice* – o aliciador que *seduz* contratualmente o prestador de serviços, tirando-o para si. A expressão *terceiro cúmplice* foi difundida no Brasil por Antonio Junqueira de Azevedo em notório parecer envolvendo distribuidoras de postos de gasolina e postos revendedores (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004). É a redação do art. 608 do Código Civil de 2002: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”.

<sup>22</sup> Sobre a supremacia da autonomia privada sobre a autonomia da vontade, recomenda-se a leitura das obras de Francisco Amaral (*Direito civil* – introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003); Fernando Noronha (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994); Renan Lotufo (*Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I e II); Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón (*Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003. v. 1); Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português – parte geral*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. I); Enzo Roppo (*O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988); Álvaro Villaça Azevedo (*Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. 3. ed. Belém: CEJUP, 1988); e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (*Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança. Direito civil – estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 135-143).

<sup>23</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*:

De acordo com a *personalização do direito privado* e a *valorização da pessoa* como centro do direito privado, o conceito de autonomia privada é de fato o mais adequado, pois a *autonomia não é da vontade, mas da pessoa*.<sup>24</sup> Em reforço, não há dúvida de que a vontade – de *per si* – perdeu o destaque que exercia no passado, relativamente à formação dos contratos e dos negócios jurídicos.

Vários são os fatores que entraram em cena para a concretização prática dessa distinta visão. As relações pessoais estão em suposta *crise*, o que na verdade representa uma importante mudança estrutural nas relações negociais, sendo certo que tal espectro deve ser analisado sob o prisma da concretude do instituto do *contrato* e do que este representa para o meio social.<sup>25</sup> Predominam em larga escala os contratos de adesão, com o conteúdo imposto por uma das partes negociais, tida como mais forte ou *hipersuficiente*, muitas vezes por ter o domínio das informações. Por óbvio que esse fenômeno atinge a negociação digital ou eletrônica.<sup>26</sup>

---

autonomia privada, boa-fé, justiça contratual, p. 113. Noronha sinaliza que apenas na França ainda se prefere a expressão *autonomia da vontade*.

<sup>24</sup> Ensinam os autores espanhóis Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón que “Conviene en este punto observar que cuando se abla, como es usual entre nosotros, de ‘autonomía de la voluntad’, no deja de incurrirse en algún equívoco. Porque el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona con realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo – función de la voluntad – sino estableciendo disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que há de ser siempre libre e voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias” (*Sistema de derecho civil*, p. 379).

<sup>25</sup> Francisco Amaral defende também que a autonomia privada representa um dos princípios fundamentais do direito privado, tratando-se “da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade” (*Direito civil*, p. 348).

<sup>26</sup> A autonomia privada pode ser conceituada como um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública –, pelo qual, na formação dos contratos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregular os seus interesses, decorrente da sua própria dignidade humana,

Sem dúvida, no mundo contemporâneo, a autonomia privada faz com que o contrato ingresse em outros meios, como é o caso do Direito de Família e do Direito das Coisas. Como afirma Luciano de Camargo Penteado, olhando para o futuro, “todo contrato gera obrigação para, ao menos, uma das partes contratantes. Entretanto, nem todo o contrato rege-se, apenas, pelo direito das obrigações. Existem contratos de direito de empresa, contratos de direito obrigacional, contratos de direito das coisas, contratos de direito de família. No sistema brasileiro, não existem contratos de direito das sucessões, por conta da vedação do art. 426 do Código Civil, o que significa que, *de lege ferenda*, não se possa introduzir, no direito positivo, a figura, doutrinariamente admitida e utilizada na praxe de alguns países, como é o caso da Alemanha. Interessante proposição teórica seria, em acréscimo, postular a existência de contratos da parte geral, como parece ser o caso do ato que origina a associação, no atual sistema do Código Civil”.<sup>27</sup> Amplia-se a seara contratual, por exemplo, com a forte tendência de aproximação dos direitos pessoais e dos direitos reais, *desmontando* aquele antigo comparativo exposto nas aulas inaugurais sobre Direito das Coisas.<sup>28</sup> A título de exemplo dessa aproximação, cai aquela premissa de que os direitos pessoais teriam efeitos

---

mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais. Para essa construção, serviu-nos o conceito de Fernando Noronha, (NORONHA, Fernando. *Os direitos dos contratos...*, p. 115) e Daniel Sarmiento (*Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 188). As divagações aqui expostas a respeito da referida substituição e esse conceito foram expostas inicialmente em obra escrita em coautoria com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008. p. 45-50).

<sup>27</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 89.

<sup>28</sup> Esse *desmonte* pode ser percebido em obra escrita com José Fernando Simão: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. São Paulo: GEN/Método, 2008. v. 4. p. 29-33.

*inter partes* e os direitos reais efeitos *erga omnes*. Como se expõe doutrinariamente, a função social do contrato – em sua eficácia externa – traz a conclusão de que o contrato gera efeitos perante terceiros.<sup>29</sup>

Concluindo o tópico, a contemporaneidade demonstra que o futuro é de uma *contratualização de todo o direito*, um *neocontratualismo*, tese defendida há tempos por Norberto Bobbio.<sup>30</sup> Entre os portugueses, Rui Alarcão também demonstra a tendência, ao discorrer sobre a necessidade de *menos leis, melhores leis*.<sup>31</sup> Para o jurista de Coimbra, “se está assistindo a um recuso do ‘direito estadual ou estatal’, e se fala mesmo em ‘direito negociado’, embora se deva advertir que aquele recuo a esta negociação comporta perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas mas institucionais. Como quer que seja, uma coisa se afigura certa: a necessidade de novos modelos de realização do Direito, incluindo modelos alternativos de realização jurisdicional e onde haverá certamente lugar destacado para paradigmas contratuais e para mecanismos de natureza ou de recorte contratual, que têm, de resto, tradição jurídica-política, precursora de dimen-

---

<sup>29</sup> A respeito dos efeitos restritos dos direitos reais, a tendência pode ser percebida pela Súmula n. 308 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, pela qual a boa-fé objetiva faz com que a hipoteca tenha seus efeitos limitados aos celebrantes, não em relação a terceiros. Prevê a Súmula n. 308 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. A súmula surgiu dos casos de notória construtora que recebeu os pagamentos, mas não fez os devidos repasses aos agentes financeiros. Protegeu-se os consumidores adquirentes e adimplentes, restringindo-se os efeitos da hipoteca entre tal construtora e o banco. Prestigiu-se a boa-fé objetiva como preceito de ordem pública e a função social do contrato, pela proteção dos consumidores adquirentes de acordo com a ideia de justiça contratual.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crise de la democrazia e neocontrattualismo*. Roma: Editora Riuniti, 1984.

<sup>31</sup> ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 31, p. 2, 2009.

sões modernas ou pós-modernas”.<sup>32</sup> E arremata, sustentando que tem ganhado força a contratualização sociopolítica, para que exista uma sociedade mais consensual do que autoritária ou conflituosa.<sup>33</sup> Em suma, a construção de contrato serve não só para as partes envolvidas mas também para toda a sociedade.

O contrato rompe suas barreiras iniciais, não tendo limites de incidência. Um dos terrenos alcançados é o do direito digital ou eletrônico, sobre o qual se passa a expor.

## 2. O DIREITO DIGITAL OU ELETRÔNICO E O CONTRATO

Uma das marcas da contemporaneidade – ou pós-modernidade, como querem alguns -, foi o surgimento da *internet*, e o seu incremento como meio de comunicação e interação entre os povos. No âmbito jurídico, o *Direito Digital* ou *Eletrônico* ainda está em vias de formação, como qualquer ciência relacionada à grande rede virtual de computadores.<sup>34</sup> A via digital repercute diretamente na órbita civil, influenciando os contratos, o direito de propriedade, a responsabilidade civil e até o direito de família.<sup>35</sup> Na realidade da sociedade da in-

<sup>32</sup> ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 31, p. 4, 2009.

<sup>33</sup> ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 31, p. 8, 2009.

<sup>34</sup> A expressão *direito digital* é utilizada pela especialista Patrícia Peck Pinheiro, que leciona: “O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional etc.)” (PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29).

<sup>35</sup> Relativamente ao direito de família, ilustrando, pelas discussões recentes relativas à *infidelidade virtual*.

formação, podem ser apontadas como características do *Direito Digital* ou *Eletrônico*: a celeridade, o dinamismo, a auto-regulamentação, a existência de poucas leis, uma base legal na prática costumeira, o uso da analogia e a busca da solução por meio da arbitragem.<sup>36</sup>

Analisando tais características, a primeira delas é a celeridade, evidenciada pela enorme velocidade e amplitude na transmissão das informações. Essa celeridade é possível diante da existência de uma rede totalmente aberta, que supera as fronteiras e os limites entre os países e os continentes.<sup>37</sup> Há, portanto, um bloco de informações internacionalizadas pela internet. A democracia é outra de suas marcas, uma vez que todos podem participar da grande rede. Outrossim, é comum e relevante a presença de *hipernexos*, que levam o navegador ou internauta de um sítio para outro, com grande liberdade e *vias livres*.<sup>38</sup>

A segunda característica da internet é o dinamismo, eis que é possível o acesso de várias pessoas ao mesmo tempo, uma comunicação em tempo real, e a ampla facilidade de inclusão e exclusão de dados e informações. A interatividade é ponto dos mais relevantes da rede, sendo possível a existência de múltiplos contatos, com pessoas que estabelecem entre si uma verdadeira rede funcional.

---

<sup>36</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*, p. 35.

<sup>37</sup> Analisando as relações contratuais eletrônicas, Caitilin Sampaio Mulholland demonstra como características fundamentais da internet a configuração de uma rede aberta e a internacionalidade, “no sentido da superação das barreiras nacionais, já que não existe uma delimitação geográfica do ‘espaço internet’” (MULHOLLAND, Caitilin Sampaio. Relações contratuais eletrônicas. *Jornal Carta Forense*. São Paulo, p. b-11, jun. 2009).

<sup>38</sup> Como leciona José de Oliveira Ascensão, “Os vários sítios podem ser conectados por meio de hipernexos (*hyperlinks*). O cibernauta, que visita um sítio, pode a partir dele aceder a outro sítio através de vias de acesso, que nele estejam predispostas. Para esse efeito, ele não precisa de conhecer a identificação do sítio *ad quem*, pois está predisposta, embora de modo não visível, no sítio *a quo*” (ASCENSÃO, José de Oliveira. A liberdade de referência em linha e os seus limites. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Coimbra: Coimbra, v. XLII, n. 1, p. 8, 2001).

A autorregulamentação é a terceira marca a ser abordada. De fato, há a existência de poucas leis – seja no Brasil ou no exterior –, o que traz algumas dificuldades práticas. Os costumes acabam por influenciar muito as conclusões acerca da virtualidade. Muitas vezes, é preciso procurar socorro na analogia e nos princípios gerais do direito.<sup>39</sup> No caso das relações civis, servem como ponto inicial de aplicação os três princípios básicos do Código Civil de 2002, tão difundidos por Miguel Reale: a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*.<sup>40</sup>

Por fim, o *Direito Digital* busca a solução de seus conflitos por meio da arbitragem, o que está plenamente de acordo com a tendência de *desjudicialização dos conflitos civis*, amplamente difundida no Brasil nos últimos anos. Em razão de diversos fatores tem-se procurado outros meios – tidos alguns como *alternativos* ou *adequados* – para a solução das controvérsias. Entre esses modos situam-se a arbitragem, a conciliação, a mediação e a resolução de questões por outros caminhos extraprocessuais, como nos tabelionatos e cartórios extrajudiciais.

No que concerne ao *Direito Eletrônico* e o contrato, tema central do presente trabalho, há vozes na jovem doutrina civilista brasileira no sentido de criticar o Código Civil de 2002 por não tratar da contratação eletrônica. Nesse diapasão, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sustentam que “afigura-se inconcebível que, em pleno século XXI, época em que

---

<sup>39</sup> No Brasil, para tanto, serve como suporte de apoio o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual quando a lei for omissa, deve o juiz decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Em Portugal, merece destaque o art. 10º do Código Civil português, que dispõe: “(Integração das lacunas da lei). 1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. 2. Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. 3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

<sup>40</sup> Sobre esses princípios do Código Civil de 2002, ver: REALE, Miguel. *Estrutura e espírito do novo Código Civil brasileiro*. In: \_\_\_\_\_. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

vivemos uma verdadeira revolução tecnológica, iniciada especialmente após o esforço bélico do século passado, um código que pretende regular as relações privadas, em geral, unificando as obrigações civis e comerciais, simplesmente haja ignorado as relações jurídicas travadas por meio da rede mundial de computadores”.<sup>41</sup>

A crítica procede, em parte. De fato, o codificador civil quedou-se dessa tarefa, talvez a relegando ao legislador especial, ainda em elaboração. Porém, é perfeitamente possível trabalhar com o Código Civil de 2002 – e com o Código de Defesa do Consumidor quando houver relação de consumo – para resolver as questões atinentes à contratação eletrônica.<sup>42</sup> Essa ainda é a melhor solução, até que se aprove um dos diversos projetos de lei em trâmite a respeito da matéria.<sup>43</sup>

O Código Civil brasileiro adotou um *modelo aberto contratual*, ao possibilitar no seu art. 425 a criação de *contratos atípicos*, aqueles sem previsão legal, incluindo a possibilidade de soma de elementos de outros contratos, típicos ou atípicos (*contratos mistos*).<sup>44</sup> Seguiu, nesse contexto, o exemplo do art.

---

<sup>41</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV, t. I. p. 89.

<sup>42</sup> Conforme conclusão que consta em: TARTUCE, Flávio. A formação do contrato no novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a via eletrônica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4. p. 277-281.

<sup>43</sup> A respeito dos temas *contratos eletrônicos* e *comércio eletrônico*, podem ser citados, entre outros, os seguintes projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados no Brasil: PL n. 979/2007, PL n. 717/2007, PL n. 3.213/2004, PL n. 7.093/2002, PL n. 4.906/2001, PL n. 1.589/1999 e PL n. 1.483/1999.

<sup>44</sup> O dispositivo recebeu claras influências do trabalho acadêmico do professor Álvaro Villaça Azevedo, da Universidade de São Paulo (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*). Isso é observado por Jones Figueirêdo Alves, que atuou como assessor parlamentar do Deputado Ricardo Fiúza quando da elaboração da codificação brasileira de 2002, que assim escreve sobre Villaça: “Ele é o autor de consagrada tese, onde analisa a classificação dos contratos atípicos” (ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 388).



405º do Código Civil português.<sup>45</sup> Na opinião deste autor, deve-se considerar como atípico o contrato que assume a forma eletrônica, diante das peculiaridades surgidas no meio digital. Assim, o contrato digital, na maioria das vezes, será um contrato atípico misto. Somados ao elemento da atipicidade eletrônica, podem estar elementos típicos, como é o caso, por exemplo, da compra e venda eletrônica, que tem elementos de contrato típico (compra e venda) e de contrato atípico (via digital). Em suma, a partir das lições de Villaça Azevedo, o contrato, via de regra, é atípico misto com elementos típicos + atípicos.

A contratação eletrônica ainda pode se enquadrar em uma relação de consumo, desde que preenchidos os requisitos constantes dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990.<sup>46</sup> Exemplificando, se alguém adquire de um profissional, via internet, em um site especializado livros, cds, dvds, entre outros bens para consumo, como destinatário final haverá uma compra e venda eletrônica e de consumo, regida pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, em um sentido de complementaridade. Como se sabe, a difusão da *teoria do diálogo das fontes* – de Erik Jayme e Cláudia Lima Marques – no Brasil superou a

---

<sup>45</sup> Código Civil português: “Art. 405º. (Liberdade contratual). 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”.

<sup>46</sup> Esses dois comandos formam o roteiro seguro para a configuração de uma relação de consumo ou de um contrato de consumo. Vejamos: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

premissa brasileira de que Código Civil e Código de Defesa do Consumidor constituíram sistemas fechados e autossuficientes (microsistemas ou microcosmos).<sup>47</sup> A incomunicabilidade foi superada pelo diálogo de interação entre as normas. As duas leis não se excluem, mas se complementam, até porque adotam regimes contratuais bem próximos.<sup>48</sup>

Um tema relevante a respeito da contratação eletrônica, sempre discutido, é o da formação dos contratos eletrônicos. Nesse assunto, pode-se notar a amplitude de incidência do diálogo das fontes. Isso porque o Código Civil brasileiro de 2002 traz regras atinentes à formação dos contratos (arts. 427 a 435); enquanto o Código de Defesa do Consumidor brasileiro disciplina a oferta (arts. 30 a 38). Ora, no último exemplo citado, deve-se buscar nas duas normas a solução de casos concretos, presente uma compra e venda eletrônica e de consumo. Aliás, note-se que o conceito de compra e venda não consta do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, mas do Código Civil de 2002, no seu art. 481, comando aqui já transcrito.

Dois dispositivos do Código Civil brasileiro são fundamentais para o *diálogo* a respeito da formação de qualquer contrato, incluindo o contrato eletrônico. De início, o seu art. 427, que prevê a força vinculativa da proposta, desde que apresente os elementos fundamentais do contrato, comando legal que é a

---

<sup>47</sup> Sobre o tema do *diálogo das fontes*: JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Haye: Kluwer, 1995; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

<sup>48</sup> A aproximação principiológica entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor brasileiro foi reconhecida quando da *III Jornada de Direito Civil* do Superior Tribunal de Justiça, aprovando-se o Enunciado n. 167, com a seguinte redação: "Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos".

base também para os contratos de consumo.<sup>49</sup> Ainda, anote-se a relevância do art. 429 do mesmo Código, que trata da oferta ao público, a qual, muitas vezes, é realizada na internet em sites especializados.<sup>50</sup>

O Código Civil brasileiro vigente manteve a divisão que constava da codificação anterior, cindindo a formação dos contratos em contratos entre presentes (*inter praesentes*) e entre ausentes (*inter absentes*).<sup>51</sup> A partilha é clássica, tendo sido repetida pelas leis e codificações através do tempo.<sup>52</sup> A dúvida inicial reside em saber se o contrato digital ou eletrônico é celebrado entre presentes ou entre ausentes. Conforme manifestado em artigo anterior, este autor continua a concluir que, em regra, haverá contratação entre presentes.<sup>53</sup> A conclusão é mantida pela leitura do art. 428, inc. I, do Código Civil brasileiro, que assim dispõe: “Deixa de ser obrigatória a proposta: I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. *Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante*” (grifo nosso).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a internet é um meio de comunicação pelo menos semelhante ao telefone.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Código Civil brasileiro: “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

<sup>50</sup> Código Civil brasileiro: “Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada”.

<sup>51</sup> Do Código Civil brasileiro de 1916 essa divisão poderia ser retirada dos arts. 1.080 a 1.086.

<sup>52</sup> Como se pode observar, de forma marcante quanto à análise histórica, da obra clássica de Darcy Bessone de Oliveira Andrade (*Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 26-94).

<sup>53</sup> TARTUCE, Flávio. A formação do contrato no novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a via eletrônica, p. 277-281.

<sup>54</sup> No mesmo sentido, conclui Caitilin Mulholland que “os contratos celebrados via Internet, por analogia ao sistema utilizado no caso dos contratos celebrados pelo telefone, e utilizando-se do mesmo princípio da interatividade e comunicação direta,

Em verdade, em regra, a velocidade das informações é tão próxima quanto a telemática, ou até maior. Veja-se, ilustrando, a existência da comunicação verbal digital (por exemplo, via MSN, SKYPE, videoconferência ou teleconferência). Em casos tais, sendo feita a proposta em tempo real – entre presentes –, o contrato será formado no momento em que o oblato ou policitado – aquele que recebe a proposta do proponente ou policitante –, concorda com esta, tornando-se aceitante.<sup>55</sup> Em suma, o negócio é formado e concretizado com o encontro de vontades das partes, em uma *explosão volitiva*.

Todavia, como exceção, o contrato eletrônico pode ser celebrado entre ausentes, como acontece nas hipóteses de contratação por e-mail, em que não há possibilidade de certa rapidez no jogo *pergunta e resposta* relativamente à proposta de contratar.<sup>56</sup>

O Código Civil brasileiro de 2002, também a exemplo do seu antecessor, manteve duas teorias a respeito dos contratos entre ausentes. Como regra, o art. 434, *caput*, da codificação consagra a *teoria da agnição, na subteoria da expedição*,

---

devem considerar-se como contratos celebrados entre presentes, sendo a estes atribuídos os efeitos quanto à sua formação e conclusão. A rapidez no intercâmbio eletrônico de dados, característica da tecnologia da sociedade da informação, tende a reduzir a importância da referida disparidade de soluções, na medida em que facilita a simultaneidade das comunicações, fato em que o caráter instantâneo e não sucessivo da informação do contrato provoca a consideração de que o contrato eletrônico se refere a um tipo de contrato realizado entre presentes”. (MULHOLLAND, Caitilin Sampaio. *Relações contratuais eletrônicas*, p. b-11).

<sup>55</sup> Nesse sentido, ver as observações de José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II: *Acções e factos jurídicos*. p. 477-478).

<sup>56</sup> Assim leciona José de Oliveira Ascensão a respeito da tentativa de contratação por e-mail: “Mas, mesmo neste caso, não há uma formulação comum do texto negocial, como acontece nos contratos entre presentes. Há uma distinção bem nítida do que pertence a um e do que pertence a outro participante. Pelo que é mais coerente considerar que o contrato é entre ausentes – como o é o contrato celebrado através da troca quase imediata de *faxes*. Aplica-se assim o período de duração de proposta dos contratos entre ausentes, se nada na relação manifestar disposição diversa dos participantes” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*, p. 78).

uma vez que o contrato entre ausentes é formado no momento em que a aceitação é expedida por aquele que a recebeu. Como exceção, foi ainda consagrada a *teoria da agnição, na subteoria da recepção*, eis que o contrato entre ausentes pode ser formado a partir do momento em que aquele que fez a proposta, o proponente, recebe a resposta do aceitante.<sup>57</sup> A última teoria, retirada dos incs. I, II e III do art. 434 do Código Civil brasileiro, pode ser aplicada, por exemplo, se as partes envolvidas convencionarem a sua incidência.<sup>58</sup>

A dúvida existente é qual a teoria a ser adotada havendo contratos eletrônicos ou digitais entre ausentes. No Brasil, tem prevalecido o entendimento da aplicação da ideia de recepção, o que pode ser constatado pela redação do Enunciado n. 173 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, em 2004, cuja redação é a seguinte: “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente”. Foi proponente do enunciado doutrinário o promotor de justiça do Estado do Rio de Janeiro Guilherme Magalhães Martins, autor de trabalhos importantes a respeito do tema. Foram as suas justificativas fundamentais:

“Baseia-se a teoria da recepção na presunção de que, a partir do recebimento da carta, o respectivo conteúdo se considera conhecido do destinatário, o que, do ponto de vista probatório, apresenta significativa vantagem em face da teoria da expedição, na qual, embora os efeitos do contrato tenham seu ponto de partida na remessa da aceitação, é sempre prudente, para agir sem receio, que se aguarde a chegada dela ao destinatário, o que implica, na prática, adotar a teoria da recepção.

---

<sup>57</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 416-417.

<sup>58</sup> Vejamos a redação do art. 434 do Código Civil brasileiro: “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”. Como se pode notar dos incs. II e III, as partes podem convencionar que será aguardada a recepção da resposta do aceitante.

Evita-se, portanto, o ponto fraco da teoria da expedição, que vem a ser a possibilidade de a carta vir a ser extraviada ou retirada enquanto não chegar ao destinatário, embora o contrato já tenha se formado desde a expedição da aceitação. Isso se justifica em face da insegurança do correio eletrônico como meio de comunicação, na medida em que a comunicação entre as partes se dá por meio de provedores de acesso, tanto o do proponente como o do aceitante, não havendo sequer uma garantia acerca de se ou quando o e-mail alcançará o seu destino, tendo o legislador de 2002 perdido uma valiosa oportunidade para regular a matéria. Por esse motivo, o e-mail não apresenta qualquer analogia em face dos meios de comunicação marcados pela instantaneidade, como o telefone ou o telex, ao passo que as regras dos contratos por correspondência igualmente não se aplicam, pois têm como pressuposto uma única organização responsável pelo serviço postal, na qual as partes possam razoavelmente confiar. É por esse motivo que a lei modelo da UNCITRAL acerca do comércio eletrônico, em seu artigo 15, adota a teoria da recepção, ao dispor que a mensagem de dados considera-se expedida quando do seu ingresso em um sistema de informação que se situe além do controle do emissor ou daquele que a enviou em nome deste. Tal regra foi adotada pelo art. 22 do projeto n. 4.906-A/2001, atualmente em tramitação no Congresso Nacional”.<sup>59</sup>

A teoria da recepção parece ser mesmo a mais utilizada para a formação dos contratos eletrônicos entre ausentes, conforme aponta Ricardo Luís Lorenzetti.<sup>60</sup>

Em Portugal, procurou-se valorizar a recepção por meio do Decreto-Lei n. 7/2004, de 7 de janeiro, que transpôs para aquele país a Diretriz Europeia n. 00/31, a respeito do comércio eletrônico. O art. 29º do decreto trata da ordem de encomenda e aviso de recepção na contratação eletrônica, prevendo em seu

---

<sup>59</sup> As propostas de enunciados foram enviadas para os participantes das *Jornadas*, caso do autor deste artigo. O então proponente utilizou a seguinte fonte doutrinária, de sua autoria: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 180-184.

<sup>60</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. Contratos “Eletrônicos”. Direito & internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. II. p. 571.

item 1 que “Logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente eletrônica, o prestador de serviços *deve acusar a recepção igualmente por meios eletrônicos*, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora” (grifo nosso). Percebe-se que a recepção é a regra, podendo ser afastada por convenção entre as partes. O aviso de recepção é do proponente, após o recebimento da aceitação, havendo um envio a mais, em prol da segurança.

Em complemento, fica dispensado o aviso de recepção da encomenda nos casos em que há a imediata *prestação em linha* – por site –, do produto ou serviço (item 2). O mencionado aviso de recepção deve conter a identificação fundamental do contrato a que se refere, em prol do dever de informar e da boa-fé objetiva (item 3). Em reforço, prevê a norma segundo a qual o prestador satisfaz o dever de acusar a recepção se enviar a comunicação para o endereço eletrônico que foi indicado ou utilizado pelo destinatário do serviço (item 4). Por fim, dispõe a norma em que a encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida (item 5).

De fato, parece que nos dois sistemas – brasileiro e português – a valorização da recepção tem o condão de reforçar a certeza e a segurança jurídica. Ambas não foram esquecidas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que tratou da oferta entre os seus arts. 30 a 38. Na contratação eletrônica tem grande aplicação o art. 30 da Lei n. 8.078/1990, dispositivo que vincula o conteúdo do contrato, o produto e o serviço às informações prestadas anteriormente.<sup>61</sup>

Outro comando consumerista de grande importância para a negociação digital é o art. 31 de mesma norma, que impõe

---

<sup>61</sup> Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

o dever de prestação de informações precisas e corretas a respeito do produto ou do serviço que está sendo fornecido, o que pode ser por meio da grande rede.<sup>62</sup> Ilustrando, se alguém adquire um produto para consumo em uma grande rede de lojas pela internet, as informações ali apresentadas vinculam o fornecimento. Ademais, as informações devem ser corretas e completas, para que o consumidor não seja induzido a erro em sua compra. Anote-se que, em caso de venda por amostra, o Código Civil brasileiro de 2002, inspirado pelo Código Consumerista, também trouxe regra de vinculação às informações anteriores, pela regra do seu art. 484, parágrafo único.<sup>63</sup>

A jurisprudência brasileira tem responsabilizado solidariamente os envolvidos e beneficiados pela venda eletrônica, havendo desrespeito às informações prestadas anteriormente ou não entrega do produto, aplicando a presunção de solidariedade na prestação e no fornecimento, retirada do art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>64</sup> A conclusão é correta, pela incidência da *teoria da aparência*, podendo ser encontradas decisões com conteúdo bem interessantes, incluindo o direito à indenização por danos morais ao consumidor

---

<sup>62</sup> Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

<sup>63</sup> Código Civil brasileiro: “Art. 484. Se a venda se realizar à vista de amostras, protótipos ou modelos, entender-se-á que o vendedor assegura ter a coisa as qualidades que a elas correspondem. Parágrafo único. Prevalece a amostra, o protótipo ou o modelo, se houver contradição ou diferença com a maneira pela qual se descreveu a coisa no contrato” (grifo nosso).

<sup>64</sup> Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (grifo nosso).



lesado.<sup>65</sup>

Encerrando o presente tópico, resta claro que no quesito

---

<sup>65</sup> Cite-se, de início, ementa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a respeito da solidariedade digital consumerista: “DIREITO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PELA INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INTERMEDIÇÃO DE COMPRA E VENDA. AQUISIÇÃO DE PRODUTO POR MEIO DO SITE. DEPÓSITO EFETUADO. PRODUTO NÃO ENTREGUE. CULPA SOLIDÁRIA DE TERCEIRO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA. DANO MATERIAL CARACTERIZADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Demonstrado está o defeito na prestação do serviço do recorrente, diante do fato incontroverso de o recorrido não ter recebido o produto adquirido, não obstante ter efetuado o depósito bancário devido, além de todas as tentativas e contatos mantidos com o vendedor do produto e com a recorrente. 2. Diante do conjunto probatório e tendo em vista o prejuízo material suportado pelo recorrido, no importe de R\$ 1.100,00, relativo à aquisição frustrada de um produto anunciado pela recorrente, há que se reconhecer a ocorrência do dano e, sendo objetiva a responsabilidade da recorrente, impõe-se o dever de indenizar”. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Recurso n. 2006.01.1.113312-4, Acórdão n. 333.820, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel. Juiz Robson Barbosa de Azevedo, *DJDFTE* 03/12/2008, p. 92). Do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, com mesma conclusão, incluindo os danos morais: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMÉRCIO PELA INTERNET. MERCADO LIVRE. FRAUDE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ. DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. 1. Legitimada passivamente se encontra a ré que qualifica seus clientes, serve de intermediária para pagamentos, cobra comissões, integrando assim a cadeia de fornecedores de serviço. 2. Tendo o autor adquirido televisor, por intermédio do Site de Leilão eletrônico, efetuando o depósito na conta da pessoa cadastrada como vendedora e que desfrutava de qualificação positiva no Site, sugerindo inclusive confiabilidade pela possibilidade de garantia de sua atividade em Programa de Proteção ao Consumidor, por certo que há responsabilidade solidária da ré Mercado Livre. A situação danosa só restou possível pela omissão da aludida ré, ainda que como prestadora de serviços de intermediação, daí decorrendo o nexo de causalidade. 3. O descumprimento ao dever de informar se dá, pois a ré recusou-se ao pagamento da indenização sob o pretexto de o vendedor não ter sido qualificado negativamente. Todavia, a confirmação do comprador de que recebeu o produto em perfeitas condições há de ser solicitada e não presumida pelo decurso do prazo de quatorze dias, prazo esse do qual não se encontrava plenamente ciente o autor, não havendo assim como argumentar com a culpa exclusiva da vítima. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível n. 71001431295, Passo Fundo, Primeira Turma Recursal Cível, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, julgado em 19/12/2007, *DOERS* 28/12/2007, p. 33).

*formação dos contratos eletrônicos*, pela realidade atual legislativa brasileira – até o surgimento de leis específicas a respeito do tema –, é preciosa a incidência da teoria do *diálogo das fontes*, procurando-se *diálogos de complementaridade* entre o Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor.

### 3. PRINCÍPIOS SOCIAIS CONTRATUAIS E CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA

Os seis anos iniciais do Código Civil brasileiro demonstram a importância teórica e prática dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva. É imperioso lembrar que, antes mesmo da sua entrada em vigor, parte da doutrina brasileira apontava que tais conceitos iriam revolucionar o direito contratual nacional, o que de fato, em certa medida, vem ocorrendo. Conforme anotado anteriormente, a principal decorrência prática desse *dueto principiológico* tem sido a mitigação da força obrigatória das convenções, em prol da justiça contratual e de uma adequação do negócio à realidade que o cerca.

De início, a função social do contrato foi positivada como princípio pelo art. 421 do Código Civil brasileiro, comando que enuncia que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Conforme exposto em outro trabalho, este autor segue a doutrina de Álvaro Villaça Azevedo e Antonio Junqueira de Azevedo, no sentido de que a norma tem dois equívocos técnicos.<sup>66</sup>

O primeiro equívoco se refere ao termo *liberdade de contratar*, que diz respeito à liberdade para celebrar o contrato com qualquer um que seja. O correto seria o dispositivo mencionar a *liberdade contratual*, aquela relacionada com o conteúdo da avença, esta, sim, limitada pela função social ou finalidade coletiva do negócio. O segundo equívoco é relativo à

---

<sup>66</sup> TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 239-243.

conclusão de que a função social do contrato não é razão do contrato, mas limite. A razão do contrato é a autonomia privada. Os dois erros possivelmente serão corrigidos pelo Projeto de Lei n. 276/2007, que tem origem no antigo Projeto n. 6.960/2002, de autoria original de Ricardo Fiúza, deputado que teve papel fundamental para a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro.

Relativamente à função social do contrato, como foi exposto no presente artigo, há certo desenvolvimento na doutrina e na jurisprudência brasileira, podendo ser encontrados debates a respeito do tema nos Tribunais Superiores brasileiros.<sup>67</sup> Nesse contexto, tem prevalecido a dupla eficácia do princípio, ou seja, que ele incide entre as partes (*eficácia interna*) e ainda para além das partes (*eficácia externa*). Essa foi a conclusão doutrinária das *Jornadas Brasileiras de Direito Civil*.

Para a contratação eletrônica, parece ser fundamental a questão da eficácia interna, notadamente a relação que se tem feito com a proteção do vulnerável negocial, a parte mais fraca da relação; bem como com a ideia de *justiça contratual*.

No Brasil, há o desenvolvimento dessa proteção, desde a legislação trabalhista pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Contribuiu para esse incremento o Código de Defesa do Consumidor, a completar vinte anos, que praticamente trouxe uma nova forma de pensar as relações privadas contratuais. O Código Civil brasileiro de 2002 alargou essa tendência, ao tutelar o aderente nos seus citados arts. 423 e 424, comandos inspirados na própria legislação consumerista. Pode-se dizer que,

---

<sup>67</sup> Tratando da função social do contrato, no Superior Tribunal de Justiça brasileiro, mencione-se: Recurso especial n. 1062589/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 24/03/2009, *DJe* 06/04/2009; Recurso especial n. 468.062/CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, *DJe* 01/12/2008; Agravo regimental no recurso especial n. 841.942/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2008, *DJe* 16/06/2008; Recurso especial n. 476.649/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/11/2003, *DJ* 25/02/2004, p. 169; Recurso especial n. 691.738/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/05/2005, *DJ* 26/09/2005, p. 372.

como corolário da função social do contrato, a CLT protege o trabalhador, o CDC protege o consumidor e o CC/2002 tutela o aderente. Não é possível afastar a função social do contrato desse sentido de proteção, sendo correta a conclusão de que as legislações trabalhista e consumerista trazem o princípio de forma implícita.

Pois bem, a função social do contrato pode entrar em cena para a proteção do contratante eletrônico, quando está ele desprovido dos conhecimentos técnicos para essa negociação, o que é bem comum, pela incomensurabilidade do conhecimento cibernético. De toda a sorte, a verdade é que será ele, na maioria das situações, um consumidor ou um aderente e, por tal, merecerá a tutela legislativa de proteção. Advirta-se que as construções *contrato de consumo* e *contrato de adesão* não se confundem necessariamente. No caso brasileiro, o contrato de consumo é aquele pelo qual um profissional fornece produto ou presta serviço a um consumidor destinatário final, fático e econômico (arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor). O contrato de adesão pode ser vislumbrado como aquele em que o estipulante impõe o conteúdo do negócio e deixa à outra parte, o aderente, duas opções: aceitar ou não. Há a ideia do *pegar ou largar*, difundida pelos americanos (*take it or leave it*). Na contratação eletrônica é comum a forma de adesão por meio do modelo *click and wrap agreements*, pelo qual, segundo Lorenzetti, há a prática de “fazer um *clik* sobre uma área que diz ‘aceito’, ou se aceita uma vez que se ‘baixa’ ou ‘carrega’ um produto ou um programa ou uma forma similar, o que implica em aderir a condições gerais”.<sup>68</sup>

Na prática, na maioria das vezes, o contrato de consumo é de adesão, e vice-versa. Porém, podem ser vislumbradas situações em que o contrato é de adesão sem ser de consumo. Imagine-se, por exemplo, um contrato de franquia, celebrado digitalmente. Nesse caso, não se aplica a proteção do consumidor,

---

<sup>68</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. Contratos “Eletrônicos”. Direito & internet, p. 579.

mas, sim, a do aderente (arts. 423 e 424 do CC).

Destaque-se que Vincenzo Roppo, em recente artigo publicado no Brasil, aponta a tendência de proteção da parte negociada não somente nos contratos de adesão, mas no que denomina como *contratos assimétricos*, aqueles que se identificam pela clara presença de uma disparidade.<sup>69</sup> O autor chega a afirmar que *a figura do contrato de consumo é a do passado, enquanto a do contrato assimétrico é a do futuro, sendo este último filho do contrato de consumo*. E conclui: “Os indícios desta generalização do paradigma – cada vez mais aplicados à proteção de sujeitos de mercado ‘fracos’, que não correspondem necessariamente aos consumidores – são numerosos. Apresentam-se nos direitos nacionais de importantes Estados europeus”.<sup>70</sup>

No tocante à contratação eletrônica, deve-se imaginar essa proteção estendida ao *hipossuficiente técnico ou informacional*, aquele que não domina as informações dessa forma especial de contratação. E não há dúvida de que, na maioria das vezes, esse desprovido informacional será o oblato ou aceitante, aquele que recebe a proposta pela rede do proponente ou ofertante.<sup>71</sup> Ilustrando, a proteção da função social do contrato aplica-se àquele que adquire um produto pela net, não dominando a contratação e não tendo o contato efetivo com a coisa a ser comprada. Na jurisprudência brasileira, pode ser encontrada decisão judicial com tal dedução, pela presença de uma oferta

---

<sup>69</sup> ROPPO, Vincenzo. Morte e transfiguração do contrato de consumo? In-Pactum. Publicação quadrimestral da *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco*. Recife: UCAP, ano 1, n. 3, p. 1, jan./abr. 2009.

<sup>70</sup> ROPPO, Vincenzo. Morte e transfiguração do contrato de consumo? In-Pactum. Publicação quadrimestral da *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco*. Recife: UCAP, ano 1, n. 3, p. 1, jan./abr. 2009.

<sup>71</sup> Nessa linha, opina Ricardo Luís Lorenzetti que “Aquele que faz a oferta tem um controle sobre o meio eletrônico que o aceitante não possui, além de ser o iniciador do processo; por essa razão, se lhe exige que confirme a recepção da mensagem da aceitação” (LORENZETTI, Ricardo Luís. *Contratos “Eletrônicos”*. Direito & internet, p. 566).

ou publicidade enganosa. O julgador aplica a função social do contrato e a boa-fé objetiva em uma relação de interação ou simbiose, mitigando a força obrigatória do contrato.<sup>72</sup>

Ao lado da função social do contrato, tem exercido pa-

---

<sup>72</sup> “CIVIL. CDC. PUBLICIDADE ENGANOSA. DANOS MORAIS E MATERIAIS SUPORTADOS. PRODUTO OFERTADO COMO REMÉDIO PARA EMAGRECIMENTO. COMPRA DO PRODUTO. INEFICÁCIA. INDUÇÃO DO CONSUMIDOR A ERRO. ENGANOSIDADE. QUEBRA DA BOA-FÉ CONTRATUAL. ART. 422, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002. ABUSO DE DIREITO. CARÁTER VINCULATIVO DA PROPOSTA. ARTS. 30 E 37, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI N. 8.078/90. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRODUTO CONSIDERADO COMO ALIMENTO COM PUBLICIDADE SUSPensa PELA ANVISA. PUBLICIDADE VIA INTERNET. NEXO CAUSAL E DANO CONFIGURADOS. OFERTA. PUBLICIDADE. PROMESSA DE EFEITOS NÃO EVIDENCIADOS. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, INCISOS V E X, DA CF/88 C/C ART. 12 C/C ARTS. 30, 35, III, 37 E 39, IV, 47, DO CDC, LEI N. 8.078/90. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 38 DA LEI N. 8.078/90, ALÉM DE CONSIDERAR ‘IN CASU’ A HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA EVIDENTE. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR À LUZ DO ART. 6º, VIII, DO CDC. DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO QUE SE IMPÕE. DANO MORAL CARACTERIZADO. CONSTRANGIMENTO, ABALO MORAL, FRUSTRAÇÃO, ANGÚSTIA E INDUÇÃO A ERRO APROVEITANDO-SE DA FRAGILIDADE E DA BOA-FÉ DE CONSUMIDORA HIPOSSUFICIENTE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FIXAÇÃO DO QUANTUM EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS REGULADORES DA MATÉRIA, SOB O BALISAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DAS TURMAS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. UNÂNIME. [...]. Função social do contrato e interpretação do contrato de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, do CDC – Lei n. 8.078/90). 5 – Constitui publicidade enganosa (art. 37, §1º, do CDC) o anúncio de empresa que oferta produto para emagrecer na internet, desconsiderando proibição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (suspensão determinada), fazendo promessas de perda de dois quilos por semana. Resultado proclamado não obtido após cumprimento das orientações previstas. Angústia, constrangimento, frustração e indignação anormais, que excedem o que se entende como naturais, regulares por força da vida em coletividade. Quebra da boa-fé. O art. 30, do CDC, consagra o princípio da boa-fé que deve vigorar nas relações de consumo desde a fase pré-contratual, visando tal norma coibir os abusos praticados por intermédio do chamado marketing, obrigando o fornecedor a cumprir o prometido em sua propaganda. [...] Sentença reformada. Unânime”. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Acórdão n. 2007.07.1.003002-4, Segunda Turma Recursal, Rel. Juiz Alfeu Machado; DJU 24/09/2007, p. 113).

pel importante a boa-fé objetiva, que é expressa como princípio no Código de Defesa do Consumidor brasileiro (art. 4º, inc. III)<sup>73</sup> e no Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 113, 187 e 422).<sup>74</sup>

A respeito do desenvolvimento da boa-fé objetiva, em muito contribuiu a obra de Menezes Cordeiro, professor da Universidade de Lisboa.<sup>75</sup> Ademais, não se pode afastar as influências que o Código Civil brasileiro recebeu do Código Civil português, de 1966. De início, deve ser citado o art. 227º do Código lusitano, o qual enuncia a respeito da culpa na formação dos contratos, posto que quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. Em reforço, o art. 334º consagra o abuso de direito, ao dispor que “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direi-

---

<sup>73</sup> Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses económicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios; [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento económico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem económica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na *boa-fé* e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (grifo nosso).

<sup>74</sup> Código Civil brasileiro: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>75</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. No Brasil, merecem menção, por todos, os trabalhos de Clóvis do Couto e Silva (*A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976) e Judith Martins-Costa (*A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999).

to”.<sup>76</sup>

A boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito, que saiu do plano psicológico (*plano intencional, boa-fé subjetiva*) para o plano da conduta concreta dos participantes negociais (*plano da lealdade, boa-fé objetiva*). Três são as funções que a boa-fé objetiva exerce na codificação privada brasileira e que incidem diretamente na contratação eletrônica. De início, há a *função de interpretação*, retirada do citado art. 113 do CC, uma vez que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé ou até mais, de maneira mais favorável a quem esteja agindo de boa-fé. A segunda é a *função de controle*, pois aquele que viola a boa-fé objetiva no exercício de um direito comete abuso de direito, nova modalidade de ilícito, o que pode repercutir em um contrato ou fora dele (art. 187 do CC). Por fim, tem-se a *função de integração*, eis que a boa-fé objetiva deve integrar todas as fases contratuais: pré-contratual, contratual e pós-contratual (art. 422 do CC).<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Fazendo a análise confrontada do dispositivo português em relação ao comando brasileiro, teve grande repercussão no Brasil o instigante artigo de José de Oliveira Ascensão: A desconstrução do abuso de direito.

<sup>77</sup> Cumpre mais uma vez transcrever o art. 422 do Código Civil brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. A transcrição é necessária, uma vez que são bem conhecidas as críticas formuladas por Antonio Junqueira de Azevedo, antes mesmo da entrada em vigor do atual Código, pois o dispositivo seria insuficiente por não fazer menção à fase pré-contratual (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil – atualmente Código aprovado – na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004). Para suprir tal deficiência, nas *Jornadas de Direito Civil* foram aprovados dois enunciados doutrinários. O primeiro deles é o de número 25, sendo dirigido ao juiz (ou até aos árbitros): “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. O segundo, de número 170, é dirigido às partes negociais: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. A respeito da responsabilidade pré-contratual, ver, ainda: VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. Separata da obra *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2006.



A respeito da aplicação da boa-fé objetiva nas fases pré-contratual e pós-contratual eletrônica passa este autor a discorrer, sendo estes os pontos fundamentais do presente artigo científico.

#### 4. CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA E RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL

A boa-fé objetiva, aquela que existe no plano da conduta de lealdade, é associada com os *deveres anexos, laterais ou secundários*, presentes em qualquer obrigação ou contrato. Conforme se extrai da obra de Karl Larenz, a boa-fé conduz à criação de particulares deveres de conduta, caso do *dever de informar* e do *dever de diligência*.<sup>78</sup> Seguindo tais ensinamentos, Mário Júlio Almeida Costa destaca que “os deveres laterais encontram-se sistematizados pelos autores em vários tipos, como os deveres de cuidado, providência e segurança, os deveres de aviso e de informação, os deveres de notificação, os deveres de cooperação, os deveres de proteção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da contraparte”.<sup>79</sup> Tais deveres são considerados anexos, secundários ou laterais, pois estão ligados ao *dever principal* que nasce da obrigação e do contrato.

A partir das lições de Clóvis do Couto e Silva, passou-se a lecionar no Brasil que os *deveres anexos, secundários ou laterais abrangem todo o curso da relação jurídica obrigacional*, ou seja, todas as suas fases: pré-contratual, contratual e pós-contratual.<sup>80</sup> Esses ensinamentos acabaram por influenciar a elaboração do Código Civil brasileiro, apesar das deficiências do seu art. 422, que não faz menção à fase pré-contratual. Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor do Brasil trouxe

---

<sup>78</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1. p. 154-155.

<sup>79</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 77-78.

<sup>80</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*.

esse espírito de proteção da boa-fé, merecendo destaque o art. 48 da Lei n. 8.078/1990, que dispõe a respeito da vinculação de escritos emitidos nas fases pré e pós-negocial<sup>81</sup>. Além disso, cite-se a proteção específica a respeito da oferta e publicidade, aqui exposta e comentada (arts. 30 a 38 do CDC).

No Brasil, a exemplo de outros países, tem-se associado a quebra dos deveres anexos à *violação positiva do contrato*, conforme a tese desenvolvida na Alemanha por Staub.<sup>82</sup> Surge, assim, uma nova modalidade de inadimplemento, ao lado do inadimplemento absoluto e relativo (mora), conforme reconhecido na *I Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 24, cuja redação é a seguinte: “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Vários são os julgados brasileiros que podem ser encontrados a respeito da fase pré-contratual e da responsabilidade civil que pode decorrer desse momento obrigacional. Mencione-se acórdão do Tribunal de São Paulo, o qual concluiu que, quando da fase de tratativas de um compromisso de compra e venda, o vendedor deve agir com diligência, informando ao comprador a existência de dívidas, de protestos ou de demandas, sob pena de sua responsabilização.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos”.

<sup>82</sup> A obra de referência no Brasil é de Jorge Cesa Ferreira da Silva (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

<sup>83</sup> “CONTRATO. RESCISÃO. Negócio interrompido pela certificação de que os compromissários-vendedores apresentavam diversos protestos de títulos. Regular notificação para a dissolução da avença. Apuração de falsidade de documento. Má-fé dos requeridos demonstrada. Retenção do sinal a título de indenização por perdas e danos. Inadmissibilidade. Violação do princípio da boa-fé objetiva, inclusive na fase pré-contratual. Sentença de procedência mantida. Recurso dos réus improvido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação com revisão n. 412.119.4/7, Acórdão n. 2652529, Santo André, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano La-

Não é diferente a conclusão jurisprudencial brasileira quanto à fase pós-contratual. Assim, tem-se concluído que o credor que recebe a dívida ou faz acordo para liquidá-la tem o dever decorrente da boa-fé de retirar o nome do devedor de cadastro de inadimplentes, sob pena de surgir a sua responsabilidade pós-contratual ou *post pactum finitum*.<sup>84</sup>

Todas essas premissas devem ser aplicadas aos contratos eletrônicos, valorizando-se a boa-fé objetiva em todas as fases da negociação digital. Como leciona Ricardo Luís Lorenzetti, o *dever de informação* como dever lateral do contrato eletrônico pode ser percebido quando o ofertante, por ter mais informações do que o aceitante, noticia o último a respeito do meio tecnológico utilizado, do produto ou o serviço que contém a oferta e dos aspectos legais referentes ao negócio, entre outros.<sup>85</sup> O jurista argentino menciona também o *dever de confirmação*, pois aquele que faz a oferta deve confirmar a recepção da mensagem de aceitação da outra parte.<sup>86</sup> Por fim, cita o *dever de segurança*, que deve estar presente no ambiente virtual de prestação de serviços.<sup>87</sup>

Essas ideias orientaram, em Portugal, a elaboração do Decreto-Lei n. 7/2004. Para iniciar tal análise e constatação, o

---

grasta, julgado em 11/06/2008; DJESP 27/06/2008).

<sup>84</sup> Nesse sentido a conclusão dos juízes do Estado de São Paulo, atuantes nos Juizados Especiais Cíveis, tendo sido aprovado enunciado jurisprudencial com o seguinte teor: "O CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS RESTRITIVOS DE CRÉDITO APÓS O PAGAMENTO DEVE SER PROCEDIDO PELO RESPONSÁVEL PELA INSCRIÇÃO, EM PRAZO RAZOÁVEL, NÃO SUPERIOR A TRINTA DIAS, SOB PENA DE IMPORTAR EM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL". (Súmulas do I Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). "COMUNICADO. O Corregedor-Geral da Justiça, DESEMBARGADOR GILBERTO PASSOS DE FREITAS, comunica que no dia 04 de maio de 2006, a partir das 17h30, foi realizado o I ENCONTRO DO PRIMEIRO COLÉGIO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA CAPITAL, no 20º andar do Fórum João Mendes Junior, salas 2000, 2001, 2003 e 2005".

<sup>85</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. Contratos "Eletrônicos". Direito & internet, p. 565.

<sup>86</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. Contratos "Eletrônicos". Direito & internet, p. 566.

<sup>87</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. Contratos "Eletrônicos". Direito & internet, p. 567.

art. 13º da norma impõe deveres comuns aos prestadores intermediários dos serviços digitais, que podem ser considerados deveres anexos que decorrem da boa-fé objetiva e do bom andamento de suas atividades. Desse modo, prevê o comando legal que cabe aos prestadores intermediários de serviços a obrigação com as entidades competentes dos seguintes deveres: *a)* informar de imediato quando tiverem conhecimento de atividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam; *b)* satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem; *c)* cumprir prontamente as determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infração, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação; *d)* fornecer listas de titulares de sítios que alberguem, quando lhes for pedido. Tais informações prestadas a terceiros são fundamentais para a solução de crimes e de ilícitos, o que deve orientar a elaboração de qualquer legislação a respeito do mundo digital. Não deve ser diferente no caso brasileiro.

Em reforço no que interessa à boa-fé objetiva, o art. 28º da lei lusitana trata das informações prévias na contratação eletrônica, prevendo que o prestador de serviços em rede que celebre contratos pela internet deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclua: *a)* o processo de celebração do contrato; *b)* o arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário; *c)* a língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado; *d)* os meios técnicos que o prestador disponibiliza para serem identificados e corrigidos possíveis erros de introdução contidos na ordem de encomenda; *e)* os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar; *f)* os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de consultá-los eletronicamente. A norma merece elogios, pela constante busca de valorização da tutela da informação.

Ainda para a devida e merecida proteção das partes do contrato eletrônico, dispõe o art. 31º do Decreto-Lei n. 7/2004 de Portugal a respeito da apresentação dos termos contratuais e das cláusulas gerais, os quais devem ser sempre comunicados de maneira que permita ao destinatário armazená-los e reproduzi-los. A ordem de encomenda do produto ou serviço solicitado pela net, o aviso de recepção e a confirmação da encomenda são considerados recebidos logo que os destinatários têm a possibilidade de ter acesso a estes. Assim, valoriza-se a verdade real, e não a verdade formal, pela comprovação do recebimento de documentos e de bens adquiridos pela internet.

Por fim, no que interessa à lei portuguesa, determina o art. 32º, a respeito da proposta contratual e do convite a contratar eletronicamente, que a oferta de produtos ou serviços pela grande rede representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário. Não apresentando tais elementos, haverá um simples convite a contratar, sem a mesma força vinculativa. Ato contínuo, a lei prevê que o mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato.

Superadas a análise da legislação portuguesa, destaque-se que a inexistência de lei específica no Brasil no momento traz a conclusão de aplicação do Código Civil brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor, regidos pela boa-fé objetiva. De qualquer modo, os exemplos portugueses servem como norte. Dois pontos específicos a respeito da matéria merecem ser analisados pelo presente artigo.

De início, a respeito da boa-fé na fase pré-contratual do contrato eletrônico, deve ser estudado o direito de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. A norma trata de um prazo de arrependimento – como um direito potestativo do comprador –, de sete dias a contar

da assinatura do contrato ou da entrega do produto ou do serviço, para as vendas realizadas fora do estabelecimento empresarial.<sup>88</sup> A doutrina brasileira tem sustentado que o comando subsume para os casos de vendas pela internet, principalmente se não houver contato com a coisa.<sup>89</sup> Não tem sido diferente a conclusão da jurisprudência no Brasil.<sup>90</sup>

Por óbvio que a boa-fé objetiva deve estar presente para o exercício desse direito de arrependimento, desde a fase pré-contratual. Exemplificando, não pode o consumidor agir no exercício deste direito em abuso, desrespeitando a boa-fé e a função social do negócio. Imagine-se, por exemplo, a hipótese

---

<sup>88</sup> Código de Defesa do Consumidor brasileiro: “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados”.

<sup>89</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006. p. 219; MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 142.

<sup>90</sup> “REPARAÇÃO DE DANOS. CONSUMIDOR. Compra e venda de aparelho celular efetuada pela internet. Direito de arrependimento exercido conforme art. 49 do CDC. Transtornos para confirmar o distrato. Má comunicação entre a loja e a operadora do cartão de crédito. Cobrança das parcelas na fatura. Inocorrência de pagamento. Posterior estorno. Inexistência de danos morais. Dado provimento a ambos os recursos”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível n. 71001652684, Porto Alegre, Segunda Turma Recursal Cível, Rel. Des. Vivian Cristina Angonese Spengler, julgado em 15/10/2008, *DOERS* 21/10/2008, p. 102). “CONSUMIDOR. PRELIMINARES REJEITADAS. Compra de aparelho de AR condicionado via internet. Exercício do direito de arrependimento (*artigo 49 do CDC*). Solicitação de cancelamento da compra após 15 minutos de sua concretização. Parcelas creditadas em fatura de cartão de crédito. Pedido de estorno de valores não atendido pela demandada. Condenação a restituição em dobro do montante cobrado indevidamente. Hipótese de má execução contratual, que, regra geral, não dá ensejo ao pagamento de indenização por danos morais. Afastamento de tal parcela da condenação. Deram parcial provimento ao recurso”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível n. 71001388974, Porto Alegre, Primeira Turma Recursal Cível, Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva, julgado 27/03/2008, *DOERS* 02/04/2008, p. 112).

de alguém que utiliza um serviço prestado pela internet e sempre se arrepende, de forma continuada, para nunca pagar pelo serviço. Por óbvio que a norma está sendo aplicada em desrespeito ao seu escopo principal, não podendo a conduta do consumidor ser premiada. Ainda exemplificando, não pode o consumidor “*voltar atrás*” em relação às informações prestadas pela internet, caindo em contradição, aplicando-se a máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).<sup>91</sup>

De qualquer forma, como o contrato ainda não está formado quando o direito de arrependimento é exercido, deve o fornecedor ou prestador respeitá-lo com base na boa-fé objetiva, sob pena de responsabilização civil. A conclusão deve ser a mesma havendo a contratação digital ou eletrônica pela grande rede.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> Nesse sentido: “CONSUMIDOR. CONTRATO. RASTREAMENTO VEICULAR. CIENTIFICAÇÃO DE CLÁUSULA DE MULTA PARA RESCISÃO ANTECIPADA. PEDIDO CONTRAPOSTO. LIMITAÇÃO DE REEMBOLSO DE DESPESAS. I. Não prospera a pretensão à desobrigação de cláusula contratual da qual a consumidora, em que pese tenha contratado o serviço por telefone, foi efetivamente cientificada, não só ao receber uma via do contrato pelo correio e não exercer o direito de arrependimento no prazo do art. 49 do CDC, mas também ao aceitar expressamente as condições gerais do contrato através da Internet. II. Acolhimento da pretensão recursal atinente à limitação das despesas reembolsáveis à parte contrária. Recurso provido em parte. Unânime”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível n. 71001678457, Porto Alegre, Primeira Turma Recursal Cível, Rel. Des. João Pedro Cavalli Júnior, julgado em 17/07/2008, *DOERS* 22/07/2008, p. 102).

<sup>92</sup> Com interessante situação fática, do Tribunal do Estado de Santa Catarina: “HOSPEDAGEM. CONTRATAÇÃO VIA INTERNET E TELEFONE. QUARTO ANUNCIADO NO SITE DA Pousada Diverso Daquele Colocado À Disposição Da Autora. Desistência Na Ocupação. Devolução Da Quantia Paga Que Se Impunha. Ônus Da Prova De Que A Informação Acerca Das Diferenças Entre Os Quartos Estariam À Disposição Do Consumidor. Obrigação Do Prestador De Serviços. Provas Inexistentes Nos Autos. Dano Moral Caracterizado. Recurso Conhecido E Improvido. Se a contratação de hospedagem é feita via eletrônica ou por telefone, deve o prestador de serviços deixar claro ao contratante os tipos de instalações que possui e, ainda, qual o quarto que por ele será ocupado. Assim, se um único quarto é anunciado no site, lícito é ao contra-

Superado o estudo da fase pré-contratual, a aplicação da boa-fé objetiva na fase pós-contratual de um contrato eletrônico pode ser associada à questão da transmissão de informações relativas aos usuários. É notório que, ao contratar digitalmente, os consumidores ou usuários fornecem dados pessoais aos prestadores e fornecedores. Após a concretização do negócio, com a entrega do produto e do serviço, a outra parte permanece com tais dados.

Ora, diante da boa-fé objetiva, o que se espera é que o mantenedor do sítio não transmita tais informações a terceiros ou as “venda” a outras pessoas. Não se pode admitir que tais dados – incluindo o e-mail do contratante – sejam transmitidos a outros prestadores de serviços, notadamente para que esses terceiros enviem propostas não solicitadas ou *spams* ao consumidor. O próprio conceito de *spam* – e-mail indesejado ou não solicitado – deve ser encarado como um abuso de direito digital, nos termos do art. 187 do Código Civil brasileiro.

A quebra desse dever de sigilo, que decorre da boa-fé objetiva, gera uma responsabilidade pós-contratual do sítio. A este autor parece ser essa a melhor solução, servindo como suporte legal o conceito de abuso de direito que consta do mesmo art. 187 do Código Civil brasileiro. Não se pode cogitar a existência de um inadimplemento absoluto ou relativo, justamente porque o contrato acabou. De toda a sorte, havendo lesão à intimidade, poderá ainda estar presente o ato ilícito civil

---

tante exigir a ocupação daquele retratado na publicidade. O ônus da prova acerca da veracidade e correção das informações feitas via site na internet é do prestador de serviços, à teor do art. 38 do *Código de Defesa do Consumidor*. É de sete dias o prazo para que o consumidor desista da contratação feita via telefone ou por meio eletrônico. Procedida a desistência no prazo legal, mostra-se abusiva e ilegal a negativa na devolução dos valores pagos antecipadamente, forte no art. 49 da Lei consumerista. A frustração e decepção sofridas pelo hóspede que é colocado em suíte inferior àquela contratada e os transtornos causados pela ilegal negativa na devolução dos valores pagos gera dano moral indenizável, não se constituindo meros aborrecimentos”. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Recurso n. 2006.500258-8, Quinta Turma de Recursos Cíveis e Criminais, Rel. Juiz Maurício Cavallazzi Povos, *DJSC* 28/11/2008, p. 529).



puro, nos termos do art. 186 do Código Civil brasileiro de 2002.<sup>93</sup> Seja por um caminho categórico ou por outro, surge a responsabilidade civil, retirada do art. 927, *caput*, da mesma codificação brasileira.<sup>94</sup>

Encerrando, a conclusão derradeira do presente trabalho é que a boa-fé objetiva não só pode como deve ser aplicada a todas as fases da contratação eletrônica, fazendo surgir as responsabilidades pré e pós-contratual. Como aponta Manoel J. Pereira dos Santos, no tocante à contratação eletrônica, os “princípios gerais como da boa-fé, do equilíbrio contratual, da proteção do consumidor e da segurança e confiabilidade dos negócios virtuais têm sido aplicados, seja com base no Código de Defesa do Consumidor, seja com base nas normas de direito privado”.<sup>95</sup>

## 5. CONCLUSÕES

Por tudo o que foi exposto no presente artigo, ficam as seguintes premissas de conclusão.

a) O contrato continua sendo o mais importante negócio jurídico, sendo primaz analisá-lo de acordo com as mudanças e evoluções sociais. Nesse contexto de evolução se situa a contratação digital ou eletrônica, assunto fundamental na sociedade da informação.

b) Contribui sobremaneira para situar o fenômeno da contratação eletrônica a visão alargada do conceito de contrato, ou seja, a nova conceituação que busca outros conteúdos para o

---

<sup>93</sup> Código Civil brasileiro: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

<sup>94</sup> Código Civil brasileiro: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>95</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo pelas transações comerciais eletrônicas. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; Manoel SANTOS, J. Pereira dos (Coord.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GVlaw). p. 153.

instituto, sobretudo existenciais, bem como a possibilidade de sua eficácia perante terceiros (*externalidades contratuais*).

c) Reforçando a nova visão contratual, surge o conceito de autonomia privada, em substituição à ideia liberal da autonomia da vontade. Na prática, como corolário da autonomia privada está o predomínio prático dos contratos de adesão, realidade que atinge em massa a negociação digital ou eletrônica. A autonomia privada contribui ainda para romper os limites iniciais de abrangência do contrato, atingindo, por exemplo, o Direito das Coisas. Ademais, um dos limites atingidos – e não poderia ser diferente – é o mundo digital ou eletrônico. A tendência é de contratualização não só do direito privado mas de todo o direito, surgindo um *direito negociado*.

d) O *Direito Digital* ou *Eletrônico* está em construção, tendo marcas e características próprias. A partir das lições da doutrinadora brasileira Patrícia Peck Pinheiro podem ser apontadas como características desse suposto novo ramo do direito: a celeridade, o dinamismo, a autorregulamentação, a existência de poucas leis, uma base legal na prática costumeira, o uso da analogia e a busca da solução por meio da arbitragem.

e) Critica-se o fato de o Código Civil brasileiro de 2002 não ter tratado dos contratos eletrônicos ou digitais. A crítica procede, em parte. De fato, o codificador civil furtou-se dessa tarefa, talvez a relegando ao legislador especial. Porém, é perfeitamente possível trabalhar com o Código Civil de 2002 – e com o Código de Defesa do Consumidor quando houver relação de consumo – para resolver as questões atinentes à contratação eletrônica. Essa ainda é a melhor solução, até que se aprove um dos diversos projetos de lei em trâmite a respeito da matéria. Pela aplicação desses diplomas legais, devem incidir os seus princípios fundamentais contratuais, caso da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

f) Constata-se que o modelo de incidência da *teoria do diálogo das fontes* – de Erik Jayme e Cláudia Lima Marques –

deve orientar a aplicação das duas normas no Brasil – Código Civil e Código de Defesa do Consumidor –, para os contratos eletrônicos ou digitais. Dessa forma, as duas leis não se excluem, mas se complementam. Essa conclusão é precisa, por exemplo, para a matéria da formação do contrato eletrônico.

g) No tocante à formação do contrato, o Código Civil brasileiro de 2002 manteve a divisão que constava da codificação anterior, cindindo a formação dos contratos em contratos entre presentes (*inter praesentes*) e entre ausentes (*inter absentes*). Conforme manifestado em artigo anterior, e reafirmado neste trabalho, este autor continua a concluir que, em regra, haverá contratação entre presentes no contrato eletrônico, uma vez que as informações são trocadas em tempo real. Em reforço, há uma comparação inafastável com a contratação por telefone pelo art. 428, inc. I, do CC. Como exceção, tal como ocorre na contratação por e-mail, o negócio eletrônico pode ser celebrado entre ausentes.

h) Havendo contratação digital entre ausentes, a tendência mundial e brasileira é pela incidência da *recepção*, ou seja, de que o negócio está formado quando o proponente, pelo menos, recebe a confirmação do aceitante. Nesse sentido, no Brasil, o Enunciado n. 173 do Conselho da Justiça Federal foi aprovado na *III Jornada de Direito Civil*. Em Portugal, a *recepção* foi adotada pelo Decreto-Lei n. 7/2004, de 7 de janeiro, que transpôs para aquele país a Diretriz Europeia n. 00/31, a respeito do comércio eletrônico.

i) Os princípios sociais contratuais – boa-fé objetiva e função social do contrato – têm grande aplicação na contratação eletrônica. De início, quanto à função social do contrato, pode ser citada a tendência mundial de proteção do vulnerável negocial nos *contratos assimétricos*, como quer Vincenzo Roppo. Nos contratos digitais, além da proteção do consumidor e do aderente, justifica-se a proteção daquele que acessa as informações, tido como um *hipossuficiente técnico* ou *informa-*

*cional*, geralmente aquele que recebe a proposta (oblato ou aceitante).

j) Ao lado da função social do contrato, tem exercido papel importante a boa-fé objetiva, que é expressa como princípio no Código de Defesa do Consumidor brasileiro (art. 4º, inc. III) e no Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 113, 187 e 422). A boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito, que saiu do plano psicológico (*plano intencional, boa-fé subjetiva*) para o plano da conduta concreta dos participantes negociais (*plano da lealdade, boa-fé objetiva*). Três são as funções que a boa-fé objetiva exerce na codificação privada brasileira e que incidem diretamente na contratação eletrônica. De início, há a *função de interpretação*, retirada do citado art. 113 do CC, uma vez que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé ou até mais, de maneira mais favorável a quem esteja agindo de boa-fé. A segunda é a *função de controle*, pois aquele que viola a boa-fé objetiva no exercício de um direito comete abuso de direito, nova modalidade de ilícito, o que pode repercutir em um contrato ou fora dele (art. 187 do CC). Por fim, tem-se a *função de integração*, eis que a boa-fé objetiva deve integrar todas as fases contratuais: pré-contratual, contratual e pós-contratual (art. 422 do CC). Toda a evolução legislativa brasileira sofreu influências da legislação portuguesa.

k) No que interessa aos contratos eletrônicos, a boa-fé objetiva gera a responsabilidade pré e pós-contratual do seu violador, havendo a quebra dos deveres anexos. Como exemplo da fase pré-contratual não pode o contratante digital agir em abuso no exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Ilustrando a fase pós-contratual, não se pode admitir a conduta do contratante digital que recebe dados da outra parte e os transmite a terceiros, geralmente com caráter oneroso ou para a prática de *spamming*.



## 6. REFERÊNCIAS

- ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado* n. 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2009.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A liberdade de referência em linha e os seus limites. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Coimbra: Coimbra, v. XLII, n. 1, p. 8, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II: Acções e factos jurídicos.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. 3. ed. Belém: CEJUP, 1988.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências

e desatualização do Projeto de Código Civil – atualmente Código aprovado – na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giulliano; VECA, Salvatore. *Crise de la democrazia e neocontrattualismo*. Roma: Editora Riuniti, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992.

CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português – parte geral*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. t. I.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DÍEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV, t. I.

- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenação de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança. Direito civil – estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008.
- JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Haye: Kluwer, 1995.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones. Versión española y notas de Jaime Santos Briz*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais e mercado habitacional*. São Paulo: RT, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Contratos “Eletrônicos”*. Direito & internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. II.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I e II.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. t. I.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – 2ª parte*. 34. ed. Atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5: Direito das Obrigações.
- MULHOLLAND, Caitilin Sampaio. Relações contratuais eletrônicas. *Jornal Carta Forense*. São Paulo, p. b-11, jun. 2009.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.



- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974. t. III, IV e V.
- REALE, Miguel. Estrutura e espírito do novo Código Civil brasileiro. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, Vincenzo. Morte e transfiguração do contrato de consumo? In-Pactum. Publicação quadrimestral da *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco*. Recife: UCAP, ano 1, n. 3, jan./abr. 2009.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo pelas transações comerciais eletrônicas. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; Manoel SANTOS, J. Pereira dos (Coord.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GVlaw).
- SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. Separata da obra *Direitos fundamentais e direito privado – uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TARTUCE, Flávio. A formação do contrato no novo Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a via eletrônica. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Fi-

- gueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.
- TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. São Paulo: GEN/Método, 2008. v. 4.
- TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito eletrônico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.
- VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. Separata da obra *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2006.
- ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo*. São Paulo: Método, 2008.