

AS RELAÇÕES CONTRATUAIS SOB A ÓTICA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Diego Santos Sanchez¹

Emerson Penha Malheiro²

RESUMO

O estudo busca apresentar algumas noções das relações contratuais e conceitos que tornem exequível a sua análise na sociedade da informação. Desse modo, o estudo empreende esforços para trazer muito mais do que uma singela verificação dos principais institutos previstos nas relações contratuais. Este artigo tem como objetivo analisar os contratos eletrônicos, bem como a inserção de suas normas no sistema jurídico nacional, avaliando sua validade e aceitação internas. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, procurando enfatizar a importância do contrato eletrônico na sociedade da informação, bem como a criação de infraestruturas informacionais. Conclui-se pelo reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental e as consequências que o analfabetismo digital pode trazer.

Palavras-chave: Relações contratuais. Sociedade da informação. Contratos eletrônicos.

ABSTRACT

The study seeks to present some concepts of contractual relationships and concepts that make possible its analysis on the information society. Thus, the study makes every effort to bring much more than a simple check of the main institutes provided for in contractual relations. This article aims to analyze the electronic contracts and the inclusion of its provisions in the national legal system, assessing its validity and internal acceptance. We conducted a literature search, seeking to emphasize the importance of electronic contract in the information society and the creation of informational infrastructure. It follows the recognition of digital inclusion as a fundamental right and the consequences that digital illiteracy can bring.

Keywords: Contractual relations. Information society. Electronic contracts.

1. Introdução

A sociedade da informação (socinfo) é uma era que aparece depois da pós-modernidade.

A característica maior da pós-modernidade são os direitos transindividuais de terceira geração (ou dimensão), que envolve o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente.

¹ Mestre em Direito da Sociedade da Informação. Pós-Graduado com título de Especialista em Direito Imobiliário. Professor de Direito Civil e Direito Empresarial nas Faculdades Metropolitanas Unidas, em São Paulo. Advogado. E-mail: diego.sanchez@fmu.br.

² Doutor e Mestre em Direito. Pós-Graduado com título de Especialista em Direitos Humanos e em Direito Penal. Professor de Direito Internacional, Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito da Sociedade da Informação e Direito Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas, em São Paulo. Advogado. E-mail: emersonmalheiro@gmail.com

Cuida-se de uma visão do direito sob o âmbito difuso e coletivo, em que se observa, no aspecto consumerista, que o contrato – por exemplo – não é mais visto como lei entre as partes (considera-se a hipossuficiência, as relações de consumo, a existência de cláusulas abusivas etc.).

O direito da sociedade da informação alcança uma quarta geração (ou dimensão), que se orienta pela proteção contra uma globalização desenfreada e a inclusão digital. Igualmente, há um desenvolvimento de interesses que tem por objetivo a preservação do ser humano, como se pode ver no biodireito e na biossegurança.

O papel do homem na sociedade da informação vem ganhando enorme importância em sua relação com o direito.

Isso ocorre porque a representação do direito baseada em dogmas tradicionais deve enfrentar uma sociedade que se modifica continuamente, com novas manifestações de exigências, necessidades e novos componentes.

Nesse aspecto, mostra-se relevante analisar as relações contratuais sob a ótica da sociedade da informação.

2. Uma breve análise das relações contratuais antes da promulgação do Código Civil de 2002

A ideia de contrato, segundo Enzo Roppo, passa pela verificação da análise da linguagem. Para o autor, o contrato pode ser considerado um conceito jurídico, ou seja, objeto da construção da ciência jurídica, que resume de forma sintética uma série de princípios e regras de Direito. No entanto, o contrato não pode ser limitado unicamente a um conceito jurídico, mas sim pelo reflexo que pode gerar em uma realidade exterior a si próprio. Sob esta

perspectiva o contrato deve ser analisado sob a ótica da realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais³.

Ao analisarmos o contrato a partir da etimologia, pode-se entender como “el participio passivo del verbo *contrahere*, por lo cual designa genéricamente lo *contraído*”⁴, ou em outras palavras: é o sujeito passivo do verbo *contrair*, pelo qual se designa a obrigação, ou, ainda, se refere ao vínculo estabelecido entre a vontade de dois ou mais indivíduos, possuindo determinado objeto específico, capaz de gerar direitos e obrigações⁵. Sugere-se, portanto, que contrato seja o acordo estabelecido entre duas ou mais pessoas, as quais assumem determinadas obrigações e direitos. Com este fundamento, o Código Civil Italiano no artigo 1.321 assim o define: “il contratto è l’accordo di due o piú parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”⁶, podendo ser entendido, por tradução livre, como: acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial.

Diante desta definição se faz importante ressaltar a autonomia da vontade como sendo basilar nas relações contratuais, sendo que este surge a partir da existência daquela. Sob esta análise o contrato surge com a ideia da autonomia da vontade, consistindo no “resultado de um encontro de vontades”⁷, e deve ser “compreendido como expressão de um vínculo bilateral com conteúdo patrimonial e obrigatório aos seus figurantes”⁸.

Ocorre que durante a Idade Moderna predominou a ideia do antropocentrismo⁹, que reformulou a perspectiva do homem frente aos negócios jurídicos. O indivíduo passou a ser

³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7 – 8.

⁴ Díez-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: introducción teoría del contrato. V. 1, 6 ed. Madrid: Civitas, 2007, p. 134.

⁵ MORAES, Darcy Paulo. *Contratualismo e teoria geral dos contratos privados*. **Revista Diálogo do Direito**. 2011; Volume 1, p. 3.

⁶ ITALIA. *Codice Civile*. Disponível em: <<http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-i/art1321.html>> Acesso em 03 ago. 2015.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995, p. 497.

⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995, p. 498.

⁹ O termo antropocentrismo possui origem greco-latina, do grego: “antropos”, o homem; do latim: “centrum”, “centricum”, o centro. Com esta ideia sugere-se que antropocentrismo entende o homem como o centro do Universo, possuindo a espécie humana a referência máxima e absoluta de valores, estando os demais serem ao seu redor. (cf. MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência e glossário. 4. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 86.)

enxergado, neste período, como o centro das relações, vez se tratar de um ser pensante e racional¹⁰. Sob esta perspectiva (de ser o indivíduo o centro das relações) os direitos individuais (presumidos no contrato social defendido no período do Liberalismo), colocavam-no ao centro do mundo¹¹. Como reflexo, nas relações contratuais sugere-se que em virtude do fortalecimento de ideias e produções humanas de conhecimento retiram a força da mera revelação da vontade divina¹², sendo fortemente influenciado, para tanto, pelo movimento da Escola Jusnaturalista¹³ durante o século XVII, a qual constituiu um fator importante de laicização do Direito, uma vez que é este quem rege a sociedade e não como defendido pelos Canonistas¹⁴.

Sob a ideia oriunda deste período, como afirma Marcelo Zenni Travassos, haveria a necessidade de conhecimento para gerar poder, sendo a segurança o objetivo a ser alcançado, bem como a busca de uma ordem nas relações sociais para confrontar as incertezas das revelações divinas fortemente aceitas na Idade Média. Para o autor, as pretensões do modernismo atingiram inclusive a forma da organização da sociedade, surgindo a necessidade de elaboração de leis rígidas e a obrigatoriedade de obediência a elas, já que seria a lei produto da racionalidade humana. O descumprimento das normas geraria o caos e a insegurança dos indivíduos¹⁵.

Por esta razão as relações contratuais anteriores ao Código Civil de 2002 eram tratadas de forma taxativa, sendo inseridas na legislação daquele período matérias que eram já

¹⁰ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. Do modernismo ao pós-modernismo e do positivismo ao pós-positivismo. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**. 2015; volume 27: p. 3.

¹¹ GARBI, Carlos Aberto. O adimplemento da obrigação e a intervenção judicial no contrato face ao princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé. São Paulo; 2010. [Doutorado – Pontífice Universidade Católica de São Paulo – PUCSP], p. 15.

¹² TRAVASSOS, Marcelo Zenni. Do modernismo ao pós-modernismo e do positivismo ao pós-positivismo. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**. 2015; volume 27: p. 3.

¹³ A Teoria Jusnaturalista defende e explica a existência do Direito Natural, a sua superioridade sobre o Direito Positivo, ao qual serve de critério inspirador e norma valorativa. (cf. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique *Apud* XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo. **Cadernos de Direito (UNIMEP)**. 2001; Piracicaba/SP; volume 1, número 1: p. 158.

¹⁴ GARBI, Carlos Aberto. O adimplemento da obrigação e a intervenção judicial no contrato face ao princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé. São Paulo; 2010. [Doutorado – Pontífice Universidade Católica de São Paulo – PUCSP], p. 16.

¹⁵ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. Do modernismo ao pós-modernismo e do positivismo ao pós-positivismo. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**. 2015; volume 27: p. 4.

conhecidas pelo legislador e do judiciário, evitando desta maneira a instabilidade jurídica, o que era uma das preocupações do legislador.¹⁶

Diante do cenário modernista, o Código Civil Brasileiro de 1916 demonstrou o individualismo como fundamentalmente presente, preservando-a nos contratos celebrados. Segundo Francisco dos Santos Amaral Neto:

[...] o individualismo é a tendência que confere ao indivíduo um valor intrínseco superior ao da sociedade. Termo de variados significados, conforme o campo de apreciação científica (ética, filosófica, sociológica, política, etc.) representa, para o direito, a concepção segundo a qual o indivíduo humano e seus interesses constituem o valor básico e o fundamento de todas as normas, acima de sua vinculação à sociedade a que pertence.¹⁷

Com base na ideia do individualismo, o ser humano é capaz de escolher suas metas e objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso¹⁸. Sob esta ótica, que influenciou a codificação brasileira, José Tadeu Neves Xavier argumentou que a autonomia da vontade e liberalismo criava à época a segurança que aquela sociedade moderna procurava¹⁹.

Sob esta perspectiva de celebração e formalização do negócio jurídico por meio dos contratos, durante o século XIX criou-se a concepção tradicional de contrato, de acordo com as ideias de liberdade individual, objetivando, naquele período, que a autonomia da vontade fosse a base do acordo celebrado por meio deste instrumento²⁰. Assim, como afirma Paulo Luiz Netto Lôbo:

[...] o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas.²¹

¹⁶ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

¹⁷ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Individualismo e Universalismo no Direito Civil brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. 1992; volume 13: p. 73.

¹⁸ XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. Rio Grande do Sul; 2006. [Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS], p. 34.

¹⁹ XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. Rio Grande do Sul; 2006. [Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS], p. 34.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. **Revista dos Tribunais**. 1995; São Paulo; número 722: p. 40.

Desta sorte, “o instrumento contratual tornou-se inviolável, até mesmo em face do Estado e da coletividade, vinculando as partes ética e juridicamente, sendo o liame obrigacional fortalecido pela autonomia da vontade”²². Em suma, como afirma José Tadeu Neves Xavier:

[...] o modelo contratual clássico acabou por encontrar sustento em um pilar estruturado sobre três princípios fundamentais da teoria tutelativa do consensualismo: a autonomia da vontade, em muito expressa por meio da liberdade de contratar, e a liberdade contratual, o dogma da força obrigatória do vínculo, consolidado no culto cego ao *pacta sunt servanda* e o postulado da relatividade dos efeitos do pacto.²³

Diante da ideia de celebração no modelo clássico do contrato, regrado pela autonomia da vontade, sugere-se como conclusão que o contrato possuiria como única limitação a determinação legal. Esta norma, em princípio, serve para orientar a interpretação da vontade das partes, “apresentando parâmetros de vinculação de forma genérica e quase totalmente despretensiosa, que desvelam, por detrás da teoria da autonomia da vontade, um robusto movimento de superação da vontade sobre a lei”²⁴. Sugere-se que o negócio jurídico possa ser considerado, portanto, como criado a partir da autonomia privada que é concedida aos indivíduos celebrantes, no sentido que o contrato passa a ser a forma materializada da manifestação da vontade dos sujeitos, baseada na liberdade de contratar.²⁵

E sob esta perspectiva foi elaborado o Código Civil Brasileiro de 1916, o qual não possuía um conceito determinado de contrato, deixando em destaque a manifestação da vontade expressa²⁶, tendo portanto a vontade “não só a generis, como também a legitimação do contrato e de seu poder vinculante e obrigatório”²⁷. Conclui-se, desta forma que:

A concepção de contrato como manifestação da vontade humana em si e por si mesma considerada terá imensas consequências na ordem prática que ao Direito – experiência humana concreta, cotidiana – cabe prever e regulamentar. Entre essas está a proteção que foi conferida quase que exclusivamente a um dos polos da

²² TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual Pós-Moderna**: as redes contratuais na sociedade de consumo. CURITIBA: Juruá Editora, 2007, p. 35.

²³ XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. Rio Grande do Sul; 2006. [Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS], p. 38.

²⁴ SIRENA, Hugo Cremonez. **Do contrato ao contrato**: um estudo sobre as relações contratuais de fato. Paraná; 2013. [Mestrado – Universidade Federal do Paraná], p. 45.

²⁵ SIRENA, Hugo Cremonez. **Do contrato ao contrato**: um estudo sobre as relações contratuais de fato. Paraná; 2013. [Mestrado – Universidade Federal do Paraná], p. 45.

²⁶ O artigo 1079 do Código Civil Brasileiro de 1916 previa que “a manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.”

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 49.

relação jurídica contratual, o credor, manifestante da vontade que é sacralizada. [...] A vontade viciada é considerada uma “vontade não livre” e, por essa razão, não tem força para produzir efeitos. O que significa, em outras palavras, que a falta da liberdade na emissão da vontade é considerada um defeito que contamina todo o ato.²⁸

Sugere-se, portanto, que a forma utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, especificamente o Código Civil de 1916, era de extrema rigidez normativa, transmitindo às relações contratuais a obrigatoriedade de cumprimento integral, além de limitar a interferência do Estado diante destas relações jurídicas.

3. As relações contratuais sob a perspectiva do Constitucionalismo do Direito Civil

Antonio Carlos Wolkmer declara que “a constituição não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade”²⁹. Prossegue o autor afirmando que toda sociedade política tem sua própria constituição, sendo resultado das tradições, costumes e práticas que ordenam a tramitação do poder, esclarecendo que não seria possível a redução de toda constituição ao mero formalismo normativo ou ao reflexo hierárquico de um ordenamento jurídico estatal³⁰. Em outras palavras, sugere que a constituição represente o resultado social daquele povo, oriunda de suas tradições e costumes.

A ideia defendida por Wolkmer retrataria a idealização do texto constitucional, pois refletiria a vontade e os anseios de determinada sociedade. No entanto, é importante o estudo que envolve a questão de legitimidade do poder, uma vez que a constituição é elaborada pelo próprio Estado, conferindo a este o poder de elaboração de leis e de jurisdição.

Acompanhando essa transformação da sociedade, fortalece-se a ideia de Estado, necessária para o fortalecimento do poder do Estado, o qual passa a cuidar dos interesses do capitalismo que se consolidava e a proteger a economia nacional: assiste-se desta maneira à passagem da economia, do âmbito urbano para o do Estado, ampliando-se o estado jurídico estadual e definindo-se com maior clareza suas funções de legislação, federação, execução e jurisdição.³¹

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995, p. 504.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995, p. 143.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995, p. 143.

³¹ COELHO, Luiz Fernando. O estado singular e o direito plural. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. 1989; ano 25, n.º 25, Curitiba: UFPR: p. 141.

Ademais, como bem lembra Pietro Perlingieri:

[...] A atividade do legislador é sempre valorável sob o duplo aspecto da função de conservação da situação de fato ou de transformação da realidade. Esta última, em geral, é bastante negligenciada. O legislador nem sempre incorpora as exigências que a sociedade expressa; algumas vezes as desconsidera ou as interpreta diversamente.³²

Diante da perspectiva de existência de uma constituição resultante dos costumes e tradições, há a necessidade de se analisar a possibilidade de existência de diversidade cultural em dado território, bem como a própria identidade dos sujeitos que compõem aquela determinada sociedade durante aquele período. Posteriormente, importante o estudo do Direito Civil, especificamente quanto às relações contratuais baseadas na Constituição Federal.

O texto constitucional de 1988 possui a ideia de ser o indivíduo o centro das relações, mas de forma distinta daquela do antropocentrismo existente em outros contextos. Preocupa-se o legislador constitucional em disciplinar, desde o preâmbulo, de forma a demonstrar que a questão social é de extrema importância, sendo possível que o interesse social, que prevalecerá, seja em alguns casos contrário aos interesses particulares e até daqueles de interesses do Estado na realização de seus atos. Assim, afirma Roberto Senise Lisboa que:

A imprescindibilidade do reconhecimento dos interesses sociais e a importância da sua tutela jurídica tornaram-se evidentes, com maior ênfase a partir da segunda metade do século XVIII. Conclui-se que, muitas vezes, a proteção dos interesses da coletividade não corresponde à proteção dos interesses públicos. O interesse social, na realidade, pode até ser contrário aos interesses que seriam formalmente tidos como públicos, pelo Estado, na realização de seus atos... Não se atinge, assim, nem mesmo a satisfação real do interesse público primário, pois é a pessoa física do governante ou a jurídica do Estado que se beneficia, e não a população.³³

Prossegue o autor defendendo que:

Com o solidarismo constitucional, torna-se possível afirmar que houve uma efetiva repersonalização da relação jurídica, que novamente colocou a pessoa no centro dos

³² PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.171.

³³ LISBOA, Roberto Senise. Solidarismo Internacional – Em defesa da Erradicação da Pobreza. In: LUCCA, Newton de (Org). **Direito Civil Contemporâneo: homenagem ao Prof. Michel Temer**. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 47.

interesses, surgindo a solidariedade social como instrumento propulsor da satisfação das necessidades humanas.³⁴

Desta maneira, baseado no conteúdo da Constituição Federal de 1988 que introduziu no ordenamento jurídico pátrio a ideia do solidarismo, houve a repersonalização da relação jurídica tendo o indivíduo como o centro dos interesses, mas em atenção aos interesses da coletividade em detrimento dos interesses puramente particulares ou do próprio Estado. Desta sorte, pode-se concluir que surge uma nova forma de celebrar e interpretar os contratos, gerando novos princípios que norteiam as relações contratuais.

Sob a análise da Constituição Federal frente à nova visão do Direito quanto ao indivíduo, sugere-se o estudo do Direito Civil diante da constitucionalização dos direitos individuais, prevalecendo os interesses gerais sobre aqueles particulares, como afirma José Lourenço:

Portanto, o século XX é marcado pelo predomínio dos interesses gerais sobre os particulares e, a partir de sua segunda metade, aos interesses gerais agregaram-se os interesses difusos, tutelados pela sociedade em si mesma – poder independente do Estado. O espírito de justiça social sobrepõe-se ao puro individualismo dos Códigos originais e exige, por parte dos juristas, o abandono da tradicional postura dogmática. A passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista, com a sua crescente ingerência na organização da vida econômica, conduz ao declínio da concepção liberal da economia e à conseqüente crítica ideológica do princípio da autonomia da vontade, principalmente na doutrina marxista.³⁵

Assim, as partes contratantes não podem, sob a perspectiva dessa repersonalização do Direito Civil, deixar de lado os valores fundamentais constantes da Constituição Federal, a qual é a base do ordenamento jurídico brasileiro, assim como também não poderá deixar de proteger as

[...] justificadas expectativas da outra parte e os legítimos interesses de terceiros, assim como não pode o legislador descuidar dos limites à liberdade individual necessária para corrigir as profundas e frequentes desigualdades substanciadas entre os contratantes.³⁶

³⁴ LISBOA, Roberto Senise. Solidarismo Internacional – Em defesa da Erradicação da Pobreza. In: LUCCA, Newton de (Org). **Direito Civil Contemporâneo**: homenagem ao Prof. Michel Temer. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 56.

³⁵ LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do Direito pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (coord.) **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 336.

³⁶ LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do Direito pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (coord.) **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 337.

Em outras palavras, o Direito Civil passa a tratar das matérias nele constantes sob a perspectiva dos princípios existentes na Constituição Federal, sendo esta considerada a base legislativa das demais existentes no ordenamento jurídico.

[...] Impregnada pela intencionalidade material de todo o direito, e comungando da pretensão e validade que é própria deste, a constituição coloca-se no cume do ordenamento jurídico, permeabilizando todo o sistema de normas e de atos com as suas opções valorativas.³⁷

Christian Starck, tratando da constitucionalização do Direito Civil na Espanha, afirma que:

[...] é preciso conectar-se com a ideia de que a Constituição e o Direito Privado não estão localizados ao lado do outro sem se relacionar. Enquanto os negócios jurídicos entre os indivíduos devem ser respeitados vida, saúde, honra e bens, sendo considerada consequência de uma ligação imediata de todos os cidadãos aos direitos fundamentais, o que resultou na lei, mas também às regras de convivência recebidos, sobre os direitos fundamentais que também são baseados. (tradução livre)^{38 39}

Pode-se concluir, portanto, que a norma constitucional, que deve ser utilizada como fundamento às normas infraconstitucionais, seria, conforme Pietro Perlingieri, “o conjunto de valores, bens, interesses preponderantes”. Prossegue o autor:

Não existe o ordenamento jurídico em abstrato, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada qual caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, pelos valores e pelos princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificante.⁴⁰

Concluindo o raciocínio, Perlingieri afirma que “a solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular de seus princípios fundamentais”⁴¹. Prossegue o autor

³⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 11.

³⁸ STARCK, Christian. **Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2011, p. 284.

³⁹ [...] hay que enlazar con la idea de que la Constitución y el Derecho Privado no están situados el uno junto al otro sin relacionarse. Aún cuando en el tráfico jurídico entre particulares deben ser respetados la vida, la salud, el honor y la propiedad, esto no es una consecuencia de una vinculación inmediata de todos los ciudadanos a los derechos fundamentales, que se ha concretado en la ley, sino de las reglas de la convivencia recibidas, sobre las que también se fundamentan los derechos fundamentales.

⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 174.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 175.

explicando que o juiz, ao analisar o caso concreto, deve se utilizar das regras individualizadas frente aos princípios gerais existentes na Constituição Federal⁴².

Paulo Luiz Netto Lôbo ao tratar acerca da função do Estado afirma que:

[...] não é mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva, mas também a justiça social.⁴³

Tem-se, portanto, que as normas constitucionais devem ser utilizadas como fonte matriz do direito positivo no ordenamento jurídico interno, tendo em vista que esta possui princípios fundamentais⁴⁴ dos indivíduos e as normas gerais atribuídas àquele território. Sob esta perspectiva aproxima-se da ideia de publicização do Direito privado, uma vez que contém alguns dos princípios inerentes à coletividade em detrimento dos interesses puramente individuais, os quais devem ser utilizados pelos julgadores nas lides existentes na sociedade. Assim, o Estado Social não deixou de lado os pressupostos do Estado Liberal, mas sim buscou soluções de compromisso entre valores individualistas e os valores Solidários⁴⁵.

O Código Civil promulgado em 10 de janeiro de 2002 é resultado de um projeto que perdurou por longos anos de discussão, desde a década de 1970. Trata-se, pois, de uma obra elaborada por alguns juristas daquela época, submetidas a diversas revisões. O novo código civil, como ficou popularmente conhecido, incorporou três princípios fundamentais: a eticidade, por deixar de lado o formalismo jurídico existente no Código Civil de 1916 e valorizando valores éticos, contendo normas gerais sem o excesso de rigorismo, o que possibilitou a criação de modelos jurídicos hermenêuticos; a socialidade, por deixar de preocupar-se a lei civil com as normas individualistas, predominando os direitos sociais; e, por fim, a operabilidade, que buscou a diminuição de conceitos indeterminados, que deixariam margem à interpretações judiciais⁴⁶.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 200.

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

⁴⁴ “[...] A respeito dos valores e dos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, maioria e minoria, poder econômico e direitos dos excluídos.” (Cf. PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit., p. 187).

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

⁴⁶ REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil” – Revista da EMERJ**. Edição Especial parte 1, p. 38 – 44.

Sob a perspectiva de uma reanálise das relações contratuais, em virtude de uma nova visão adquirida pós-promulgação do Código Civil de 2002:

[...] ganha importância o estudo da conduta pessoal em atendimento ao ‘programa negocial’ e a identificação das expectativas geradas por conta dessa mesma atuação ou, ainda, de outras circunstâncias adrede planejadas.⁴⁷

Roberto Senise Lisboa afirma que a eticidade, no que se refere às relações contratuais, “pressupõe uma consciência pessoal de existência de valores e critérios pré-determinados, dos quais os negociantes se valerão para a elaboração do conteúdo do acordo”⁴⁸. Em outras palavras, as relações contratuais deixam de ser realizadas apenas com base nas normas dogmáticas existentes, passando a verificar valores éticos nas celebrações de contratos para que possam ser cumpridos da forma que desejaram as partes contratantes no início das tratativas negociais.⁴⁹

A conduta no negociante, pautada pela eticidade, possui forte ligação com a ideia de segurança negocial. Se a parte não dispõe de meios para garantir a segurança jurídica (...), o mesmo não se pode dizer da segurança negocial. Todas as precauções que estiverem ao alcance dos negociantes para a preservação do acordo e sua execução conforme a “programação contratual” devem ser tomadas.⁵⁰

Assim, o Direito na pós-modernidade deixou de lado os paradigmas clássicos, passando a utilizar de novas diretrizes. Desta forma, Andreza Cristina Baggio Torres, citando Erik Jayme, afirma que o direito pós-moderno possui como principal característica o pluralismo, “seja na esfera pluralidade legislativa, na pluralidade de sujeitos a proteger, e na pluralidade de agentes ativos a quem o imputar responsabilidade”⁵¹. Sob esta perspectiva, o Direito passa a admitir a existência de várias formas de relações, sejam legislativas, na proteção dos indivíduos celebrantes de negócios jurídicos, mas também nas questões sociais que envolvem a relação contratual.

Prossegue Torres afirmando que:

⁴⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103.

⁴⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 105.

⁴⁹ Ao analisar a eticidade das relações contratuais entende-se que há a necessidade de verificação da multiculturalidade e na aceitação das diferenças, permitindo uma recolocação do indivíduo no centro das relações jurídicas, estabelecendo como valor fundamental seu bem estar. No entanto, há que se verificar a pessoa como inserida em um contexto social, possibilitando a satisfação de seus interesses, mas não em detrimento dos interesses da coletividade e de outros indivíduos. (Cf. LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 104.)

⁵⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106 – 107.

⁵¹ TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual Pós-Moderna**: as redes contratuais na sociedade de consumo. CURITIBA: Juruá Editora, 2007, p. 28.

[...] no direito pós-moderno, o ser humano ganhou posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos, situação que trouxe importantes mudanças no direito civil, notadamente no direito contratual, no direito de família e no direito de propriedade, institutos do direito privado que passaram a ser questionados à luz dos preceitos constitucionais, no fenômeno que se costumou chamar de constitucionalização do direito civil.⁵²

Antonio Rulli Neto, ao analisar os direitos fundamentais, bem como a influência que estes exercem no ordenamento jurídico com o pensamento da constitucionalização do Direito Civil, afirma que:

[...] a evolução dos direitos humanos deve atingir, especialmente, as pessoas, gerando a cada um e à coletividade o bem-estar geral, constituído por um núcleo de direitos fundamentais, ensinando a cada indivíduo não apenas pela imposição legal, mas enraizando o respeito ao próximo como respeito a si mesmo, ate mesmo como fundamento para a existência de uma sociedade justa. Fábio Konder Comparato explica-nos que, ao longo do século passado, foram as contradições que marcaram os direitos humanos; o Estado de Bem-Estar Social do segundo pós-guerra pareceu concretizar, definitivamente, o ideal socialista de uma igualdade básica de condições de vida para todos os homens.⁵³

Complementa o autor, ao analisar Fábio Konder Comparato, que “os direitos humanos têm um caráter irreversível, porque a consciência ética coletiva é ampliada e aprofundada com o desenvolvimento histórico”. Segundo Rulli Neto é com o passar do tempo que as “condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidade do ser humano é intensificada (...) e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos”⁵⁴.

Diante da verificação de constantes modificações sociais, bem como novas necessidades individuais e sociais, as normas jurídicas devem favorecer o desenvolvimento econômico, “dando prevalência ao interesse coletivo em detrimento do individual, numa demonstração hialina da preocupação do legislador com o bem estar da sociedade”⁵⁵.

Para José Lourenço, os contratos são considerados como instrumento de cooperação entre as pessoas e, por esta razão, o Direito deve servir com valores norteadores das relações contratuais. Afirma o autor que “a lei é continuamente chamada a colaborar com vontade das

⁵² TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual Pós-Moderna**: as redes contratuais na sociedade de consumo. CURITIBA: Juruá Editora, 2007, p. 29.

⁵³ RULLI NETO, Antonio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

⁵⁴ RULLI NETO, Antonio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

⁵⁵ CATALAN, Marcos Jorge. Negócio Jurídico: uma releitura à luz dos princípios constitucionais. **Scientia Iuris (UEL)**, Londrina: Editora da UEL, v. 7/8, 2004, p. 373.

partes na disciplina da relação contratual, mesmo porque os interessados não conseguem, na maior parte das vezes, evitar lacunas na convenção”⁵⁶.

Assim, coaduna-se o pensamento da utilização dos valores éticos nas relações contratuais, oriundos da constitucionalização do Direito Civil, com a ideia traçada pelo pluralismo jurídico abordado no item 2.1.1. deste estudo. Esta afirmação se faz pela verificação de possibilidade de utilização de valores não expressos na norma positivada, mas em ideias de convivência social e de reciprocidade nas interações entre indivíduos. Sugere-se que, além das normas impostas pelo Estado, possam coexistir outras formas de regulação contratual, tanto na elaboração dos instrumentos negociais através de utilização de princípios éticos, bem como em formas de solução de conflitos eventualmente existentes daquela relação contratual.

Em tempos atuais, há a necessidade de uma análise pormenorizada dos juristas quanto às novas formas de contratações que a partir da segunda metade do século XX passaram por transformações em virtude das novas tecnologias, principalmente no campo da comunicação. Estas, conforme estudo a seguir, possuem características diferenciadas quanto ao modelo clássico dos contratos, principalmente quando tratamos de relações contratuais realizadas eletronicamente.

4. Os contratos eletrônicos: uma nova forma de celebração dos negócios jurídicos

Após a análise das relações contratuais frente ao período conhecido como Moderno, o instituto contratual sofreu interferências por situações históricas no cenário mundial, ganhando destaque o desenvolvimento das tecnologias aplicáveis na área da comunicação social, em especial a Internet. O desenvolvimento destas tecnologias proporcionou uma maior interação social, afetando a forma de celebração e de cumprimento dos contratos, assim como também fez com que o Estado alterasse sua forma de atuação nestas relações.⁵⁷

Jean-François Lyotard, ao analisar o saber nas sociedades informatizadas, afirma que “este é produzido para ser vendido, e ele é e será consumido para ser valorizado numa nova

⁵⁶ LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do Direito pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (coord.) **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 337.

⁵⁷ BITTAR, Eduardo C. B.. **O Direito na pós-modernidade**. 3. ed. Modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101 – 102.

produção”. Assim, Lyotard verifica que no período pós-moderno “o saber já é e será um desafio maior, talvez o mais importante, na competição mundial pelo poder”⁵⁸.

Desta forma, deve o Direito preocupar-se com uma análise atualizada das questões que envolvem as relações sociais diante da Sociedade da Informação, uma vez que as concepções existentes no período moderno já não são mais suficientes para a solução dos conflitos atuais. Neste sentido, Liliana Minardi Paesani afirma que a Sociedade da Informação, ou também chamada de Sociedade do Conhecimento, “demanda uma reflexão sobre a cultura, a justiça e o profundo sentido das regras”, prossequindo que “sem o respeito das regras não poderemos conviver em sociedade”⁵⁹.

Assim, Roberto Senise Lisboa afirma que:

A invenção do computador levou o mundo a um novo estágio socioeconômico: surgiu a *sociedade da informação* ou *sociedade pós-industrial*, caracterizada por dois fatores determinantes: a internacionalização e a globalização da economia, fenômenos oriundos da multiplicação da ciência e do avanço dos meios de transporte e de comunicação.⁶⁰

Em outras palavras, a Sociedade da Informação caracteriza-se, principalmente, pelo surgimento de novas tecnologias no que se refere aos avanços científicos e dos meios de transporte, mas, principalmente, no desenvolvimento no campo da comunicação social, fomentando a ideia trazida por Lyotard.

No entanto, sugere-se que não se pode limitar a Sociedade da Informação às questões referentes à invenção e tecnologia dos computadores e da internet. Obviamente estes foram grandes propulsores dos sintomas deste momento vivido, por meio dos meios de comunicação de massa. Para Roberto Senise Lisboa:

Não se limita a sociedade da informação, pois, ao computador ou a um direito informático, já que estende-se a qualquer meio de comunicação, presencial ou não.

⁵⁸ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013, p. 05.

⁵⁹ PAESANI, Liliana Minardi. A evolução do direito digital: sistemas inteligentes, a lei nº 12.737/2012 e a privacidade. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O Direito na Sociedade da Informação III: a evolução do direito digital**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23.

⁶⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

Assim, por exemplo: a televisão a cabo, por antena ou via satélite; o telebanking, o teleshopping e o teleworking; o rádio e o telefone.⁶¹

Prossegue o autor afirmando que a sociedade da informação influencia a economia, que passa a ser baseada no conhecimento, com novas regras e maneiras de celebração de contratos. Indica ainda que a economia do conhecimento é pautada em três pilares centrais: a) “o conhecimento impregna tudo o que compramos, vendemos ou produzimos”; b) o bem imaterial possui mais valor que o produto material da empresa; e c) o sucesso nessa nova economia é baseado na utilização de “novas técnicas de gestão, novas tecnologias e novas estratégias”⁶².

As novas tecnologias dos meios de comunicação, em virtude do fortalecimento da tecnologia da informação, propiciaram a divulgação e difusão de pensamentos, opiniões e informações, assim como facilitaram a realização de negócios jurídicos entre indivíduos fisicamente distantes, despertando a atenção dos profissionais e acadêmicos do Direito que buscam novas soluções a questões não encontradas em momentos históricos anteriores⁶³.

A deste fato, alia-se o fato de as novas tecnologias propiciarem a difusão de produtos e serviços que sugerem ao consumidor, em alguns casos, uma falsa ideia de sua necessidade. Dupas afirma que “as novas tecnologias geram produtos de consumo radicalmente novos” que, segundo o autor, geram “ondas de entusiasmo, apoiadas e lançadas por todos os meios de comunicação”⁶⁴.

Em que pese a dificuldade de acesso de uma parte da população à internet e às novas tecnologias informacionais, é possível percebermos uma alteração cultural gradativa frente às estas inovações tecnológicas, fazendo com que cada vez mais o indivíduo passe a interagir

⁶¹ LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, 2006, p. 87.

⁶² LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, 2006, p. 88.

⁶³ LISBOA, Roberto Senise. Apresentação. In: LISBOA, Roberto Senise; DINIZ, Maria Helena (coordenadores). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. IX – XII.

⁶⁴ DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2001, p. 53.

virtualmente com outros indivíduos, inclusive realizando negócios jurídicos que antes somente poderiam ser visualizados pessoalmente e em papel⁶⁵.

Fábio Ulhoa Coelho afirma que a internet se popularizou na segunda metade da década de 1990, ultrapassando os limites universitários nos quais já possuía grande prestígio, passando a ser utilizada como meio de realização de e-commerce, ou também conhecido como comércio eletrônico⁶⁶. Diante desta nova tendência de aumento das relações contratuais utilizando-se dos meios digitais cumpre aos estudiosos do Direito uma análise destas relações e seus efeitos⁶⁷. Sugere-se que a primeira problemática que envolve a questão dos contratos eletrônicos, sendo aqueles celebrados no meio digital, seria de ser um contrato inominado, ou seja, uma nova espécie, ou apenas um meio para a celebração dos contratos em geral. Entendemos que se trata de apenas um meio de exteriorização da vontade dos contratantes, que passam a fazê-la no meio eletrônico. Assim, não seria uma nova modalidade de contrato, mas apenas a alteração do meio de celebração⁶⁸.

Ronaldo Alves de Andrade afirma que além de ser o contrato eletrônico apenas uma forma de exteriorização da vontade e celebração dos contratos, pode-se admitir como sendo desta modalidade aqueles realizados via correio eletrônico, Internet, Intranet, ou qualquer meio eletrônico⁶⁹. Assim, é o ser humano quem exprime sua vontade, servindo a informática

⁶⁵ WELEWICKI, Luís. Contratos e internet: contornos de uma breve análise. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 191.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial: direito de empresa**. Vol. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

⁶⁷ “Várias esferas sociais foram atingidas pelo modo de vida digital. A psicologia foi surpreendida pelo início de relacionamentos pessoais originados nas conhecidas ‘salas de bate-papo virtuais’, em que vários usuários de Internet se conectam e, simultaneamente, trocam mensagens eletrônicas sobre os mais diversos temas. As atividades econômicas globais foram intensificadas por empresas regidas por modelos de negócios inusitados, cujos valores de mercado sofrem talvez as mais intensas oscilações especulativas da História. Criaram-se novas profissões destinadas ao desenvolvimento de novas técnicas comunicacionais: contratam-se *webdesigners*, desenhistas industriais especializados na concepção estética de páginas de Internet, e *webmasters*, programadores responsáveis pelo gerenciamento tecnológico de um *site* de Internet. O jornalismo passou a experimentar uma mídia que possibilita a narração de fatos quase em tempo real, organizados segundo a intenção de cada destinatário. A publicidade passou a veicular seus anúncios num só ambiente que, em tese, reúne conhecimento de produtos e serviços com os meios capazes de operacionalizar as aquisições dos itens anunciados. As artes têm experimentado novos conceitos estéticos com amplas possibilidades de divulgação de massa.” (Cf. WELEWICKI, Luís. Contratos e internet: contornos de uma breve análise. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 193 – 194).

⁶⁸ LISBOA, Roberto Senise; BIONI, Bruno Ricardo. A formação e a conclusão dos contratos eletrônicos. **Revista FMU Direito**. São Paulo, ano 24, n. 32, 2010, p. 124.

⁶⁹ ANDRADE, Ronaldo Alves. Contrato eletrônico no novo código civil e no código de defesa do consumidor. Barueri: Manole, 2004, p. 31.

apenas como instrumento para a manifestação humana⁷⁰. Ademais, não se pode limitar o contrato eletrônico àqueles negócios jurídicos que possuem como objeto a aquisição de bens, ampliando a ideia para diversas outras transações realizadas no meio digital, como por exemplo, a aquisição de produtos ou serviços virtuais como jornais eletrônicos, download de músicas, etc.⁷¹.

O segundo ponto de questionamento frente ao tema trata da nomenclatura a ser utilizada. Segundo Roberto Senise Lisboa e Bruno Ricardo Bioni há uma pequena divergência doutrinária quanto à nomenclatura correta, sendo distintos os Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos e Contratos Eletrônicos. Em que pese entendimento diverso, para os autores, posição com a qual concordamos, os Contratos Eletrônicos são sinônimos dos Contratos Telemáticos, sendo considerados aqueles celebrados através do uso da informática. Já os Contratos Informáticos são considerados como aqueles que possuem como objeto os bens de consumo da informática, independente da forma de contratação⁷². Em outras palavras, podemos entender, portanto, que os contratos eletrônicos, ou contratos telemáticos, são uma nova forma de o ser humano exteriorizar sua vontade a fim de que celebre contratos, diferentemente da forma até então convencional, passando a ser digitalmente pactuado.

Coelho, embora reconheça que não há conceituação legal ou tese jurisprudencial firmada, afirma que em virtude da virtualização dos contratos, possibilitando a realização destes negócios jurídicos por meio da internet, há o que se denominou como estabelecimento virtual, ou seja, que a empresa agora possui uma “sede virtualizada”.

Com o comércio eletrônico, surge um novo canal de vendas, que, metaforicamente, foi equiparado a uma nova espécie de estabelecimento, que seria fisicamente inacessível: o consumidor ou adquirente devem manifestar a aceitação por meio da transmissão eletrônica de dados. Este novo canal de venda é o chamado *estabelecimento virtual*.⁷³

Existindo a possibilidade de realização de negócios jurídicos pela internet, não há como limitá-los a sujeitos que convivem em um mesmo território, tendo em vista que por razão do fenômeno da globalização houve uma interação extraterritorial entre os sujeitos,

⁷⁰ LISBOA, Roberto Senise; BIONI, Bruno Ricardo. A formação e a conclusão dos contratos eletrônicos, p. 124.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial: direito de empresa**. Vol. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54 – 55.

⁷² LISBOA, Roberto Senise; BIONI, Bruno Ricardo. A formação e a conclusão dos contratos eletrônicos, p. 125.

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial: direito de empresa**. Vol. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

possibilitando que seja possível a realização de contratos por pessoas que residam em localidades muito distantes, com legislações distintas. Nesta problemática, Mariana C. Silveira aponta a necessidade de uniformização legislativa para que se torne o comércio eletrônico mais seguro às partes contratantes. Para a autora “há variações na adoção por cada jurisdição que podem levar a inconsistências e barreiras indesejáveis ao desenvolvimento do comércio eletrônico”⁷⁴.

O que se sugere como essencial à verificação dos contratos eletrônicos é a análise de que se trata realmente da pessoa que se identificou para a concretização do negócio jurídico. Ao celebrar um contrato na forma escrita e presencial das partes, fácil é a verificação que foi o próprio pactuante quem assinou o documento, formalizando sua vontade. Nos contratos celebrados no meio digital há uma presunção nesse sentido. Para isso:

Segundo os técnicos, a assinatura digital baseada em criptografia de chave pública é atualmente o único mecanismo que permite assegurar-se em um ambiente inseguro como redes abertas (Internet, por exemplo), a identidade dos indivíduos ou computadores que contratam ou troca mensagens e informações, e que a informação não foi alterada durante a transmissão. (tradução livre)^{75 76}

Explica Devoto que a firma está embasada na criptografia, em algoritmos matemáticos que operam através “del juego de un par de claves, la privada y la pública, que se encuentran íntimamente vinculadas”⁷⁷. Em outras palavras, é a utilização de códigos particulares e outros públicos para uma maior segurança na assinatura digital. De forma técnica:

[...]a assinatura digital é o resultado da transformação de um documento digital através de uma função de envio de mensagem segura, criptografada com a chave privada do assinante, de modo que a pessoa que possui o documento digital original, a transformação criptografada e a chave pública do assinante, é possível determinar com certeza se a transformação foi realizada utilizando a chave privada correspondente à chave pública do assinante e se o documento digital foi alterada

⁷⁴ SILVEIRA, Mariana C.. Avanços recentes do comércio eletrônico nos EUA e no México. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (organizadores). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 29 – 30.

⁷⁵ DEVOTO, Maurício. Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital: la importancia de la intervención notarial en la solicitud del certificado de clave pública. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (organizadores). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 122 – 123.

⁷⁶ Según los técnicos, la firma digital basada en criptografía de clave pública es en la actualidad el único mecanismo que permite asegurar en un medio tan inseguro como las redes abiertas (Internet, por ejemplo), la identidad de las personas o computadoras que contratan o intercambian mensajes e información, y que dicha información no ha sufrido alteraciones durante la transmisión.

⁷⁷ DEVOTO, Maurício. Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital: la importancia de la intervención notarial en la solicitud del certificado de clave pública. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (organizadores). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 123.

desde que a transformação foi feita. No processo de assinatura digital envolvidos: a) uma chave privada para assinar digitalmente; b) a chave pública correspondente para verificar a assinatura digital; c) o certificado de chave pública que identifica o assinante. (tradução livre)^{78 79}

Sob a perspectiva de necessidade de uma melhor verificação da segurança quanto à identidade há o princípio da equivalência funcional para garantir a efetividade e validade dos negócios jurídicos. Segundo Fábio Ulhoa Coelho “do princípio da equivalência funcional decorre a regra de que nenhum ato jurídico pode ser considerado inválido só pela circunstância de ter sido celebrado por transmissão eletrônica de dados”. Assim, equiparando o ato virtualmente celebrado com aqueles realizados fisicamente, garantindo a lisura quanto à demonstração da identidade dos contratantes, pensamos ser possível e válida a celebração de contratos por meio digital.

Diante disso, sugerimos que a maior preocupação nas relações contratuais realizadas no meio digital, em específico nos contratos eletrônicos, deva ser a certeza de que as partes que celebram aquele negócio jurídico são realmente aquelas que disseram ser, para que não existam futuras alegações de nulidade do ato, ou que porventura possam causar danos a alguma das partes, assim como perante terceiros.

5. Considerações Finais

O que nos parece é que a uniformização legislativa seria uma forma de aparente segurança jurídica aos atos jurídicos relacionados com o meio digital.

Em que pese o entendimento de necessidade de uniformização das legislações internacionais, a presente pesquisa caminha para um entendimento que vai além da ideia de imposição das normas acerca de qualquer tema, incluindo as relações contratuais no meio eletrônico.

⁷⁸ DEVOTO, Maurício. Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital: la importancia de la intervención notarial en la solicitud del certificado de clave pública. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (organizadores). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 123.

⁷⁹ [...] la *firma digital* es el resultado de la transformación de un documento digital por medio de una función de digesto de mensaje seguro, encriptado con la clave privada del suscriptor, de forma tal que la persona que posee el documento digital inicial, la transformación encriptada y la clave pública del firmante, pueda determinar con certeza si la transformación fue realizada utilizando la clave privada que corresponde a la clave pública del firmante y si el documento digital ha sido modificado desde que se efectuó la transformación. En el procedimiento de firma digital intervienen: a) una clave privada para firmar digitalmente; b) la correspondiente clave pública para la verificación de la firma digital; c) el certificado de clave pública que identifica al suscriptor.

MALHEIRO, E. P.; SANCHEZ, D. S. *As relações contratuais sob a ótica da sociedade da informação: os contratos eletrônicos*. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

Além da existência de legislação específica para dirimir eventuais litígios que possam ocorrer entendemos que seria necessária a aplicação de princípios norteadores das relações contratuais, como a boa-fé, a eticidade, a reciprocidade etc. Não defendemos o fim da existência das leis, mas sim que sejam utilizadas com base naqueles princípios que deveriam orientar as relações sociais.

Referencias Bibliográficas

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Individualismo e universalismo no Direito Civil brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, RJ, volume 13: p. 64 – 95, 1992. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1992;2000497185>>. Acesso em 21 jul. 2016.

ANDRADE, Ronaldo Alves. Contrato eletrônico no novo código civil e no código de defesa do consumidor. Barueri: Manole, 2004.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. 3. ed. Modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

CATALAN, Marcos Jorge. Negócio jurídico: uma releitura à luz dos princípios constitucionais. **Scientia Iuris (UEL)**, Londrina: Editora da UEL, v. 7/8, p. 367-390, 2004. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11142/9870>>. Acesso em 20 jul. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial: direito de empresa**. Vol. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Luiz Fernando. O estado singular e o direito plural. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, PR, ano 25, n.º 25, Curitiba: UFPR: p. 139 – 164, 1989. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v25i0.8957>>. Acesso em 19 jul. 2016.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEVOTO, Maurício. Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital: la importancia de la intervención notarial en la solicitud del certificado de clave pública. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (organizadores). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MALHEIRO, E. P.; SANCHEZ, D. S. *As relações contratuais sob a ótica da sociedade da informação: os contratos eletrônicos*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: introducción teoría del contrato. V. 1, 6 ed. Madrid: Civitas, 2007.

DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso**. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

GARBI, Carlos Aberto. **O adimplemento da obrigação e a intervenção judicial no contrato face ao princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé**. São Paulo; 2010. [Doutorado – Pontífice Universidade Católica de São Paulo – PUCSP].

ITALIA. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-i/art1321.html>> Acesso em 21 jul. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: a função social do contrato. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, p. 78 – 98, 2006. Disponível em: <<http://direitodatecnologia.blogspot.com.br/>>. Acesso em 07/09/2015.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, p. 78 – 98, 2006. Disponível em: <<http://direitodatecnologia.blogspot.com.br/>>. Acesso em 07/09/2015.

LISBOA, Roberto Senise; BIONI, Bruno Ricardo. A formação e a conclusão dos contratos eletrônicos. **Revista FMU Direito**. São Paulo, ano 24, n. 32, p. 123 – 140, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/86/84>>. Acesso em 20 jul. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, SP, número 722, p. 40 – 45, dez/1995. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/direitofrncaico/1paulo-lobo-contratoemudancasocial>>. Acesso em 18 jul. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOURENÇO, José. O dirigismo contratual, a publicização do Direito pela intervenção do Estado e a heteronomia da vontade como princípio do contrato. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (coord.) **O Direito Civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 335 - 351.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- MALHEIRO, E. P.; SANCHEZ, D. S. *As relações contratuais sob a ótica da sociedade da informação: os contratos eletrônicos*. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.
- MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O editor dos juristas. São Paulo: RT, 1995, p. 497 – 513. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/organon/article/download/39318/25133>>. Acesso em 18 jul. 2016.
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência e glossário. 4. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MORAES, Darcy Paulo. Contratualismo e teoria geral dos contratos privados. **Revista Diálogo do Direito**. Cachoeirinha, RS, volume 1: p. 1 – 7, 2011. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/download/6/5>>. Acesso em 19 jul. 2016.
- PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O Direito na Sociedade da Informação III: a evolução do direito digital**. São Paulo: Atlas, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil” – Revista da EMERJ**. Edição Especial parte 1, fev/jun 2002, p. 38 – 44. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Visualizado em 18 jul. 2016.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **Direito dos Contratos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- RULLI NETO, Antonio. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. (organizadores). **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SIRENA, Hugo Cremonez. **Do contrato ao contrato: um estudo sobre as relações contratuais de fato**. Paraná; 2013. [Mestrado – Universidade Federal do Paraná]. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/29873/R%20-%20D%20-%20HUGO%20CREMONEZ%20SIRENA.pdf?sequence=1>>. Acesso em 21 jul. 2016.
- STARCK, Christian. **Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2011.
- TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria Contratual Pós-Moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo**. CURITIBA: Juruá Editora, 2007.
- TRAVASSOS, Marcelo Zenni. Do modernismo ao pós-modernismo e do positivismo ao pós-positivismo. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**. Málaga, Espanha, Volume 27, p. 1 – 14, jan/mar 2015. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2015/01/modernismo.html>>. Acesso em 18 jul. 2016.

MALHEIRO, E. P.; SANCHEZ, D. S. *As relações contratuais sob a ótica da sociedade da informação: os contratos eletrônicos*. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

WELEWICKI, Luís. Contratos e internet: contornos de uma breve análise. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. Rio Grande do Sul; 2006. [Doutorado – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS]. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 jul. 2016.

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo. **Cadernos de Direito (UNIMEP)**. Piracicaba, SP, volume 1, número 1: p. 157 - 165, 2001. Disponível em: <http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/11_Artigo.html>. Acesso em 19 jul. 2016.