

**UNIVERSIDADE DE ITAÚNA
FACULDADE DE DIREITO**

SABRINA STÉFANE DE ANDRADE LARA

**A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA-FÉ NOS CONTRATOS
ELETRÔNICOS**

SABRINA STÉFANE DE ANDRADE LARA

**A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA-FÉ NOS CONTRATOS
ELETRÔNICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil.
10º Período Noturno.

Orientador: Prof. Paulo Henrique Borges Cruvinel.

Sabrina Stéfane de Andrade Lara

A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA-FÉ NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil.

10º Período Noturno.

DATA DA APROVAÇÃO: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Paulo Henrique Borges Cruvinel (Orientador de Conteúdo) - Nota

Prof^a. Glória Maria de Pádua Moreira (Orientadora de Metodologia) - Nota

AGRADECIMENTOS

A DEUS, fonte de todo conhecimento e sabedoria pelas bênçãos concedidas.

Aos meus amados pais, Veber sempre presente e Carmem pelo apoio em todos os momentos.

Aos meus irmãos Samuel e Sávio pelo incentivo.

Aos meus amigos da faculdade pela amizade.

Agradeço também a todos os meus professores da graduação, em especial ao Prof. Paulo Henrique Borges Cruvinel e à Prof^a. Glória Maria de Pádua Moreira, responsáveis pela realização deste trabalho.

RESUMO

O contrato eletrônico é um procedimento novo que vem sendo adotado constantemente em todos os ordenamentos jurídicos, ou seja: direito civil, trabalhista, comercial etc. Isto porque, um contrato eletrônico é mais fácil de ser manuseado e pactuado, em razão das distâncias que cercam toda a sociedade. Por sua vez, o contrato eletrônico também deve ser revestido com os princípios basilares do direito, que são os princípios da boa-fé e função social. Isto porque, um contrato sem almejar a honestidade, não pode servir como instrumento social. Desta forma, o presente trabalho objetiva fazer um parâmetro entre o contrato e o contrato eletrônico, tendo como objetivo perceber que ambos os contratos devem ter em sua essência a boa-fé e a função social, pois, caso contrário, serão passíveis de anulação. Para tanto, o Direito Civil é estudado, sob a égide do direito contratual, sendo que neste estudo serão apresentadas suas caracterizações e condições, para no fim ser analisado sobre o instituto do contrato eletrônico, a função social e a boa-fé contratual. Portanto, a justificativa deste trabalho é demonstrar a importância do contrato eletrônico em dever estar sempre vinculado com seus princípios orientadores, para fim de se cumprir a sua verdadeira instrumentalidade social.

Palavras-chave: Contrato. Contrato eletrônico. Função social e boa-fé.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	CONTRATO	07
2.1	Definição e evolução histórica	7
2.2	Formação do contrato	11
2.3	Condições de validade do contrato	13
2.4	Nulidades dos contratos	16
2.5	Classificação dos contratos	19
2.6	Função social dos contratos	21
2.7	Princípios que regem os contratos	24
2.7.1	<i>Princípio da autonomia da vontade</i>	<i>24</i>
2.7.2	<i>Princípio do consensualismo</i>	<i>25</i>
2.7.3	<i>Princípio da obrigatoriedade dos contratos.....</i>	<i>26</i>
2.7.4	<i>Princípio da relatividade dos contratos</i>	<i>27</i>
2.7.5	<i>Princípio da boa-fé e probidade.....</i>	<i>27</i>
2.7.6	<i>Princípio da supremacia da ordem pública.....</i>	<i>28</i>
2.7.7	<i>Princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva.....</i>	<i>29</i>
2.8	Extinção dos contratos	30
3	CONTRATOS ELETRÔNICOS	33
3.1	Conceito	33
3.2	Princípios que regem os contratos eletrônicos.....	35
3.2.1	<i>Princípio da equivalência funcional dos contratos realizados em meio eletrônico com os contratos realizados por meios tradicionais.....</i>	<i>35</i>
3.2.2	<i>Princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital.....</i>	<i>36</i>
3.2.3	<i>Princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos.....</i>	<i>36</i>
3.2.4	<i>Princípio da boa-fé objetiva e os contratos eletrônicos.....</i>	<i>37</i>
3.3	Requisitos de validade dos documentos eletrônicos	38
3.4	O Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos.....	40
3.5	Formação e conclusão dos contratos eletrônicos	45
4	A BOA-FÉ E A FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS....	48
4.1	Boa-fé subjetiva	49
4.2	Boa-fé objetiva	50
4.3	A função social baseada na boa-fé contratual.....	51
5	CONCLUSÃO	54
	REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

Os contratos atualmente possuem várias especialidades, entre elas suas condições de validade, conceitos, nulidades, classificações etc.

Por sua vez, os contratos não mais definem somente como expressos em papel ou verbais, mas sim também àqueles provenientes dos virtuais, ou seja, dos contratos eletrônicos.

Neste passo, insurge a ideia de que nos contratos eletrônicos possuem regramentos distintos ou normas específicas, porém, o direito ainda não os define de forma diferenciada com os contratos tipicamente normais.

Por essa razão, deve-se deixar claro que os contratos eletrônicos devem estar substanciados das mesmas disposições existentes nos contratos definidos pelo Código Civil (BRASIL, 2002), inclusive pelos seus princípios norteadores.

Entre os princípios encontram-se o da boa-fé e o da função social, que são de extrema importância para o contrato eletrônico.

E não poderia ser diferente, pois, como o contrato eletrônico as partes não se veem, deve ser de extrema confiança e honestidade.

Assim, o presente contrato trará disposições sobre a função social e a boa-fé nos contratos eletrônicos.

No primeiro capítulo, será analisado sobre os conceitos e características principais de um contrato, inclusive seus princípios norteadores.

No segundo capítulo, serão analisados sobre os contratos eletrônicos, trazendo seus conceitos, princípios e requisitos. Será examinado também neste mesmo capítulo o Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos (BRASIL, 1990), bem como sua formação e conclusão.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisado sobre a boa-fé e a função social nos contratos eletrônicos, baseando-se na boa-fé subjetiva e objetiva.

Assim, tem-se o presente trabalho, sendo de extrema importância analisar cada aspecto contratual, para depois passar ao estudo dos contratos eletrônicos, para fim de se chegar a conclusão que um contrato, seja ele eletrônico ou não, nunca poderá deixar de pautar pelos seus princípios orientadores, principalmente no que tange a boa-fé e a função social. Justifica o presente trabalho demonstrar a importância destes princípios, haja vista a rotineira utilização deste tipo de contrato.

2 CONTRATO

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), tratava sobre o negócio jurídico brasileiro com a denominação 'ato jurídico'. Para tanto, o artigo 81, do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916, p. 26), trazia em seu texto legal o meio de se alcançar, imediatamente, a aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos para, e em seguida, no artigo 82, também do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916, p. 26), determinava os seus requisitos de validade, observada a capacidade, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

A partir do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), a expressão 'ato jurídico' alterou-se para 'negócio jurídico', conforme Livro III, Título I, do Código em comento (BRASIL, 2002, p. 245).

Destarte, o negócio jurídico depende da manifestação das partes, que podem ou não realizar atos para se chegar a um fim específico.

De tal modo, este negócio jurídico se exterioriza principalmente através de um contrato, que é um meio que as partes tem para realizarem acordos e pactos.

Nesta seara, deve-se primeiramente analisar o conceito e evolução histórica do contrato.

2.1 Definição e evolução histórica

A palavra contrato tem origem do latim *contractu* que significa acordo. Sendo assim, pode-se dizer que o contrato é um acordo de vontade entre duas ou mais pessoas que cria direito e obrigações ou até mesmo para assegurar algum direito entre as pessoas que realiza este pacto. (COELHO, 2010).

Em outras palavras, o contrato é a forma onde se adquire, resguarda, extingue ou modifica algum tipo de direito. Nestas palavras que é conceituado o contrato através de vários doutrinadores.

Como por exemplo, é o entendimento de Clóvis Beviláqua (1916, p. 27): “[...] contrato é o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”.

Já para Maria Helena Diniz (2008, p. 58):

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Quando se refere ao termo contrato, chega-se à conclusão de que é um negócio jurídico onde as partes que o celebram passam a ter direitos e deveres a partir de sua celebração, em virtude do acordo de vontade que ali expressarão, gerando assim obrigações para ambas as partes. (COELHO, 2010).

Para Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 36): “[...] é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros”.

Complementando a definição supracitada, Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 36) assevera que:

[...] ele é necessariamente negócio jurídico integrado por duas ou mais partes. Os negócios jurídicos unilaterais, como a promessa de recompensa ou a gestão de negócios, não são contratos. Não se deve confundir, entretanto, a quantidade de partes do negócio jurídico com a de contratantes obrigados pelo contrato. Quando apenas uma das partes da relação contratual se obriga, como na doação pura, comodato, venda em consignação ou mútuo, o contrato é unilateral, embora continue sendo negócio jurídico bilateral.

Evitando as malicitudes ao realizar um contrato, evita-se a vulnerabilidade e a hipossuficiência das partes que realizam o negócio jurídico. Cada país possui suas particularidades ao firmar um contrato, mas existem alguns requisitos que são básicos para que se elabore um contrato, como por exemplo: o objeto que deu causa ao contrato e o consentimento das partes, pois, este deve ser de forma espontânea, tornando até mesmo o ato nulo se for de forma enganosa ou utilizando meios de violência.

Conforme Washington de Barros Monteiro (2003, p. 19): “[...] contrato é mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto”.

E ainda, complementa o mesmo autor supra:

[...] sobre a definição do contrato, muitos Códigos dão-se ao trabalho de definir o contrato, como o francês (art. 1.101) e o argentino (art. 1.137). Escusou-se o nosso de fazê-lo, no que andou bem. Não é função do

legislador ministrar definições; definir é tarefa que compete à doutrina e não a um Código, ou a um corpo de leis. A definição romana, formulada por Ulpiano, apesar de concisa, era extremamente correta: *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, ou, em vernáculo, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto. O contrato pressupõe, destarte, necessariamente, intervenção de duas ou mais pessoas, que se põem de acordo a respeito de determinada coisa. (MONTEIRO, 2003, p. 04).

Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 12):

[...] um contrato é um vínculo jurídico entre dois ou mais sujeitos de direito correspondido pela vontade, da responsabilidade do ato firmado, resguardado pela segurança jurídica em seu equilíbrio social, ou seja, é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. É o acordo de vontades, capaz de criar, modificar ou extinguir direitos.

Na concepção de Jones Figueirêdo Alves (2002, p. 43), contrato é: “[...] o ato ou efeito de contratar. Acordo feito entre duas ou mais pessoas com a obrigação de dar fazer ou não fazer alguma coisa”.

Quanto ao objeto do contrato, este, por ser firmado por diversos motivos, não ferindo a moral e os bons costumes, deve também estar de acordo com a lei.

Ou seja, para que o contrato tenha sua validade, devem ser observados outros aspectos que serão vistos posteriormente, mas apenas para citar, são eles a boa-fé e a função social, protegendo assim o interesse da coletividade e dando a oportunidade para que as partes tenham seus direitos protegidos.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 07):

[...] o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O contrato é, pois, um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Por existirem inúmeras as espécies de contratos, cada país adapta uma modalidade diferente que condiz com a realidade do local e com as necessidades de quem esta pactuando, adequando o contrato com as normas e as leis de cada local, entretanto, todos devem se valer da boa-fé e função social.

E por fim, novamente nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2002, p. 23):

[...] o contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral, ou plurilateral, dependendo para sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados.

Deveras, a essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecidos pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa.

Em relação a sua evolução histórica, bem destaca Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 364), a qual explica sobre contrato nos tempos de outrora:

[...] no direito Romano primitivo, os contratos, como todos os atos jurídicos, tinham caráter rigoroso e sacramental. As formas deviam ser obedecidas, ainda que não expressassem exatamente a vontade das partes. Na época da Lei das XII Tábuas, a intenção das partes estava materializada nas palavras corretamente pronunciadas.

O contrato no Direito Romano Clássico era dotado de rigor formalista. Ele não era visto como meio regulador para qualquer operação econômica. Para cada operação havia uma fórmula que deveria ser seguida para que essa operação tivesse a proteção estatal. O mero acordo de vontades não era suficiente para criar as obrigações. (ALMEIDA, 2013).

Nesse período, também, haviam alguns contratos – denominados *pacta* – que, mesmo destituídos de fórmula, eram aceitos, contudo não tutelados. Ou seja, nesses contratos o credor não poderia exigir a prestação em juízo, mas caso recebesse a prestação poderia retê-la.

Conforme disserta Bruno Torquato de Oliveira Naves (2007, p. 231):

[...] pode-se perceber a utilização de três vocábulos para designar fenômenos semelhantes: *convenção*, *contrato* e *pacto*. A *convenção* era gênero e as espécies eram o *contrato* e o *pacto*. Contratos eram *convenções* normatizadas e por isso protegidas pela via da *actio*. Três eram as espécies contratuais: a) *litteris*, que exigia inscrição no livro do credor (denominado de *codex*); b) *re*, que se fazia pela tradição efetiva da coisa; e c) *verbis*, que se celebrava pela troca de expressões orais, como em um ritual religioso. Esses contratos tinham proteção judicial prevista pelo *ius civile*, podendo reclamar via *actio* sua execução. [...] o *pacto* era um acordo não previsto em lei. Não exigia forma especial, nem era protegido pela *actio*.

Já o contrato no Direito Medieval, sofreu forte influência do Direito Canônico, Romano e Germânico costumeiro e assim apresentava parte do formalismo do Direito Romano. Com o crescimento da economia mercantil esse formalismo contratual passou a ser um entrave para as contratações, que pretendiam cada vez mais rápidas. Tornou-se, assim, comum, no instrumento contratual, constar que as fórmulas foram cumpridas, mesmo que, na prática, não fossem realizadas. Além disso, era comum, ao se celebrar um contrato, fazer um juramento com motivos

religiosos para dar força àquele contrato. (ALMEIDA, 2013).

Outro aspecto importante, por influência do Direito Canônico que tinham a mentira como pecado, considerava-se o descumprimento contratual tal qual a mentira, sendo, portanto, também condenado. Acreditava-se que se a obrigação fosse assumida de forma livre e consciente, não haveria motivos para se descumprir o contrato. (ALMEIDA, 2013).

Deste modo, em processo de síntese, o modelo democrático de contrato deve estar em conformidade com o período histórico que se vive. Ainda, nesse processo de síntese não se pode admitir que a vontade seja intangível ou mesmo que a essência do contrato seja o interesse social. Ambos, privados e Estado devem proteger e promover a dignidade humana. Deste modo, o contrato, no Estado democrático de direito, deve ser efetivado tendo em vista essa prerrogativa de proteção e promoção da dignidade humana. (ALMEIDA, 2013).

Desta forma, trazida a conceituação e evolução histórica do contrato, analisa-se a seguir suas condições e características principais.

2.2 Formação do contrato

De acordo com Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 400), a formação dos contratos ocorre da seguinte forma: “[...] os contratos requerem a convergência de, no mínimo, duas vontades coincidentes; ou consentimento; proposta ou policitação (declaração que parte do proponente ou policitante) e aceitação (que parte do aceitante ou oblato)”.

Desta feita, observa-se que para a formação de um contrato, é necessário ocorrer alguns requisitos, quais sejam: haver negociações preliminar, que são as tratativas, conversas etc., e a aceitação das partes.

Para a negociação preliminar, acentua Orlando Gomes (2000, p. 65):

Negociações preliminares são as tratativas, conversas prévias, debates, ‘punctuação’ (acordos parciais), são prévios à formação dos contratos; o contrato não é obrigatório, até porque ainda não existe enquanto tal; no entanto, pode surgir responsabilidade para os participantes dessas negociações: responsabilidade pré-contratual; p. ex., violação dos deveres de lealdade e informação, ou, ainda, rompimento injustificado das tratativas.

Como afirmava Clóvis Beviláqua (1916, p. 52):

[...] na formação dos contratos destacam-se momentos da elaboração interna ou meramente psychica, e momentos de elaboração externa'. Nesse primeiro momento, a vontade é mera reserva mental (CC/2002, art. 110) e não gera efeitos jurídicos, o que só vai acontecer quando ela se deixa conhecer, por meio da declaração. Essa primeira declaração, com o intuito de celebrar um contrato, é denominada proposta.

Nesta fase preliminar, insere-se a proposta, que segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 89) é da seguinte forma: “[...] a proposta há de ser séria, inequívoca, precisa e completa. O conteúdo da proposta deve denotar a intenção de celebrar o contrato. As declarações que visem simplesmente à aproximação e o “convite a fazer oferta” não configuram oferta”.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 114): “[...] a proposta se distingue das tratativas por ser declaração de vontade decisiva na formação do contrato”. Segundo Orlando Gomes (2000, p. 67): “[...] a proposta (digna desse nome) é séria, obrigante e definitiva, ou não será proposta”.

Após a proposta, vem a oferta, que segundo o artigo 429, do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 281), pode ser feita a pessoa indeterminada (oferta ao público), valendo, nesse caso, como proposta e não como convite a fazer oferta.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 93):

A proposta é obrigatória, no prazo da resposta, salvo se o contrário resultar de seus próprios termos, da natureza do negócio (quanto à formalidade da proposta, o art. 759, relativo ao contrato de seguro), ou das circunstâncias do caso (art. 427 do Código Civil). Significa dizer que, uma vez formulada (ressalvadas as exceções previstas em Lei), a proposta vincula o proponente e, portanto, obriga a realização do contrato, caso haja aceitação eficaz (isto é, tempestiva e não seguida de retratação).

E ainda destaca Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 409), sobre os ausentes e presentes:

O que são ‘ausentes’ e ‘presentes’? A definição de ‘ausente’ é aquela dos arts. 22 e ss.? Não. O ausente, aqui, é aquele que não pode declarar sua vontade direta e imediatamente. Portanto, quando há comunicação telefônica, há proposta e aceitação entre presentes (CC, art. 428, I). E via internet? Se houver possibilidade de manifestação simultânea, a proposta é entre presentes. Se não (por e-mail, por exemplo), será entre ausentes.

E por fim, para a completa formação do contrato, vem a aceitação. Conforme

ensina Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 110):

Aceitação é a aquiescência a uma proposta. Pode exteriorizar-se por declaração ou pela prática de atos (p. ex., pelo início do cumprimento ou por atos de apropriação, como quem recebe um livro que não encomendou e inicia sua leitura ou se comporta como seu dono), ou, até mesmo, pelo silêncio (silêncio circunstanciado ou silêncio conclusivo, CC, arts. 107, 111 e 432). A aceitação apenas terá o efeito de formar o contrato se for plena. Proposta e aceitação, segundo Orlando Gomes, devem ser perfeitamente coincidentes, sob pena de não se formar o contrato. Dissenso manifesto (impede a formação do contrato, plano da existência) vs. Dissenso Oculto (revela vício da vontade, invalidando o contato – plano da validade).

E complementa Washington de Barros Monteiro (2003, p. 69):

A aceitação vincula quando manifestada tempestivamente. A aceitação tardia pode ser considerada pelo proponente, que não está a tanto obrigado (também nesse caso, trata-se de contraproposta, nos termos do art. 431). Observar, ainda, a regra do art. 430, no que diz respeito à aceitação que, embora expedida a tempo, chega tardiamente ao conhecimento do proponente.

Assim, havendo as negociações e após a aceitação, o contrato estará formado para ambas as partes, e neste passo, para que o mesmo tenha validade, deve-se observar alguns outros requisitos, conforme se verá no tópico a seguir.

2.3 Condições de validade do contrato

Para que o contrato tenha sua validade são elencados alguns pontos que são denominados objetivos, subjetivos e formais, que vão estabelecer os pressupostos que devem ser obedecidos de acordo com a legislação. (COELHO, 2010).

Os pontos objetivos que devem ser obedecidos são a licitude do objeto contratual, que diz respeito ao objetivo do contrato. Os pontos a serem observados são a possibilidade física ou jurídica do objeto, ou seja, determinar o objetivo do contrato, descrevendo suas características e o valor econômico do objeto. Já os pontos subjetivos referem-se às partes do contrato, podendo ser de forma bilateral ou plurilateral, a capacidade das partes e o consentimento das mesmas. (COELHO, 2010).

Orlando Gomes (2000, p. 85) ensina sobre a capacidade das partes de um contrato:

A capacidade das partes é o primeiro elemento (art. 104, I), pois o contrato celebrado pelo incapaz é nulo (166, I) e pelo relativamente incapaz é anulável (171, I). A nulidade é assim mais grave do que a anulabilidade, mas o menor e o louco, embora incapazes, podem adquirir direitos e celebrar contratos, desde que devidamente representados. Então os pais representam os filhos, os tutores representam os órfãos e os curadores representam os loucos (assunto de Direito de Família, Civil 6). Desta forma, a capacidade de direito é inerente a todo ser humano (art. 1º), a capacidade de fato é que falta a algumas pessoas (ex: menores, loucos) e que por isso precisam ser representadas para celebrar contratos.

No que se refere à possibilidade jurídica do objeto, diz respeito ao fato de que a lei em momento algum pode ser contrariada, devendo ser observados todos os seus aspectos, inclusive o aspecto moral.

Washington de Barros Monteiro (2003, p. 74) disserta sobre a possibilidade jurídica do objeto do contrato da seguinte forma:

[...] quanto à possibilidade do objeto, seria impossível contratar um mudo para cantar, ou vender passagens aéreas para o sol. O objeto também precisa ser determinado ou determinável, como nas obrigações de dar coisa certa ou incerta. Finalmente, o contrato precisa ter valor econômico para se resolver em perdas e danos se não for cumprido por ambas as partes, conforme explicado na aula passada. O valor econômico do contrato viabiliza a responsabilidade patrimonial do inadimplente, já que não se vai prender um artista que se recusa a fazer um show. O artista será sim executado patrimonialmente para cobrir os prejuízos, tomando o Juiz seus bens para satisfazer a parte inocente.

Destarte, quando se refere à possibilidade física ou jurídica do objeto, se diz sobre a existência do objetivo, ou seja, se o objeto motivo do pacto que será realizado naquele momento realmente existe, pois, uma vez que for pactuado algo inexistente, o contrato se torna inexecutável.

Ao determinar o objeto do contrato, que é um dos pressupostos para a sua formulação, deve-se descrever suas características, pois, não é possível realizar um contrato cujo objeto seja indeterminado.

Segundo Washington de Barros Monteiro (2003, p. 72):

[...] objeto do contrato é a operação, é a manobra que as partes visam realizar. O objeto corresponde a uma prestação lícita, possível, determinada e de valoração econômica. Então A não pode contratar B para matar C, nem A pode contratar B para comprar contrabando ou drogas, pois o objeto

seria ilícito. Igualmente o filho não pode comprar um carro com o dinheiro que vai herdar quando o pai morrer, pois a lei proíbe no art. 426 (chama-se de *pacta corvina*, ou pacto de corvo este dispositivo já que é muito mórbido desejar a morte do pai, e ninguém garante que o filho é que vai morrer depois).

No que se refere à forma do contrato, este pode ser de forma expressa onde as partes colocarão em um documento o que foi acordado, ou seja, de forma escrita. Os contratos podem ser ainda realizados de forma tácita, sendo que, nesta forma, não existe um documento que comprove o que foi acordado entre as partes, pois foi realizado de forma verbal; mas existem alguns elementos probatórios de que o acordo ocorreu, como por exemplo, testemunhas ou até mesmo serviços que foram realizados.

E para complementar, existem os contratos que são realizados de forma eletrônica, a qual será delineada no transcorrer dos capítulos.

Em relação aos pressupostos para a validade do contrato, é denominado no meio jurídico como forma subjetiva, podendo o contrato ser celebrado por duas ou mais pessoas, sendo necessário observar se o agente seja capaz, para praticar os atos da vida civil. O Código Civil brasileiro alude em seu artigo 1º (BRASIL, 2002, p. 229) que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. (COELHO, 2010).

Posteriormente a legislação menciona as pessoas que não podem exercer os atos da vida civil, excluindo assim os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes, conforme artigos 3º e 4º do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 229) abaixo transcritos:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Destarte, nos casos em que não são observados os requisitos da capacidade civil, conforme mencionado nos artigos acima descritos, os atos praticados por pessoas que se enquadrem nas condições dos artigos 3º e 4º do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 229), serão considerados nulos ou anuláveis.

Ademais, os contratos devem ser celebrados de forma espontânea, não existindo nenhuma fraude e nem mesmo coação das partes que praticam o ato, deve ser respeitada a liberdade de vontades das partes que pactuam. (GONÇALVES, 2009).

Os requisitos formais são direcionados antes que o contrato seja realizado. Sendo assim, para que o contrato tenha sua validade e não seja considerado de forma prescrita, deve ser pautado na boa-fé, para os casos em que a lei não determina forma especial, pois, para os contratos em que a legislação prevê uma forma especial é necessário que se cumpram as normas ali estabelecidas. (GONÇALVES, 2009).

Em outras palavras, se as normas não forem obedecidas na forma que a legislação prevê, para os contratos denominados contratos especiais e se não for pautado na boa-fé para os contratos que não exigem uma forma especial, os atos que forem praticados serão considerados nulos de pleno direito.

Portanto, observa-se que o contrato é livre, todavia, deve ser orientado pelas regras definidas pela lei e, sobretudo, pela boa-fé e função social, mormente estes requisitos também devem ser observados em um contrato eletrônico.

2.4 Nulidades dos contratos

Os contratos serão declarados como nulos nos casos em que existir algum defeito ou um vício pelo qual os contratantes sejam incapazes de realizar os atos que foram acordados. Também serão considerados como nulos os contratos que estiverem em desacordo com a legislação. Neste passo, os contratos podem ser considerados como nulos ou anuláveis. (GONÇALVES, 2009).

Será nulo quando os vícios contrariarem a legislação, não preenchendo os requisitos para sua validade no âmbito jurídico e será anulável quando o fato contrariar apenas a cláusula, não contaminando o contrato num todo.

(GONÇALVES, 2009).

Para melhor entendimento, é o que ensina Waldirio Bulgarelli (2000, p. 69), onde disserta sobre a nulidade relativa ou anulabilidade:

[...] são considerados negócios anuláveis os praticados por relativamente incapazes, ou que possuam os chamados vícios do consentimento - erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou pelo vício social, apesar de no código ser tido como vício de consentimento, fraude contra credores (art.171 do Código Civil de 2002). A legitimidade para pedir a anulação, diferente do caso de nulidade absoluta, está restrita aos interessados (partes prejudicadas), de acordo com o art. 177 do Código Civil de 2002. Decaído o prazo para a entrar com a ação anulatória o contrato se ratifica entre a partes não tendo mais vício algum.

Sendo assim, a nulidade pode ser considerada como absoluta, onde os atos praticados serão considerados nulos ou relativa, em que os atos serão anuláveis.

O artigo 166 do Código Civil (BRASIL, 2002) demonstra as hipóteses em que pode ocorrer a nulidade absoluta nos contratos:

- a) celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- b) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- c) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- d) não revestir a forma prescrita em lei;
- e) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- f) tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- g) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Segundo ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 532):

[...] enquanto os negócios anuláveis podem ser naturalmente confirmados pelas partes, fazendo assim desaparecer o defeito que os atingia, o mesmo não se passa com os negócios nulos. Estes são verdadeiros natimortos. Surgem no mundo do direito sem vida e não é dado nem ao juiz suprir-lhes o vício profundo que lhes acarreta a invalidade, nem as partes a força de ratificá-los. Os vícios dessa espécie são insanáveis e insupríveis.

Não serão considerados válidos os atos realizados por incapazes, pois estes devem estar acompanhados de seu representante legal. Para que o contrato tenha validade, o ato deve ser realizado pelo representante do incapaz. Esta é a lição de Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 432):

A declaração de vontade manifestada pelo incapaz entra no mundo fático (existe) mas não penetra no mundo jurídico (não vale). Para valer juridicamente teria de ter sido manifestada pelo representante legal. Somente este poderia querer pelo incapaz. Nem mesmo a autorização dada pelo representante à prática do negócio pelo incapaz o tornaria válido. Nem o representante poderia autorizá-lo ou dar-lhe poderes; nem o incapaz poderia, validamente, recebê-los. Em alguns casos, nem mesmo a representação é suficiente para validar os negócios sobre o incapaz, pois a lei somente os permite se previamente autorizados pelo juiz (art. 1.691 e 1.748). Outras vezes, até mesmo com a autorização do juiz o negócio ainda será nulo, porque a lei o veda e nega validade à própria autorização judicial (ressalvas do art. 1691, caput, e do art. 1749).

A título de exemplo, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2009), em que foi declarada a nulidade do contrato em razão da falta de elemento essencial de validade do negócio jurídico, a abertura de crédito realizado por um menor absolutamente incapaz:

AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. DEVEDOR MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE. ELEMENTO ESSENCIAL DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. NULIDADE DECLARADA DE OFÍCIO. VOTO VENCIDO. A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, motivo pelo qual, verificando-se que negócio jurídico carece de um desses elementos essenciais, não deve subsistir, impondo-se a declaração de sua nulidade, posto absoluta, até mesmo de ofício pelo julgador quando constatá-la. Tendo sido os contratos de abertura de crédito e de seguro celebrados com utilização de documentos falsificados de menor absolutamente incapaz, que assinou pessoalmente todos os instrumentos, sem prévia autorização judicial e qualquer menção a aquiescência de sua representante legal, devem ter sua nulidade declarada, determinando-se o retorno das partes a seu estado anterior, em razão de vício essencial a sua validade. V.v.: Tem-se que no âmbito de abrangência da solidariedade vão ser alcançadas tanto a boa-fé objetiva, quanto a função social do contrato, e qualquer ato praticado sem estes imperativos devem ser considerados, abuso de direito, ainda que respaldado em lei. (TJMG. Apelação Cível. Processo nº.: 1.0145.07.408214-3/001(1). Relator Desembargador Marcelo Rodrigues. Data do Julgamento: 29 jul. 2009).

No que tange à nulidade relativa, será anulado o negócio jurídico que for proveniente de vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores. Neste passo ensina Maria Helena Diniz (2008, p. 155) que: “[...] a coação seria qualquer pressão física ou moral exercida sobre pessoa, os bens ou a honra de um contratante para obrigá-lo a efetivar certo ato negocial”.

Ainda preceitua Maria Helena Diniz (2008, p. 156) sobre os defeitos que geram a anulação do negócio jurídico:

O *dolus malus*, de que cuida o art. 145, é defeito de negócio jurídico, idôneo

a provocar sua anulabilidade, dado que tal artifício consegue ludibriar pessoas sensatas e atentas. Dolus causam dans ou dolo principal. O dolo principal ou essencial é aquele que dá causa ao negócio jurídico, sem o qual ele não se teria concluído, acarretando a anulação daquele ato negocial.

Salienta-se que os contratos, quando são declarados como nulos, não terão mais validade no âmbito jurídico. Já os contratos anuláveis podem possuir validade no âmbito jurídico, desde que sejam sanadas as cláusulas que possuem alguma espécie de vício.

2.5 Classificação dos contratos

Existem várias formas para se realizar um contrato e, para facilitar, eles são classificados de formas distintas de acordo com as obrigações a que se destinam, as vantagens, do papel social, da formação, dentre outros requisitos que são essenciais para a formação dos contratos.

A doutrina de Carlos Roberto Gonçalves (2009) classifica os contratos da seguinte forma:

- a) contratos consensuais e reais;
- b) contratos unilaterais e bilaterais;
- c) contratos gratuitos e onerosos;
- d) contratos comutativos e aleatórios;
- e) contratos de execução imediata, diferida e sucessiva;
- f) contratos solenes e não solenes;
- g) contratos escritos ou verbais;
- h) contratos paritários e de adesão;
- i) contratos principais e acessórios;
- j) contratos típicos e nominados e contratos atípicos e inominados.

Cada classificação possui uma maneira de formação, sendo que Carlos Roberto Gonçalves (2009) propõe da seguinte forma:

- a) contratos consensuais: são aqueles que dependem apenas de um consenso das partes, para que se tornem válidos. A legislação não prevê uma forma especial para realização desta forma de contrato, portanto, pode ser de forma expressa ou

- tácita, ocorrendo com o simples fato da proposta e da aceitação. Nos contratos reais a realização do contrato ocorrerá quando além de se ter o consentimento das partes, é realizado o que foi proposto, que nada mais é do que o cumprimento do contrato com a entrega do que foi pactuado;
- b) contrato unilateral: ocorre esta modalidade de contrato nos denominados contrato de comodato, contrato de mútuo e contrato de doação, pois, são os contratos onde apenas uma parte assume a obrigação. Já nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos ambas as partes assumiram as obrigações. O contrato sinalagmáticos nada mais é do que a causalidade de prestação onde a obrigação de uma das partes gera a obrigação da outra parte, como por exemplo, no contrato de compra e venda, quando ocorre a entrega do objeto por uma das partes a outra deve pagar pelo objeto o que foi acordado entre eles;
 - c) contratos gratuitos ou onerosos: nos contratos gratuitos apenas uma das partes será beneficiada. O contrato a título oneroso são aqueles que trazem vantagens para ambos os contraentes, pois estes sofrem um sacrifício patrimonial, correspondente a um proveito almejado;
 - d) contratos comutativos e aleatórios: os contratos comutativos ambas as partes se comprometem na prestação. As prestações são certas e determináveis, podendo qualquer dos contratantes antever o que receberá em troca da prestação que oferece, ambas as partes recebem uma contraprestação. Já os contratos aleatórios prevê um risco futuro, pois são contratos em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto, por depender de um risco futuro, capaz de provocar sua variação;
 - e) contratos de execução imediata, diferida e sucessiva: nas modalidades de execução imediata são contratos que possuem um prazo único onde a resolução é imediata. A espécie de execução diferida é aquela em que a prestação de uma das partes não se dá de um só jato, porém a termo, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*. E a de execução sucessiva são aqueles onde o cumprimento da obrigação se dá em etapas periódicas, que sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato;
 - f) contratos solenes e não solenes: o contrato solene é aquele que exige uma legislação especial, e serão considerados como realizados a partir do momento

em que for cumprido o que está previsto em lei, como por exemplo, a realização de uma escritura pública. Já os não solenes serão validados apenas com o consentimento das partes, não é exigido uma forma especial;

- g) contratos escritos ou verbais: os contratos escritos são aqueles contratos que são realizados através de escritura pública ou até mesmo particular, e os contratos verbais são realizados pelo simples fato da anuência das partes de forma verbal;
- h) contratos paritários e de adesão: são denominados contratos paritários aqueles em que ambas as partes podem discutir e opor nas cláusulas para construção do contrato, pois, as partes estão na mesma condição de igualdade. Já nos denominados contratos de adesão apenas uma parte se opõe e a outra da anuência, pois, não tem direito de discutir e modificar as cláusulas que foram previstas no contrato;
- i) contratos principais e acessórios: os contratos principais são aqueles que não precisam de nenhum outro para completar, nele já está previsto todas as condições, são independentes. Os contratos acessórios são aqueles cuja existência jurídica supõe a do principal, pois visam assegurar a sua execução, sendo assim, diferentes dos principais os acessórios necessitam da existência de um contrato anterior a ele, pois, ele apenas garante o que foi pactuado no contrato anterior ou modifica algo que foi previsto anteriormente;
- j) contratos típicos e atípicos: típicos são contratos que possuem uma previsão legal. Os contratos atípicos e inominados são aqueles que surgem a partir da liberdade contratual, não sendo necessária uma regulamentação e nem possuir denominação própria, podendo nascer através do que as partes desejam acordar.

Todas estas classificações ajudam fazer com que os contratos sejam mais fáceis de serem elaborados, bastando haver sempre a boa-fé contratual e observando sua função social, o que se analisará a seguir.

2.6 Função social dos contratos

A função social é, em suma, uma das mais importantes fontes para

celebração de um contrato. Isto porque, se as partes não agirem de forma a preservar a função social, poderá prejudicar a sociedade como um todo.

O conceito de função social está mais ligado ao hipossuficiente, isto é, na proteção daqueles que podem ser lesados em decorrência da falta de equilíbrio entre as partes. É o que emana do entendimento de Luiz Renato Ferreira da Silva (2003, p. 03):

A função social, *lato sensu*, consiste na proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos pobres e aos desamparados, 'mediante adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada das riquezas'. É a aplicação, no fundo, do princípio da igualdade substancial.

Por sua vez, segundo José Renato Gaziero Cella (2004, p. 05):

[...] função social pode significar o papel de algo dentro de uma dada sociedade, seja uma função de avanço social, seja uma função de equanimidade, seja de dissipação de conflitos; enfim, torna-se muito vago tal ponto de partida. Ademais, esta construção teórica não contempla um uso predefinido que seja alce a segurança jurídica, meta da função social econômica do contrato.

E continua o mesmo autor supra afirmando:

[...] 'a lei não contém palavras inúteis' só pode nos conduzir à conclusão de que o artigo 421 não cuida de nenhuma dessas garantias (a redundância seria inútil), mas de alguma outra, mais genérica, de fronteiras incertas e com efeitos ainda indeterminados (e potencialmente drásticos) sobre a liberdade contratual. O aumento da incerteza acerca da coercitividade dos contratos contribui para a majoração dos custos de transação e para a ineficiência econômica. Portanto, a menos que seja resgatado por uma prudentíssima exegese, o dispositivo contido no artigo 421, talvez realize o oposto do que parece ser a intenção da lei, dificultando o cumprimento da função social precípua de muitos contratos. (CELLA, 2004, p. 07).

Portanto, pode-se afirmar que, nas palavras de Antônio Carlos Rocha da Silva (2004, p. 12):

Ao dizer que o contrato tem função social, o Código Civil não deu liberdade ao Judiciário de invadir a competência do Poder Legislativo - o que violaria normas constitucionais - mas apenas, deu-se relevância à boa fé objetiva, à lealdade e à transparência exigidas do homem probo e de moral ilibada quando da construção do negócio jurídico contratual.

Em relação ao contrato em si, bem acentua Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 52):

[...] cumpre sua função social o contrato que não sacrifica, compromete ou lesa interesses metaindividuais (públicos, difusos ou coletivos) acerca dos quais não têm os contratantes a disponibilidade. O contrato que descumpra a função social, prejudicando interesses dessa ordem, é nulo.

Diante desse contexto, a função social do contrato importa no reconhecimento de que o contrato não pode ser considerado como direito absoluto, devendo estar ligado ao instituto jurídico da igualdade. (COELHO, 2010).

A própria legislação em vigor prevê a função social do contrato, estando estipulada no artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 281) da seguinte forma: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Destarte, a função social do contrato possui nítido relacionamento com o princípio da boa fé, que exige que as partes ajam com lealdade e confiança recíprocas, devendo colaborar, mutuamente, na formação e execução do contrato, tudo na mais absoluta probidade. (COELHO, 2010).

Conforme afirma Antônio Carlos Mathias Coltro (2001, p. 212):

[...] a função social instrumentaliza-se pelos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, ressaltando-se que o princípio do *pacta sunt servanda* não vigora mais em toda a sua intensidade. O princípio da função social do contrato se revela da forma de que o contrato não pode mais ser visto pela ótica meramente individualista, já que possui um sentido social para toda a comunidade. Considera-se violado o princípio da função social dos contratos quando os efeitos externos prejudicarem injustamente os interesses da sociedade ou de terceiros não ligados ao contrato firmado.

Caso não seja observada a função social nos contratos, cabe ao juiz adotar medidas para declara nulas as cláusulas malélicas, ou, declarar nulo o contrato por completo, pois a lei não terá sido obedecida.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 51):

[...] a consequência para a inobservância da cláusula geral da função social do contrato é a nulidade do negócio jurídico e a responsabilidade dos contratantes pela indenização dos prejuízos provocados. No descumprimento do dever geral de boa-fé importa repercussões restritas aos interesses dos contratantes, e a mera responsabilidade civil é consequência adequada à plena coibição do ilícito, não sendo necessária a validade do contrato, no entanto, no desrespeito à cláusula geral da função social.

Suprindo o entendimento da função social nos contratos, Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 72) afirma que:

[...] o atendimento a função social pode ser focado sob dois aspectos: um individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade.

Assim, a função social adotado pelo Código Civil (BRASIL, 2002) reflete na prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana, uma vez que nenhuma pessoa estranha ao contrato deve ser prejudicada.

E por fim, ensina Washington de Barros Monteiro (2003, p. 10):

[...] a função social do contrato acentua a diretriz desociabilidade do direito, como princípio a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal.

Portanto, tanto a boa-fé, quanto a função social dos contratos, devem ser rigorosamente obedecidas, pois o Direito irá proteger apenas aquelas pessoas que realmente possuem a capacidade moral de contratar, caso contrário, a Justiça deve sempre ser feita e prevalecer em favor da sociedade.

2.7 Princípios que regem os contratos

Os contratos são regulamentados através de alguns princípios, que limitam seu ordenamento jurídico. Os princípios são as essências para que os contratos desempenhem sua função no ordenamento jurídico.

Nos tópicos a seguir, serão analisados alguns dos principais princípios para elaboração de um contrato.

2.7.1 Princípio da autonomia da vontade

São considerados como princípio da autonomia de vontade, o poder das partes estipularem livremente os seus interesses, podendo exercer seu direito de

contratar ou não, e fixar o que foi acordado. Nos dizeres de José Carlos Fortes (2006, p. 01), o princípio da autonomia da vontade significa que: “[...] as partes têm a faculdade de celebrar ou não contratos, sem a interferência do Estado. Representa a ampla liberdade, seja através de contratos nominados ou inominados. A avença ou acordo faz lei entre as partes”.

Ademais, este princípio demonstra a capacidade que todas as pessoas têm de praticar negócios jurídicos e definir as condições que são propostas. No conceito de Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 109):

A autonomia da vontade é o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. A produção destes efeitos pode ser determinada pela vontade unilateral, bem como pelo concurso de vontades. Qualquer indivíduo capaz pode, por íntima vontade, criar direitos e obrigações. As pessoas são livres para acertar as condições e circunstâncias que mais satisfazem seus interesses, estejam ou não previstos ou regulamentados por lei, gozando da mais ampla liberdade para celebrar os contratos da maneira mais útil e conveniente, atribuindo-lhes efeitos distintos dos que a lei lhes confere e, quiçá, modificando sua estrutura jurídica.

Para completar os ensinamentos acima propostos, Waldirio Bulgarelli (2000, p. 92) aduz que:

[...] a vontade é tão necessária para formar o delito, como para formar o contrato. O princípio da autonomia da vontade pressupõe que os interesses privados, livremente comungados, harmonizam-se com o bem-estar público e do contrato não pode surgir injustiça alguma, uma vez que as obrigações são assumidas livremente. Vê-se, assim, que este princípio não é senão, à luz do direito contratual, a aplicação das idéias individualistas apregoadas pela Revolução Francesa, embora finque suas raízes no Direito Canônico.

Mesmo as partes tendo o livre arbítrio para contratar, devem ser obedições os efeitos jurídicos, sendo que a autonomia de vontade demonstra que a parte é livre para contratar, mas devem ser cumpridas todas as obrigações que foram assumidas.

2.7.2 Princípio do consensualismo

Para esse princípio, o acordo de vontade de entre duas ou mais pessoas é suficiente para o contrato tornar válido, sendo assim, apenas a vontade das partes e

o consentimento delas é suficiente para realizar o contrato, mas este princípio não deve ser realizado através de coação, erro ou dolo, para não causar lesão a outrem. (COELHO, 2010).

Para o princípio da consensualidade o ponto primordial é o acordo de vontade, pois, o simples fato do consenso é suficiente para gerar o acordo.

2.7.3 Princípio da obrigatoriedade dos contratos

Nesse princípio, todos os atos que foram pactuados no contrato devem ser cumpridos, a não ser que as partes voluntariamente rescindam as obrigações que foram pactuadas em caso fortuito ou de força maior.

Em caso de descumprimento da obrigação, a parte inadimplente será penalizada. Segundo o conceito Maria Helena Diniz (2002, p. 37):

[...] o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante a pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação por ventura não cumprida segundo a vontade que a constitui. A idéia da auto-regulamentação dos interesses dos contratantes, baseada no princípio da autonomia da vontade, sucede a da necessidade social de proteger a confiança de cada um deles na observância da avenca estipulada, ou melhor, na subordinação à *lex contractus*.

Nesta seara, a mesma autora ainda complementa que:

[...] esse princípio da força obrigatória funda-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, desde que estipulado validamente, com observância dos requisitos legais. Se os contratantes ajustaram os termos do negócio jurídico contratual, não se poderá alterar o seu conteúdo, nem mesmo judicialmente, qualquer que seja o motivo alegado por uma das partes, e o inadimplemento do avençado autoriza o credor a executar o patrimônio do devedor por meio do Poder Judiciário, desde que não tenha havido força maior ou caso fortuito. (DINIZ, 2002, p. 37).

Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 29):

[...] é imprescindível que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelos contratos, tanto que o Código Civil brasileiro, ao firmar que o seu descumprimento acarretará ao inadimplente a responsabilidade não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 389), consagra tal princípio, ainda que implicitamente. O

que não se tolera mais é a obrigatoriedade quando as partes se encontram em patamares diversos e dessa disparidade ocorra proveito injustificado.

Portanto, este princípio faz com que as partes cumpram o que foi estipulado no contrato, sendo penalizado pelo não cumprimento do que foi pactuado.

2.7.4 Princípio da relatividade dos contratos

De acordo com este princípio somente as pessoas que participaram do pacto contratual faz parte dele, não refletindo nos terceiros os efeitos daquele pacto. Alude o artigo 436 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 282) o seguinte:

Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

Ainda sobre o tema, disserta Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 110):

[...] o princípio da relatividade dos contratos opera-se somente entre as partes e seus sucessores. Somente as obrigações personalíssimas não vinculam os sucessores. Este princípio, entretanto, é regra geral, tendo algumas exceções decorrentes da Lei (CC, artigos 436 a 438) que trata da estipulação em favor de terceiros.

Portanto, segundo o princípio da relatividade, os contratos possuem efeitos apenas para as partes envolvidas na relação contratual.

2.7.5 Princípio da boa-fé e probidade

Para se obter um contrato é necessário muito mais do que apenas uma vontade das partes em manter a relação contratual, é necessário agir com o interesse social, agir, com segurança, honestidade, para formação do contrato.

O princípio da boa-fé e da probidade possui como fundamento exatamente

fazer com que o pacto seja formado de forma honesta e sem prejudicar nenhuma parte ou terceiros.

José Carlos Fortes (2006, p. 01) acentua sobre este princípio:

[...] não somente nos contratos, mas em quaisquer relações jurídicas ou não jurídicas deve haver a boa intenção, não sendo eticamente aceitável o uso da má fé em benefício próprio ou de terceiros em prejuízo de outrem. Este princípio impõe que os contratantes exerçam a faculdade de contratar observando a ética, agindo de forma correta e com bons propósitos, tanto no ato da avença, quando durante a sua execução. Neste sentido, não se admite um contrato em que uma das partes, maldosamente ou se aproveitando da ingenuidade ou ignorância da outra parte, ponha no contrato cláusulas que venham provocar injustamente prejuízos em decorrência dos efeitos do pacto. Os contratantes deverão agir com probidade e honradez, observando sempre a integridade de caráter, de modo a manter o equilíbrio e a justiça para ambos na avença.

Para Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 379):

[...] a idéia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda a cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé. Devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sócio-cultural dos contratantes, o momento histórico e econômico. É ponto da interpretação davontade contratual.

Observa-se que o princípio da boa-fé surge da própria essência da sociedade harmônica, sendo que este princípio deve permanecer em todos os contratos, sob pena de poderem ser declarados nulos.

2.7.6 Princípio da supremacia da ordem pública

De acordo com esse princípio, é expressamente proibido realizar contratos que não estejam de acordo com a moral, aos bons costumes e à ordem pública, ou seja, não podem ser realizados contratos de forma abusivas.

Segundo conceito de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 24), a ordem pública é definida da seguinte maneira:

[...] a doutrina considera de ordem pública, dentre outras, as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas de organização econômica; os preceitos fundamentais do direito do trabalho; enfim, as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos.

Destarte, a noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem freios e limites à liberdade contratual.

2.7.7 Princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva

O princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva está estampada pelo artigo 478 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 286), conforme abaixo transcrito:

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

A possibilidade da revisão dos contratos tem por objetivo manter o equilíbrio contratual entre as partes de modo a permanecer efetivamente o acordo de vontade inicial.

Convém transcrever a lição de Enzo Roppo (1988, p. 35), sobre o princípio da revisão contratual: "[...] nesse sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas".

A justificativa crucial deste princípio é enfatizado por Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 213):

[...] o apogeu desta concepção jurídica foi no século passado, por influência do Código Civil francês. No presente século, contudo, entrou em declínio, pois verificou-se que a tão decantada igualdade entre as partes contratantes

dava-se apenas no plano da teoria. Era apenas formal. A desigualdade material entre os indivíduos era gritante. E qual a consequência lógica na pactuação entre partes materialmente desiguais: por evidente que será a exploração por aquela que se apresenta economicamente mais avantajada sobre a mais necessitada. A ausência de uma efetiva vontade contratual, diante destas circunstâncias, põe à mostra toda a insuficiência do liberalismo contratual. Nos dias atuais, com a complexidade do sistema social, bem assim das relações econômicas, surgem os chamados contratos de massa, com cláusulas contratuais já prontas e previamente impressas, elaboradas por uma das partes contratantes e submetidas, ou melhor, impostas à aceitação da outra. A alternativa é aceitar em bloco tais cláusulas, pois não há espaço para a discussão isolada de cada uma delas. A liberdade contratual, com isso, torna-se apenas um ideal, pois não há espaço para a discussão do pacto. E não se alegue, de forma simplista, que bastaria a não contratação. Não há escolha. Ou contrata em bloco todas as cláusulas, ou deixa de usufruir do bem que necessita. Desde que capitalista é a sociedade em que vivemos, por bem ou por mal, somos obrigados a dispor de pecúnia.

E por fim, nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 57):

A revisão ou onerosidade excessiva dos contratos tem por base a idéia de que ao se contratar, imagina-se que as condições básicas futuras durante o período de execução do contrato, permaneçam razoavelmente semelhantes às condições iniciais do momento da avença, de modo a não tornar sua execução excessivamente onerosa para uma das partes. Esta teoria é também conhecida como *rebus sic stantibus*, que presume nos contratos cumulativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação fática, a exemplo de uma catástrofe, guerra e outros motivos de força maior. No passado, embora cautelosamente, o Judiciário já aplicava esta teoria. Hoje o Código Civil reservou uma seção específica com três artigos tratando da revisão dos contratos por onerosidade excessiva. No artigo 478 tem-se a essência deste princípio.

Portanto, este princípio da revisão contratual ou onerosidade excessiva busca efetivar um instrumento de cooperação social, em consonância, desta forma, com os princípios da função social do contrato, da probidade e da boa-fé constantes da nova ordem contratual.

2.8 Extinção dos contratos

A extinção do contrato se dá pela execução do mesmo, sendo assim, o contrato se extingue pelo cumprimento do que foi pactuado entre as partes. Em outras palavras, o contrato nasce de forma natural e também extingue de forma

natural.

Observa-se que a forma natural pela qual o contrato ira extinguir é com o cumprimento do que foi acordado entre as partes mais existem ou vias para a extinção do contrato.

Pela forma natural que o contrato se extingue o credor pode comprovar a quitação através do meio regular, demonstrando que a quitação foi realizada da forma descrita no contrato. (GONÇALVES, 2009).

Existe outra forma de extinguir o contrato, que é através do distrato. O distrato ocorre quando as partes decidem rescindir o que antes se pactuou, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 122) demonstra que:

Quando ocorrer o distrato por mútuo acordo deve ser mantida a forma do contrato, podendo ser esta de forma escrita ou tácita. Sendo assim, as partes farão um acordo onde o que foi pactuado naquele instrumento não existira mais, extingue o vinculo contratual, é feito um novo acordo com o intuito de não mais cumprir o que foi acordado anteriormente.

O Código Civil descreve que o distrato deve ser realizado pela mesma formas em que será realizado o contrato, conforme dispõe o artigo 472 (BRASIL, 2002, p. 286): “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

Em relação aos efeitos do distrato, Maria Helena Diniz (2008, p. 148) ensina que: “[...] o distrato possui efeito *ex nunc*, pois ele não retroage os atos realizados antes do distrato sendo que os atos futuros vão se extinguir”.

Nos contratos em que não se estipulam um determinado tempo para se concluir o que foi pactuado, é denominado contrato por tempo indeterminado, sendo que nesta espécie de contrato as partes podem pedir a extinção a qualquer tempo. (GONÇALVES, 2009).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 128):

[...] poderá ser de iniciativa de apenas de uma das partes, não é necessário que o interesse seja mútuo, mais pautando sempre da boa-fé e ser precedidos do que chamamos de aviso prévio, que nada mais é do que dar a ciência a outra parte do seu interesse.

Outra forma de distrato do contrato é a denúncia, que ocorre nos contratos que possuem longa duração ou que não se estipulam um prazo para conclusão do feito. Neste tipo de extinção do contrato, devem ser observados alguns aspectos, como por exemplo: se uma das partes tiver realizado algum investimento para

conclusão do contrato, será analisado o investimento que foi feito, para posteriormente ocorrer a denúncia, não deixando a parte que investiu no prejuízo. (COELHO, 2010).

Esta denúncia é chamada de rescisão unilateral, conforme dispõe o artigo 473, do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 286): “A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Outra forma de extinção é quando a parte não cumpre o contrato, ou seja, se torna inadimplente. Conforme ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 133):

[...] se as partes não cumprirem com o que foi acordado e se encontra inadimplente nada mais justo que se realize o distrato, podendo a parte que se encontra prejudicada pedir a resolução do contrato que foi realizado em juízo, ficando a escolha da parte o direito de escolher o cumprimento do contrato ou seu direito de perdas e danos.

Segundo artigo 475, do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 286): “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

O artigo 478 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 286) e seguintes tratam sobre a resolução podendo ser esta de forma culposa ou fortuita, que ocorrerá quando uma das partes obtiver mais vantagens, neste caso a parte prejudicada poderá pedir a resolução do contrato e a outra ocorrerá nos casos onde não estava previsto determinados acontecimentos, fatos que aconteceram no decurso do contrato onde a parte pode ficar prejudicada, podendo haver a modificação do contrato realizado.

Destarte, o distrato é uma espécie de contrato cujo seu objeto é extinguir as obrigações que foram pactuadas em um contrato realizado anteriormente, podendo a rescisão ser realizada de forma unilateral, desde que seja observada as condições para que ocorra.

3 CONTRATOS ELETRÔNICOS

Atualmente os contratos eletrônicos são uma das formas mais praticadas no cotidiano da sociedade, uma vez que o comércio realizado via internet vem se alastrando por cada vez mais.

São várias as formas de contratos eletrônicos que, na maioria das vezes são feitos pela internet. Como exemplos existem: compra e venda de produtos; realização de serviços; realização de contratos escolares; orçamentos; redes sociais onde se aceita as normas e cláusulas para participar etc. (LEAL, 2007).

Diante dessa expansão, a legislação deve se adequar e, principalmente, suportar a grande demanda deste novo tipo de mercado que, sem dúvida, aumentará ainda mais pois, está se tornando uma ferramenta fácil de ser utilizada e menos burocrática. (LEAL, 2007).

Por sua vez, a função social dos contratos eletrônicos também deve ser observadas, sob pena deles poderem ser anulados. Esta é a nova lógica jurídica, ou seja, manter a função social independente da forma como será elaborado o contrato.

Sendo assim, preliminarmente, deve ser analisado o conceito de contratos eletrônicos, o que se verá no tópico a seguir.

3.1 Conceito de contratos eletrônicos

Existem vários conceitos de contratos eletrônicos na doutrina, a qual varia desde sua nomenclatura até os elementos característicos. Como exemplo, existem aqueles que utilizam a nomenclatura de “contrato virtual”. No Brasil, o termo mais difundido é o contrato eletrônico, termo este utilizado principalmente nos grandes centros comerciais do mundo.

Em relação a seus elementos característicos, disserta Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 78):

[...] encontraremos duas posições: a primeira que defende como contrato eletrônico apenas aquele realizado por meio de computador e a segunda, afirma ser o contrato se firma de modo audiovisual através de uma rede

internacional de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio de interatividade. Esta última posição trata os contratos eletrônicos em sentido geral, incluindo como meio de realização dos mesmos quaisquer meios de telecomunicação, tais como telefone, fax, e por sua vez, o computador. De outro modo, deve-se lembrar que 'eletrônico' é o meio pelo qual as partes escolheram para efetivar o contrato, tendo em vista que, em geral, a lei não exige forma específica, o contrato pode ser realizado sob qualquer forma, desde que não contrária a lei.

Assim, ainda nos dizeres de Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 79):

"[...] pode-se entender por contrato eletrônico aquele em que o computador é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes".

Já para Fábio de Barros Bruno (2010, p. 03): "[...] contrato eletrônico são aqueles cuja celebração o homem utiliza meios da tecnologia da informática podendo o seu objeto consistir em obrigação de qualquer natureza".

Por sua vez, Simone Aguiar de Souza (2010, p. 02) chama a atenção sobre o meio que se faz o contrato eletrônico:

Primeiramente devemos ter em mente que computador é um aparelho eletrônico capaz de receber informações, também gerar informações e resultados. O seu papel no uso do direito eletrônico pode ser como: um simples meio de comunicar uma vontade ou talvez um local de encontro, ou ainda além, um posto de serviço para ser usado pelas partes contratantes para a formação da vontade do negócio.

E ainda, a mesma autora supra especifica sobre as diferenças entre o contrato eletrônico e o contrato de informática, dispondo o seguinte:

[...] existem diferenças entre um contrato eletrônico e um contrato de informática, pois este não é necessariamente efetuado por um computador, mas o objeto da sua prestação é amplamente dirigido para o ambiente digital. Pode-se citar exemplo os contratos feitos para desenvolvimentos de websites e divulgação de publicidade via Internet. (SOUZA, 2010, p. 03).

Para Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 81): "Se as partes manifestarem a vontade através de veiculação de mensagens eletrônicas, tais contratos, independentemente da natureza do objeto contratual, integram-se á categoria dos contratos eletrônicos".

Sendo assim, o que importa e o que caracterizará um contrato como eletrônico ou não será a expressão das vontades, seja através de um computador, seja através de algum outro meio eletrônico, como por exemplo, através de

aparelhos celulares.

3.2 Princípios que regem os contratos eletrônicos

O ordenamento jurídico, seja em seu direito material, ou no direito processual, deve estar atrelado aos princípios, não sendo diferente dos contratos eletrônicos. Em outras palavras, é necessariamente obrigatório observar os princípios que regem os contratos eletrônicos.

Como já observado no capítulo anterior, os contratos possuem princípios, que são os gerais do Direito Contratual. Estes, inclusive, também são aplicados à contratação eletrônica. Porém, existem princípios específicos que regem tais contratos e, por não haver muitas leis disciplinando o tema, os princípios se revestem de uma importância ainda maior, já que são eles que darão suporte para a criação de uma legislação específica no Brasil.

A seguir, a apresentação e análise de cada um deles.

3.2.1 *Princípio da equivalência funcional dos contratos realizados em meio eletrônico com os contratos realizados por meios tradicionais*

Fundamentalmente, um contrato efetivado no mundo virtual, possui as mesmas características e os mesmos efeitos que um contrato comum. Por isso, as leis existentes conferem validade jurídica da mesma forma que os contratos já regulados possuem. (SOUZA, 2010).

Segundo Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 73):

O art. 5º da Lei Modelo da Uncitral feita pelos Estados Unidos em 1996, o art. 3º do Projeto de Lei 1.589/99 da OAB/SP e os arts. 28 e 32 do Projeto de Lei 4.906/2001, tratam dos efeitos jurídicos do contrato eletrônico. Segundo o art. 5º da Lei Modelo da Uncitral: 'Não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica'.

Destarte, observa-se que o princípio da equivalência funcional dos contratos

realizados em meio eletrônico com os contratos realizados por meios tradicionais, são na verdade, um meio pela qual demonstra a validade de um contrato, ou seja, ambas as formas produzem o mesmo efeito jurídico e possui a mesma validade.

3.2.2 *Princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital*

Dada a constante mudança no ambiente digital, tendo em vista o desenvolvimento da tecnologia e o surgimento de novos softwares e sistemas mais avançados, o princípio da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital representa um papel de suma importância. Isto porque, em face desta nova tecnologia, surgem formas criminosas e maliciosas, ou seja, aqueles que atuam de má-fé para conseguirem proveitos econômicos. Por isso, deve haver normas reguladoras no ambiente digital. (SOUZA, 2010).

Assim, para Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 91):

As normas devem ser neutras para que não constituam em entraves ao desenvolvimento de novas tecnologias e perenes no sentido de se manterem atualizadas, sem necessidade de serem modificadas a todo instante.

A futura legislação deverá permanecer aberta a novas descobertas, sem, contudo precisar ser recriada toda vez que houve um avanço na tecnologia, devendo, portanto, ser flexível para comportar as mudanças jurídicas. (LEAL, 2007).

3.2.3 *Princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos*

Nas palavras de Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 75):

O Direito não pode deixar sem solução as diversas situações jurídicas que ocorrem no nosso dia-a-dia, desta forma, como os contratos eletrônicos guardam todas as características básicas do contrato comum, a eles devem ser aplicadas as normas a esses relativas. Independentemente de ser 'fechado' no mundo virtual, um contrato de compra e venda, por exemplo,

não deixará de sê-lo apenas por ter sido concluído eletronicamente.

O posicionamento de Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 92) quanto ao princípio da conservação e aplicação das normas jurídica é que:

Os elementos essenciais do negócio jurídico – consentimento e objeto, assim como suas manifestações e defeitos, além da própria tipologia contratual preexistente, não sofrem alteração significativa quando o vínculo jurídico é estabelecido na esfera do comércio eletrônico. Assim, presentes os elementos essenciais do contrato, não há porque dar tratamento diverso ao contrato eletrônico, principalmente quando há uma carência de legislação específica em relação a esse instituto.

E ainda, acrescenta a mesma autora:

A internet não cria espaço livre, alheio ao Direito. Ao contrário, as normas legais vigentes aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que a quaisquer outros negócios jurídicos. A celebração de contratos via Internet se sujeita, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro (Código Civil). Tratando-se de contratos de consumo, são também aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor (Código de Defesa do Consumidor). (LEAL, 2007, p. 93).

Destarte, devem fazer uso das formas interpretativas da legislação, como a analogia e a integração, para solucionar as situações que venha a surgir e que encontrem corresponde na legislação contratual em vigor. (LEAL, 2007).

Porém, existem aspectos da contratação eletrônica que não encontram correspondentes na legislação, como é o caso da prova e meios de pagamento. Desta forma, não se pode negar a necessidade da criação de leis específicas para disciplinar tal instituto, devendo complementar às existentes e não substituí-las. (SOUZA, 2010).

3.2.4 *Princípio da boa-fé objetiva e os contratos eletrônicos*

O princípio da boa-fé é de suma importância, haja vista que devido à vulnerabilidade do mundo virtual, os contratos eletrônicos expõem os participantes a maiores riscos, com grandes possibilidades de fraudes. É nesse cenário que se justifica o uso da boa-fé objetiva nos contratos virtuais.

A primeira legislação específica a trazer tal princípio de forma expressa foi o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), tendo em vista a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. É o que se pode ver no artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 02):

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 econômicos, 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 econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Em suma, é o princípio que visa a proteção da parte mais fraca da relação jurídica, esperando que a parte que possui mais vantagens em relação à outra, aja de forma justa e leal, honrando com a confiança nela depositada. (SOUZA, 2010).

A boa-fé objetiva também encontra previsão no Código Civil, em seu artigo 422 (BRASIL, 2002, p. 314), sendo destacado o seguinte por Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 92): “[...] sempre caberá ao aplicador – juiz – o dever de, em consulta aos seus próprios valores éticos comportamentais, manifestar-se caso a caso, se as partes agiram segundo um standart da boa-fé objetiva, estabelecido a partir do seu próprio imaginário”.

Portanto, a análise do atendimento a este princípio deve ser feita casuisticamente pelo magistrado, no julgamento do processo, tendo em vista a sua própria convicção do conceito de boa-fé.

3.3 Requisitos de validade dos contratos eletrônicos

Conforme visto no capítulo anterior, os requisitos de validade de um contrato são: capacidade das partes; objeto lícito, possível e determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Por sua vez, nos contratos eletrônicos estes requisitos se tornam difíceis de

serem observados, principalmente no que tange a capacidade das partes. Ainda não existe uma legislação específica para disciplinar os requisitos de validade do contrato eletrônico, mas mesmo assim, alguns requisitos devem ser observados.

Conforme disserta Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 80):

As transações eletrônicas geram um documento, do qual se espera validade de possibilidade de servir como prova processual, futuramente. Assim, a legislação atual ainda não disciplina os requisitos de validade de tais documentos, mas, são recomendadas a verificação de alguns requisitos.

Alguns dos requisitos que devem ser observados são o da boa-fé e função social. Não poderia ser diferente, pois, todos os contratos, sendo eletrônico ou não, devem vir substanciados por estes dois elementos, sob pena de poder serem declarados nulos.

No entanto, outros requisitos são acrescentados por doutrinadores, conforme apresenta a dissertação de Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 80):

Primeiramente, os fornecedores devem-se garantir aos consumidores a confidencialidade dos dados, para que não sejam utilizados além da finalidade contratada. Esses dados, geralmente envolvem senhas de contas bancárias, números de cartões de crédito, endereço e, a má-utilização por parte do fornecedor, gera a responsabilidade deste.

Em seguida, deve-se garantir a autenticidade de um documento, com identificação das partes e da origem das mensagens.

Neste aspecto, acrescenta Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 155):

Para que a manifestação de vontade seja levada a efeito por um meio eletrônico (isto é, não dotado de suporte cartáceo, que se constitui no meio tradicional de elaboração de documentos), é fundamental que estejam atendidos dois requisitos de validade, sem os quais tal procedimento será inadmissível: a) o meio utilizado não deve ser adulterável sem deixar vestígios; e b) deve ser possível a identificação do(s) emitente(s) da(s) vontade(s) registrada(s). Ou seja, o fornecedor deve garantir aos seus consumidores que a eventual adulteração por um terceiro de má-fé, dos documentos por ele emitidos, não poderá ser feita de forma a gerar a impunidade deste.

Outro requisito é a avaliação da integridade, que guarda forte ligação com a autenticidade do documento, já que tem a ver com a adoção de medidas por parte do fornecedor, para que o documento gerado possua qualidades que impeçam ou dificultem a sua adulteração. (LEAL, 2007).

E por fim, conforme ensinamentos de Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 157):

[...] o não repúdio é a garantia que o emissor de uma mensagem não poderá negar que o fez e, o receptor não terá como se escusar do seu recebimento. Assim, o que o não repúdio traz de novo é quase um seguro contra a alegação de que o negócio não foi feito e a certeza que se houver uma disputa judicial a cláusula será uma garantia para as partes.

Desta forma, as partes serão solicitadas que, expressamente, concordem com a não rejeição, utilizando-se, para tanto, de uma empresa certificadora que comprove a integridade do documento, para que seja possível sua utilização como meio de prova perante terceiros. (LEAL, 2007).

Obviamente todos os requisitos apontados em um contrato não eletrônico servem de parâmetro para se utilizar em um contrato eletrônico, ressaltando que os princípios contratuais também devem ser amplamente observados.

3.4 O Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) foi instituído no ano de 1990, sendo uma grande inovação e marco histórico no direito brasileiro, em especial, para os consumidores.

Segundo o próprio portal do governo brasileiro (2013) que dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990):

Trata-se do conjunto de normas que estabelece os direitos do consumidor e os deveres dos fornecedores de produtos e serviços no país. O documento prevê também padrões de conduta, prazos e penalidades em caso de desrespeito à lei. O CDC assegura outros direitos básicos, como a proteção da vida, da saúde e da segurança contra riscos provocados no fornecimento de produtos e serviços, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva e prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais. O código estabelece a participação de diferentes órgãos públicos e entidades privadas que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). O objetivo é garantir o cumprimento dos direitos do consumidor e o respeito nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), aliás, foi uma determinação constitucional, que estabeleceu, em seu artigo 5º, inciso XXXII

(BRASIL, 1988, p. 26), o seguinte: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

E também, o artigo 170, inciso V, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 117), que estabelece a ordem econômica e financeira nacional, teve como vetor principiológico a defesa do consumidor, conforme artigo abaixo transcrito:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor.

Por sua vez, a revolução das comunicações trouxe consigo a facilidade de acesso à informação e, com isso, cresceram as relações sociais e econômicas. Assim, surgiu a necessidade de criação de um instituto que protegesse de forma mais ampla as relações contratuais desenvolvidas pelos indivíduos no âmbito das relações de consumo. (SOUZA, 2010).

Diante deste aspecto, houve uma transformação, sendo que nos ensinamentos de José Fernando Simão (2003, p. 26):

[...] a rapidez dos negócios exigiu a transformação das relações pessoais e jurídicas e, por isso, o contrato mudou de estilo. Mudou para atender às necessidades. É o direito que acompanha a realidade. Assim, o Estado Liberal transformado em Estado Social passa a intervir nas relações jurídicas em flagrante desequilíbrio, como no caso das Relações de Consumo.

Partindo dessa premissão, as normas de diversos países iniciaram a buscar meios de proteger a parte mais fraca, pois, os contratos eletrônicos passaram a surgir em todas as partes do mundo.

No Brasil, a norma de proteção ao consumidor, conforme dito, iniciou-se através da Constituição Federal (BRASIL, 1988), surgindo mais tarde o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

E em relação ao conceito do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), disserta Roberto Ramalho (2012, p. 01):

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC) é um ordenamento jurídico, um conjunto de normas que visam a proteção e defesa aos direitos do consumidor, assim como disciplinar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores finais e as responsabilidades que tem esses

fornecedores (fabricante de produtos ou o prestador de serviços) com o consumidor final, estabelecendo padrões de conduta, prazos e penalidades.

E de acordo com a explicação de José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, citado por Roberto Ramalho (2012, p. 02)::

[...] a expressão defesa do consumidor posta no texto constitucional, em três oportunidades, tem uma abrangência maior do que as da sua significação etimológica e não possui significado autônomo. Ela está vinculada a um momento histórico vivido pela Nação que, ao ser analisado pelo jurista, revelou a necessidade de se proteger as relações de consumo, como já vinham fazendo, desde muito tempo, outras Nações. Os referidos vocábulos, compreendidos de forma vinculada e sistêmica, expressam uma realidade presente na universalidade formada pelos fatos e que necessita ser regulamentada. Os efeitos a serem produzidos pela irradiação de suas forças não podem sofrer limitações, sob pena de se restringir, sem autorização constitucional, a sua real eficácia e efetividade. O sentido dessa normatividade constitucional é, portanto, de defender, em toda a sua extensão, o consumidor, protegendo-o, em qualquer tipo de relação legal de consumo, de ações que desnaturam a natureza jurisdicional desse tipo de negócio jurídico).

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), desde sua criação até os dias atuais, foi uma evolução, sem dúvida, primordial para o Direito. Desde os séculos passados já havia uma concepção de injustiça em face daqueles que não conseguiam se proteger diante dos mais fortes nas relações comerciais.

Diante disso, o consumidor foi tornando algo mais importante do que um simples negócio jurídico. O consumidor foi se tornando o mais importante das relações, alcançando uma hegemonia na Constituição Federal (BRASIL, 1988), até a obtenção do próprio direito consumerista.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) também trouxe características normativas quanto aos direitos, produtos e serviços. A partir de seu artigo 6º (BRASIL, 1990, p. 02), por exemplo, o código trouxe normas referentes aos direitos básicos do consumidor. Já a qualidade de produtos e serviços, da prevenção e reparação dos danos, foi normatizada a partir do artigo 8º (BRASIL, 1990, p. 02). Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, foi previsto a partir do artigo 12 (BRASIL, 1990, p. 03). E sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço, está previsto a partir do artigo 18 (BRASIL, 1990, p. 04).

Neste passo, com o surgimento da internet, as relações de consumo ganharam outra dimensão, e a insegurança jurídica criada pelo ciberespaço ressaltou a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às

relações de consumo na Internet. (SOUZA, 2010)

Vale, porém, ressaltar sobre o que é consumidor, fornecedor, produto e serviço. De acordo com o artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 02), consumidor é: “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

O parágrafo único do mesmo artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 02), equipara consumidor como: “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Dessa forma, a pessoa física ou jurídica consumidora pode ser de na forma individual ou coletiva, conferindo-se ao grupo de consumidores os instrumentos jurídicos e processuais hábeis à defesa dos direitos consumeristas.

Em relação a destinatário final, Claudia de Lima Cláudia Marques (2012, p. 254) assevera que: “[...] para ser destinatário final tem que ser o destinatário fático e econômico sendo que a pessoa jurídica deve adquirir ou utilizar o produto ou serviço fora de sua atividade econômica”.

Portanto, consumidor será aquele que adquirir um produto ou serviço para si, ou nas hipóteses de sua hipossuficiência, para possibilitar os meios em vista de suas necessidades.

Já o fornecedor, de acordo com o artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 02), 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.

Ou seja, será considerado como fornecedor de produtos ou serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), toda pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade mediante remuneração (desempenho de atividade mercantil ou civil) e de forma habitual, seja ela pública ou privada, nacional ou estrangeira e até mesmo entes despersonalizados. (LIMA, 2013).

Em relação ao produto, de acordo com o § 1º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 02), é: “[...] qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Bem móvel é, por exemplo: carro, computador, celular etc. Já imóvel é uma

casa, um apartamento etc. Bem material é qualquer produto palpável, ou seja, que seja físico; e imaterial não é uma coisa concreta, física, como por exemplo, uma marca de produto, apólice de seguro etc.

Destarte, quanto ao conceito de produto, verifica-se que não existem dificuldades para o seu entendimento.

E por fim, serviços, que segundo o § 2º, do artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 03) 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”.

Deve-se apenas salientar que os estabelecimentos de natureza bancária, financeira e de crédito, também são considerados serviços que deve se adequar ao Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Inclusive, já foi objeto de Súmula pelo Superior Tribunal de Justiça (2004): “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Assim, uma vez identificado o consumidor, fornecedor, produto e serviço, faz-se um paralelo com os contratos eletrônicos de consumo, a qual, segundo Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 83):

Fazendo um paralelo com os contratos eletrônicos de consumo, seria um erro considerar a teoria finalista para a caracterização do conceito de consumidor, já que excluiria do âmbito do Código de Defesa do Consumidor uma infinidade de situações que acabaram por ficar sem proteção jurídica, aumentando ainda mais a insegurança do ambiente virtual.

Ainda segundo Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 83): “[...] sendo os contratos virtuais já classificados como contratos á distância, realizados fora do estabelecimento comercial, aplica-se de forma analógica, a cláusula de arrependimento em benefício do consumidor”.

A cláusula de arrependimento está disposta no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, p. 23), conforme abaixo transcrito:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato no prazo de 7 (sete) 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.

Segundo Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 83):

A justificativa para a aplicação da cláusula do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor é a minimização da insatisfação com os contratos firmados virtualmente, já que a oferta feita pelo fornecedor tem uma maior probabilidade de influenciar o consumidor a adquirir um produto inadequado por meio eletrônico do que aquele que se dirige diretamente à loja e verifica o estado do produto ou serviço que está adquirindo.

Por fim, todas as normas de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) devem ser aplicados aos contratos eletrônicos de consumo, ou seja, aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de proteção e defesa do consumidor, inclusive, no que tange conceitos, obrigações e deveres.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), quando for contrato de consumo, é uma norma totalmente utilizada no contrato eletrônico, devendo o consumidor, a parte mais fraca da relação jurídica, ser protegido.

3.5 Formação e conclusão dos contratos eletrônicos

Os contratos virtuais possuem as mesmas fases de formação dos contratos em gerais, quais sejam: negociações preliminares, oferta e aceitação.

Estas três fases, são delineadas por Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 90):

A negociação ainda não obriga os contratantes, havendo apenas especulações sobre a eventual realização do contrato, gerando responsabilidade pré-contratual pelos possíveis prejuízos causados, tendo em vista a expectativa de negócio criada. Tal responsabilidade extracontratual se funda no princípio da boa-fé. A oferta inicia o contrato, que, no caso da Internet, se faz quase sempre em sites ou lojas virtuais, ficando o produto ou serviço disponível de forma permanente para que o oblato venha a contratar. A fase seguinte é a aceitação, que marca o encerramento do contrato, com a adesão por parte do oblato à proposta formulada pelo solicitante. Da mesma forma que os contratos em geral, os contratos eletrônicos poderão ser considerados 'entre presentes' ou 'entre ausentes', dependendo da análise do momento que se consideram concluídos.

Em relação à oferta no contrato eletrônico, acrescenta Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007, p. 112):

Em primeiro lugar, é necessário precisar se o website contém uma série de elementos essenciais e suficientes para constituir uma oferta. Em caso afirmativo, é uma oferta ao público, vinculatória se for um contrato de consumo, que se conclui no momento em que o usuário transmite a declaração de aceitação. Se não contiver os elementos constitutivos de uma oferta, trata-se de um convite a ser oferecido; o 'navegante' é quem oferece e o contrato se completa a partir do momento em que ele recebe a aceitação da parte do provedor. Assim, deve-se verificar se existem os requisitos para constituir a oferta, os quais devem ser mais detalhados do que nos contratos em geral, devido à incerteza de se saber com quem se está contratando do outro lado do computador.

Estes requisitos para ocasião da oferta no contrato eletrônico devem conter informações claras e inequívocas sobre (LEAL 2007):

nome do ofertante, e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador;

- a) endereço físico do estabelecimento;
- b) identificação e endereço físico do armazenador;
- c) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico;
- d) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante;
- e) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade;
- f) os sistemas de segurança empregados na operação.

Deve-se deixar claro que nos contratos eletrônicos, a proposta de oferta também deve estar substanciada com as regras dos contratos do Código Civil, que está estampado através do artigo 427 (BRASIL, 2002, p. 281): "A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso".

Em relação a formação dos contratos eletrônicos, preceitua Ysis Lorena da Cruz Souza (2010, p. 96):

Nos contratos interpessoais simultâneos, como aqueles efetivados por meio de salas de bate-papo (chat), consideram-se formados no momento exatamente posterior à proposta, por serem contratos entre presentes. Já os contratos interpessoais não simultâneos, reputam-se formados no momento da expedição da mensagem eletrônica. Nesse caso, é adotada a Teoria da Expedição, prevista nos arts. 428, III, e 434, caput, do Código Civil, tendo em vista que esses contratos seriam considerados entre ausentes, como é o caso do contrato firmado através de correio eletrônico (e-mail). Os contratos interativos, que são aqueles em que o consumidor e o fornecedor não se encontram presentes simultaneamente no mesmo estabelecimento (lojas virtuais), se formam no momento da expedição da aceitação pelo oblato, e são, por óbvio, denominados de contratos entre

ausentes. Por último, nos contratos intersistêmicos, realizados entre computadores, o momento da conclusão se dá quando da programação dos sistemas pelos seus operadores, que serão posteriormente executados automaticamente e fielmente ao que foi programado.

Vale ressaltar que a contratação eletrônica traz um problema quanto à confirmação de que a mensagem chegou aos seus destinatários, já que a sua transmissão percorre vários caminhos até chegar ao destinatário final. (LEAL, 2007).

Desta forma, o contratante deverá tomar todas as providências possíveis para garantir que a aceitação do contratado chegou ao seu conhecimento, transcrevendo a sua aceitação e enviando-a por meio de mensagem automática ao aceitante. (LEAL, 2007).

Portanto, analisado o contrato eletrônico, passa-se para o objetivo principal deste Trabalho, que é a boa-fé e a função social dos contratos eletrônicos, que será analisado no capítulo posterior.

4 A BOA-FÉ E A FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os contratos eletrônicos surgiram com o avanço da tecnologia, que por sua vez, são contratos realizados que devem atender aos princípios vigentes dos contratos realizados da forma tradicional, pois a legislação que regulamenta os contratos eletrônicos no Brasil ainda é muito escassa.

A legislação que abarca o contrato eletrônico no Brasil possui maior regulamentação através do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Nos dizeres de Ronaldo Alves de Andrade (2009, p. 104): “[...] o contrato eletrônico na maioria das vezes configurará uma relação de consumo, até porque, a maior parte dos contratos eletrônicos envolve compra e venda de mercadoria ou prestação de serviço”.

Os contratos são realizados entre duas ou mais pessoas da mesma forma que os tradicionais, mas a manifestação da vontade é realizada por meio eletrônico.

Nos contratos convencionais, o contrato é considerado como válido a partir do momento em que se tem uma proposta e a aceitação. Já nos contratos eletrônicos, o aceite será considerado como válido a partir da expedição, tendo em vista que é um contrato firmado entre ausentes. (LEAL, 2007).

É desta forma que estabelece o artigo 434, do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 282):

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.

Assim, conforme expressa o artigo supracitado, os contratos eletrônicos serão considerados como válidos a partir do momento em que se envia ao proponente, exceto nos casos em que a própria lei não considera como aceitação expedida.

De tal modo, a boa-fé e a função social nos contratos eletrônicos devem ser restritamente observados, uma vez que do mesmo modo que é nos contratos tradicionais, os eletrônicos devem possuir uma estreita vinculação com a honestidade e honradez, mesmo porque, as tratativas são realizadas entre ausentes, o que pode causar uma maior possibilidade de danos à parte adversa em

decorrência de se realizar um contrato de má-fé.

Neste passo, serão analisados os requisitos da boa-fé, mormente são indispensáveis para realização dos contratos por meio eletrônicos.

4.1 Boa-fé subjetiva

A origem dos contratos eletrônicos, na maioria das vezes, se dá pela relação de consumo, motivo que as normas do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) ser amplamente utilizada.

Destarte, é cediço que um dos princípios adotados pela norma consumerista é o princípio da boa-fé, motivo que é imprescindível que nos contratos eletrônicos também seja orientado por este princípio.

No entanto, existe uma diferença doutrinária entre o princípio da boa-fé subjetiva, para a boa-fé objetiva.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 47): “[...] a boa-fé subjetiva corresponde à virtude de dizer o que acredita e acreditar no que diz”.

O princípio da boa-fé está presente em todo meio jurídico, sendo assim deve ser tratado como norma primordial nos contratos, por se tratar de um negócio onde se presume que as partes se reunirão com a intenção de celebrar um contrato de forma ética, honesta e justa.

Na concepção do doutrinador Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 51), a boa-fé subjetiva é:

[...] ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informam o nosso Código Civil, é insuficiente perante as novas exigências criadas pela sociedade moderna. Para além de uma análise de uma possível má-fé subjetiva no agir, investigação eivada de dificuldades e incertezas, faz-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio, que pode ser resumido no seguinte questionamento: de que maneira agiria o *bônus pater familiae*, ao deparar-se com a situação em apreço? Quais seriam as suas expectativas e as suas atitudes, tendo em vista a valoração jurídica, histórica e cultural do seu tempo e de sua comunidade. A resposta a esses questionamentos, encontra-se na boa-fé objetiva, sendo que esta, consiste em uma imprescindível regra de comportamento, umbilicalmente ligada à eticidade que se espera seja observada em nossa ordem social.

Neste aspecto, Menezes Cordeiro (1999, p. 329) ressalta que: “[...] a boa fé como necessidade de cumprimento efetivo dos deveres contratuais assumidos, por oposição a cumprimentos formais, que não tenham em conta o seu conteúdo verdadeiro”.

Portanto, o princípio da boa-fé é classificado como boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, sendo a boa-fé subjetiva é aquela onde as partes demonstram seus valores, fazendo com que as pessoas agem em conformidade com a lei.

4.2 Boa-fé objetiva

Já a boa-fé objetiva é aquela que ressalva os deveres dos agentes. É o que afirma Ronaldo Alves de Andrade (2008, p. 128): “[...] a boa fé objetiva é a que interessa à formação do contrato, isto é a boa-fé como regra (objetiva) de conduta”.

Em outras palavras, a boa-fé objetiva demonstra a maneira com que as partes que elaboram o contrato devem agir, respeitando a vontade das partes mais sem causar prejuízos a outrem.

Maria Helena Diniz (2008, p. 41) demonstra como as partes devem agir para atenderem a boa-fé objetiva:

As partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, denodo e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc.

Nos contratos eletrônicos deve prevalecer a vontade das partes onde deve ser demonstrada a questão de confiança e respeito ao elaborar o contrato, existindo assim, uma colaboração mútua entre as partes que elaboram o contrato.

O Código Civil prevê em seu artigo 422 (BRASIL, 2002, p. 281), o princípio da boa-fé, nos seguintes dizeres “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como e sua execução, os princípios de probidade e boa fé”.

Desta forma, ensina Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 379):

[...] a boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso

concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

Segundo entendimento de Ronaldo Alves de Andrade (2008, p. 135):

[...] a boa-fé objetiva, ou simplesmente, boa-fé lealdade, relaciona-se com a lealdade, honestidade e probidade com a qual a pessoa mantém em seu comportamento. Trata-se, de ética, um exemplo dessa mencionada ética é um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na ideia de não fraudar ou abusar da confiança do outrem. Não se opõe à má-fé, quem o faz é a boa-fé subjetiva, nem tampouco tem relação com o fato da ciência que o sujeito possui perante a realidade.

Vale mencionar que é necessária uma colaboração mútua, pois se as partes elaborarem um contratado sem agirem com a boa-fé estará descumprindo uma norma, o que pode gerar até mesmo a nulidade do contrato.

4.3 A função social baseada na boa-fé nos contratos eletrônicos

Os contratos são realizados por alguma necessidade ou com intuito de alcançar objetivo, por este motivo, os contratos tem uma trajetória importante em toda a história possuindo depois no decorrer dos anos o seu formalismo. (LEAL, 2007).

Antes do formalismo dos contratos o que prevalecia era a vontade das partes em realizar determinado pacto, o que deu origem ao princípio da autonomia de vontade, que prevalece até os tempos atuais. (LEAL, 2007).

Os contratos realizados nos tempos atuais, que são por inúmeras vezes de forma eletrônica, devem ser constituídos com uma análise mais voltada para as questões sociais, para fins de atender a função social e a boa-fé. Neste sentido Fábio Ulha Coelho (2010, p. 74) disserta:

A função social do contrato eletrônico possui nítido relacionamento com o princípio da boa fé, que exige que as partes ajam com lealdade recíproca, devendo colaborar, mutuamente, na formação e execução do contrato, tudo na mais absoluta probidade. A função social instrumentaliza-se pelos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, ressaltando-se que o princípio do *pacta sunt servanda* não vigora mais em toda a sua

intensidade. O princípio da função social do contrato revela-nos que o contrato não pode mais ser visto pela ótica meramente individualista, já que possui um sentido social para toda a comunidade. Considera-se violado o princípio da função social dos contratos quando os efeitos externos do pacto prejudicarem injustamente os interesses da sociedade ou de terceiros não ligados ao contrato firmado.

A partir de então, os contratos eletrônicos têm uma nova visão no ordenamento jurídico, adquirindo uma função voltada não somente para a circulação de riquezas, mas sim para também gerar empregos, respeito e harmonia para a vida em sociedade, confirmando assim a função social que todo o contrato deve ter.

O artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 281) conceitua outra hipótese da função social, que é a liberdade de contratar: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Em análise ao artigo supracitado, assevera Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 156):

[...] observa-se que o contrato, pela sua função social, é analisado não apenas direcionado para a vontade individual dos contratantes mas para a sociedade. De fato, como se pode ver, é autorizada a interferência jurisdicional no contrato para adequá-lo aos justos contornos de uma relação jurídica equilibrada considerando-se, a toda evidência, os interesses daqueles que estão sendo afetados negativamente pelo negócio avençado.

O mesmo autor afirma que: “[...] não se pode entender a função social do contrato como exterminadora da autonomia da vontade, mas a determinação de que esta deve ser empregada nos termos dos interesses coletivos”. (GONÇALVES, 2009, p. 157).

Esse entendimento foi adotado na “Jornada de Direito Civil”, realizada no Superior Tribunal de Justiça (2008), cuja ementa ficou adiante transcrita:

STJ 23: 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.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 85):

[...] a função primária do contrato é, sem dúvida, a econômica, traduzida, em síntese, na facilitação da circulação das riquezas. Inobstante essa característica, a utilidade do contrato somente se revelará adequada se promover a circulação das riquezas de modo justo.

Vale mencionar que o significado da palavra “função” significa “obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição”; e da palavra “social” adjetiva o que é “concernente à sociedade”, “relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país”. (MARTINS-COSTA, 2000).

Cabe também transcrever os ensinamentos do ilustre Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 106), com relação ao conceito de função social do contrato:

[...] a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre partes que estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico.

Portanto, o princípio da função social no contrato eletrônico é uma norma de suma importância para do ordenamento jurídico de ordem pública, pois, a partir deste princípio os contratos serão analisados e interpretados de acordo com o interesse e para o bem da sociedade.

5 CONCLUSÃO

Os princípios da função social e da boa-fé estão ligados não só à interpretação dos contratos, mas também a todo o interesse social de segurança das relações jurídicas, inclusive daquelas relações virtuais (eletrônicas), uma vez que as partes têm o dever de agir com honradez e lealdade na conclusão do contrato e na sua execução.

No contrato eletrônico, a confiança entre as partes é o ponto principal, pois pode ocorrer que uma parte nunca tenha visto e conhecido o outro.

Acontece muito quando se trata de consumo, pois, uma parte celebra um contrato de compra e venda com empresas que, por muitas das vezes, somente existem de forma eletrônica.

Desta forma, cumprir o mandamento da função social e boa-fé em um contrato eletrônico é de suma importância para o direito, pois visará antecipar algum mal que poderá ocorrer nesta elaboração do contrato.

Sendo assim, observou-se neste trabalho que a boa-fé, podendo ser a objetiva e a subjetiva, devem estar presentes em qualquer contrato, inclusive aqueles denominados eletrônicos.

A Constituição Federal, por sinal, em seu artigo 5º dispõe que: “[...] o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Portanto a defesa do consumidor pertence a categoria de direitos constitucionais fundamentais, ou seja, deve-se valer sempre pelos princípios norteadores do direito.

Denota-se que o contrato eletrônico se difere do contrato tradicional porque nesse há a despersonalização, desmaterialização, desterritorialização e atemporalidade, porém, os requisitos de validade dos contratos eletrônicos são os mesmos para os contratos tradicionais, quais sejam: duas ou mais pessoas, a vontade livre de contratar manifestada e a capacidade civil para o ato.

Cediço, portanto que o princípio da boa-fé objetiva deve nortear as relações comerciais, pois, é um princípio geral de caráter universal, independentemente do meio utilizado para a concretização comercial, tendo como o princípio da proteção à confiança, a boa-fé e a função social. Caso não atendidas estes aspectos fundamentais, deve-se a Justiça ser acionada para proteger todos aqueles que se encontrem lesado, fazendo assim, a verdadeira Justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Contratos**. Coimbra: Almedina, 2000.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato Eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor**, São Paulo, Atlas, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 8.078/90**, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 ago. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 10.406/02**, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Brasília**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2000.

CELLA, José Renato Gaziero. **Função social dos contratos no novo Código Civil. Cella**. Disponível em: <http://www.cella.com.br/forum/re_message.asp?cod_key=683>. Acesso em: 23 jul. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Contrato de corretagem imobiliária**. São Paulo: Atlas, 2001.

CORDEIRO, Menezes. **Da Boa Fé**. Lisboa: Almedina, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA DA SILVA, Luiz Renato. **Função social dos contratos e solidariedade. Páginas de Direito**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/funcaosocialdoscontratosesolidariedade.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

FORTES, José Carlos. Princípios fundamentais na formação dos contratos. **Fastjob**. Disponível em: <http://www.fastjob.com.br/consultoria/artigos_visualizartodos.asp?>. Acesso em: 07 ago. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Humberto Theodor. **Dos fatos jurídicos**: do negócio jurídico. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007.

LIMA, André Luiz V. de Souza. Consumidor e fornecedor sob a ótica do CDC. **Universo Jurídico**. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4400/consumidor_e_fornecedor_sob_a_otica_d_o_cdc>. Acesso em: 10 ago. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do Direito Contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RAMALHO, Roberto. O que é Código de Defesa do Consumidor? **Arcos**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/o-que-e-codigo-de-defesa-do-consumidor/>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

ROCHA DA SILVA, Antonio Carlos. A função social do contrato no novo Código Civil. **Felsberg e Associados**. Disponível em: <http://www.felsberg.com.br/pdf/biblioteca_funcaoSocial.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2013.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. São Paulo: Coimbra: Almedina, 1988.

SIMÃO, José Fernando. **Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Ysis Lorena da Cruz. Os contratos eletrônicos e o ordenamento jurídico brasileiro. **Brasil Escola.** Disponível em: <<http://monografias.brasescola.com/direito/os-contratos-eletronicos-ordenamento-juridico-brasileiro.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.