



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Setor de Pós-Graduação

Rodrigo Fernandes Rebouças

Contrato Eletrônico
Considerações sob a ótica do plano de validade do negócio jurídico na formação do contrato

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
NÚCLEO DE PESQUISA DE DIREITO CIVIL

São Paulo
2012



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Setor de Pós-Graduação

Rodrigo Fernandes Rebouças

Contrato Eletrônico

Considerações sob a ótica do plano de validade do negócio jurídico na formação do contrato

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
NÚCLEO DE PESQUISA DE DIREITO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – Núcleo de Pesquisa de Direito Civil sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Regina Vera Villas Bôas

São Paulo
2012

ERRATA

* Contagem de linhas considerando as citações transcritas, desprezando os títulos dos capítulos.

Página	Linha*	Onde se lê	Leia-se
Sumário	22	3. Contrato eletrônico - quanto aos <u>interesse</u> econômicos	3. Contrato eletrônico - quanto aos <u>interesses</u> econômicos
11	18	"[...] jurídica a sua formação e validade."	"[...] jurídica, a sua formação e validade."
12	4	"[...] esquecer <u>as</u> obrigações pós-contratuais."	"[...] esquecer <u>das</u> obrigações pós-contratuais."
25	16	"[...] a vida real e conducente a um decisão, (...) O aplicador [...]"	"[...] a vida real e conducente a um decisão, [...] O aplicador [...]"
25	nota de rodapé 33, linha 3	"Revista dos Tribunais, p. <u>209-206</u> "	"Revista dos Tribunais, p. <u>209-212</u> "
27	2	"Código Civil que <u>forma</u> explorados acima, [...]"	"Código Civil que <u>foram</u> explorados acima, [...]"
27	9	" <u>quanto</u> tratamos dos requisitos [...]"	" <u>quando</u> tratamos dos requisitos [...]"
28	1	" <u>Ao estudas</u> a importância [...]"	" <u>Ao estudo da</u> importância [...]"
28	2	"[...], Ricarlo Lorenzetti apresenta [...]"	"[...], Ricarlo <u>L.</u> Lorenzetti apresenta [...]"
28	2	"[...] muito semelhante <u>à</u> de Karl Larenz, [...]"	"[...] muito semelhante <u>a</u> de Karl Larenz, [...]"
28	13	"[...] e a sua <u>consequência</u> validade [...]"	"[...] e a sua <u>consequente</u> validade [...]"

30	28	" <u>de</u> conhecer-se."	" <u>des</u> conhecer-se."
31	7	"[...] para no momento <u>seguintes</u> termos as [...]"	"[...] para no momento <u>seguinte</u> termos as [...]"
33	3	" <u>Ao</u> sofrer a incidência [...]"	Ao sofrer a incidência [...]"
33	20	"[...] acontecer no mundo jurídico." <u>"</u>	"[...] acontecer no mundo jurídico.
33	21	"[...] , pois ent <u>endermos</u> que os contratos"	"[...] , pois ent <u>endemos</u> que os contratos"
35	5	" <u>práticos</u> entre ausentes, [...]"	" <u>práticos</u> entre ausentes, [...]"
39	16	"[...] qualquer dúvida possa permanecer [...]"	"[...] qualquer dúvida <u>que</u> possa permanecer [...]"
40	18	"[...] Assim, tal como algumas <u>a</u> décadas [...]"	"[...] Assim, tal como algumas_décadas [...]"
43	10	" <u>A</u> capacidade [...]"	A capacidade [...]"
44	2	"[...] não se o titular do direito." <u>"</u>	"[...] não se o titular do direito.
44	nota de rodapé 73 linha 5	"(e o inadimplemento sup <u>ões</u> negócio válido)."	"(e o inadimplemento sup <u>õe</u> negócio válido)."
45	1	" <u>De</u> uma interpretação [...]"	De uma interpretação [...]"
45	24	"[...] finalidade econômica ou social." <u>"</u>	"[...] finalidade econômica ou social.
55	3	"[...] envolvendo <u>propriedade autoral e intelectual</u> , [...]"	"[...] envolvendo <u>propriedade intelectual</u> , [...]"
55	10	"[...] pretensão e ação, do <u>lato</u> ativo, e, [...]"	"[...] pretensão e ação, do <u>lado</u> ativo, e, [...]"
57	5	"Quanto <u>a</u> tema, já [...]"	"Quanto <u>ao</u> tema, já [...]"
58	13	"[...] , <u>e</u> o escólio de [...]"	"[...] , <u>é</u> o escólio de [...]"
60	5	" <u>É</u> necessário [...]"	É necessário [...]"
60	15	"[...] jurisdição específica." <u>"</u>	"[...] jurisdição específica.
61	7	"[...] nos adverte em <u>seus</u> tratado dos contratos[...]"	"[...] nos adverte em <u>seu</u> tratado dos contratos[...]"

62	7	"[...] estudos do <i>priming</i> , <u>o qual</u> consiste [...]"	"[...] estudos do <i>priming</i> , <u>consistentes</u> [...]"
62	10	"[...] Kahneman, <u>aponta</u> justamente sobre [...]"	"[...] Kahneman, <u>o qual</u> aponta justamente sobre [...]"
63	5	"[...] , sendo <u>o</u> as demais [...]"	"[...] , sendo <u>que</u> as demais [...]"
67	19	" <u>O</u> contrato eletrônico [...]"	O contrato eletrônico [...]"
68	3	"[...] , <u>cumpri</u> ou executar um acordo, [...]"	"[...] , <u>cumprir</u> ou executar um acordo, [...]"
68	8	"[...] contratos de seguro de saúde."	"[...] contratos de seguro de saúde."
70	20	"[...] considerações <u>quanto</u> realmente forem [...]"	"[...] considerações <u>quando</u> realmente forem [...]"
73	8	"[...] , mas sim, nas <u>consequência</u> quanto a [...]"	"[...] , mas sim, nas <u>consequências</u> quanto a [...]"
74	1	"[...] , já que <u>posso</u> ter [...]"	"[...] já que <u>é possível</u> ter [...]"
74	4	"[...] , por ' <u>contrato</u> informáticos' podem [...]"	"[...] , por ' <u>contratos</u> informáticos' podem [...]"
76	1-3	"Assim, em nosso entender, o contrato eletrônico é aquele em que, o momento da sua formação é caracterizado pelo meio (=forma) eletrônico, com a manifestação de vontade tácita ou expressa pelas posições jurídicas ativa e passiva. [...]"	"Assim, em nosso entender, o contrato eletrônico é aquele em que a manifestação de vontade, tácita ou expressa, pelas posições jurídicas ativa e passiva e expressada no momento da sua formação pelo meio (=forma) eletrônico. [...]"
81	nota de rodapé 144 linha 2	"[...] deve <u>volume</u> de feitos [...]"	"[...] deve <u>ao</u> volume de feitos [...]"
89	3	"[...] que <u>forma</u> firmadas, [...]"	"[...] que <u>foram</u> firmadas, [...]"
90	9	"[...] doutrina <u>associada</u> esta modalidade [...]"	"[...] doutrina <u>associa</u> esta modalidade [...]"
90	14	"[...] utilização de um <u>produtor</u> de uma geladeira [...]"	"[...] utilização de um <u>produto</u> de uma geladeira [...]"
91	5	"[...] que a teoria geral dos contratos <u>tradicional</u> [...]"	"[...] que a teoria geral dos contratos <u>tradicionais</u> [...]"
100	9	"[...] negócios <u>jurídico</u> é a forma livre, [...]"	"[...] negócios <u>jurídicos</u> é a forma livre, [...]"
101	12	"[...] , todavia, <u>coma</u> [...]"	"[...] , todavia, <u>com a</u> [...]"
101	13	"[...] negócios <u>jurídico</u> [...]"	"[...] negócios <u>jurídicos</u> [...]"

101	15	"[...] e por vários meio a [...]"	"[...] e por vários meios a [...]"
101	21	"[...] Documentos , entretanto, não é [...]"	"[...] Documento , entretanto, não é [...]"
102	7	"[...] a juntado do próprio edital [...]"	"[...] a juntada do próprio edital [...]"
103	12	"[...] a validade da delação da vontade [...]"	"[...] a validade da declaração da vontade [...]"
106	6	"[...] de direito dever atuar conforme [...]"	"[...] de direito deve atuar conforme [...]"
106	17	"[...] que se pretender formalizar, [...]"	"[...] que se pretende formalizar, [...]"
107	7	"[...] recomentar e informar [...]"	"[...] recomendar e informar [...]"
107	14	"[...] "é a firma declaração [...]"	"[...] "é a firme declaração [...]"
109	7	"[...] que não estão se obrigação [...]"	"[...] que não estão se obrigando [...]"
109	16	"[...] , deverá o aceite realizar [...]"	"[...] , deverá o aceitante realizar [...]"
110	25	"[...] resposta, caba a ele, [...]"	"[...] resposta, cabe a ele, [...]"
113	18	"[...] em um vitrine [...]"	"[...] em uma vitrine [...]"
115	1	"[...] a página dispões da possibilidade [...]"	"[...] a página dispõe da possibilidade [...]"
116	11	"[...] Embora parte doutrina [...]"	"[...] Embora parte da doutrina [...]"
117	1	"[...] muito mais razão haverá para o contrato preliminar, já eu o [...]"	"[...] muito maior razão haverá para o contrato preliminar, já que o [...]"
119	2	"[...] grau máximo ou " estádio mais [...]"	"[...] grau máximo ou " estágio mais [...]"
121	7	"[...] e especial após a [...]"	"[...] e especialmente após a [...]"
123	21	"[...] eletrônico como uma [...]"	"[...] eletrônico como um [...]"
126	16	"[...] documento proposta pela correntista [...]"	"[...] documentos proposta pela correntista [...]"
127	26	"[...] aparência, a boa-fé, [...]"	"[...] aparência, da boa-fé, [...]"
131	11	" Quanto tratamos de [...]"	" Quando tratamos de [...]"

135	5	"[...] a sua contrapartida, o pagamento, <u>n</u> ão há que se [...]"	"[...] a sua contrapartida, o pagamento, <u>N</u> ão há que se [...]"
136	9	"[...] Tais <u>a</u> firmacão não [...]"	"[...] Tais <u>a</u> firmacões não [...]"
137	21-22	"[...] , seja por qualquer meio fraudulento. [...]"	"[...] , seja por qualquer <u>o</u> utro meio fraudulento. [...]"
142	1	"[...] haverá duas <u>f</u> azes, sendo a primeira [...]"	"[...] haverá duas <u>f</u> ases, sendo a primeira [...]"
145	13	"[...] <u>D</u> escordamos de tal posicionamento [...]"	"[...] <u>D</u> iscordamos de tal posicionamento [...]"
145	20-21	"[...] transporte; editoraçã; instituições financeiras; seguradoras; [...]"	"[...] transporte, editoraçã, instituições financeiras, seguradoras, [...]"
146	Título do capítulo	"3. Contrato eletrônico - quanto aos <u>i</u> nteresse econômicos."	"3. Contrato eletrônico - quanto aos <u>i</u> nteresses econômicos."
157	9	"[...] , portanto, <u>c</u> oma a aplicação [...]"	"[...] , portanto, <u>c</u> om a aplicação [...]"
161	6	"[...] em nosso <u>p</u> aís um regulamento [...]"	"[...] em nosso <u>p</u> aís um regulamento [...]"
161	21	"[...] das relações jurídicas <u>c</u> omo nos contratos [...]"	"[...] das relações jurídicas nos contratos [...]"
162	4	"[...] , não <u>h</u> averá motivos para [...]"	"[...] , não <u>h</u> avendo motivos para [...]"
162	10-11	"[...] referenciados no desenvolvimento <u>d</u> este estudo, com exceção daqueles que não reproduziam uma temática diretamente vinculada ao objeto <u>d</u> o estudo (Anexos 01 a 16)."	"[...] referenciados no <u>s</u> eu desenvolvimento, com exceção daqueles que não reproduziam uma temática diretamente vinculada ao <u>s</u> eu objeto (Anexos <u>I a XVI</u>)."
163	7	"[...] grande ênfase <u>a</u> análise econômico-social [...]"	"[...] grande ênfase <u>à</u> análise econômico-social [...]"
164	penúltima referência bibliográfica	AZEVEDO, Álvaro Villaçã, Teorial Geral dos Contratos Típicos e Atípicos, <u>2 ed. 2004, Atlas</u> .	AZEVEDO, Álvaro Villaçã, Teorial Geral dos Contratos Típicos e Atípicos, <u>2 ed. São Paulo: Atlas, 2004</u> .
171	décima referência bibliográfica	TOMASETTI Jr., Alcides. Execução do Contrato Preliminar. <u>1982</u> . Tese de Doutorado, FDUSP	TOMASETTI Jr., Alcides. Execução do Contrato Preliminar. Tese de Doutorado, FDUSP, <u>1982</u> .

* Contagem de linhas considerando as citações transcritas, desprezando os títulos dos capítulos.

Banca Examinadora

Dedico o presente estudo monográfico à Deus; aos meus pais (Helena e Amado) pela criação e educação que viabilizaram com muito esforço e dedicação; à Heloísa pelo amor, motivação e compreensão nos momentos de ausência; aos meus alunos do CEU – Centro de Extensão Universitária; aos colegas de trabalho pelos momentos de ausência do escritório e, em especial, aos meus professores e colegas de academia que muito me ensinaram e continuam a me ensinar a cada dia, em especial aos Professores: José Manoel de Arruda Alvim Netto, Everaldo Augusto Cambler, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery, Regina Vera Villas Bôas, Márcio Pugliesi, Daniel Martins Boulos, Antonio Jorge Pereira Júnior, Ives Gandra da Silva Martins, Manoel Joaquim Pereira dos Santos, Marco Fábio Morsello, Estevan Lo Ré Pousada, Milton Paulo de Carvalho, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Marcelo Vieira von Adamek, Marcelo Godke Veiga, Walfrido Jorge Warde, Fábio Pinheiro Gazzzi e Maria Isabel Carvalho Sica Longhi.

Afigura-se um erro abandonar o papel do negócio jurídico. No fundo, este opera como a estrutura técnica do contrato. As dificuldades pedagógicas que a articulação do negócio com o contrato podem ocasionar são facilmente ultrapassáveis, na transição da disciplina da Teoria geral do Direito civil para a do Direito das obrigações.

António Menezes Cordeiro. Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo II, 2010.

RESUMO: A presente dissertação de mestrado em Direito Civil, tem por objetivo trazer algumas considerações sobre os Contratos Eletrônicos, porém analisando-os sob a ótica do plano da validade dos negócios jurídicos (requisitos de validade), uma vez que, no entender do examinando, a contratação por meio eletrônico é apenas uma questão quanto a forma, não impactando nas categorias dos contratos ou na sua classificação, a qual deverá se adequar a tal modalidade. Trata-se de estudo que não pretende esgotar a matéria, porém, sugerir novas análises sobre uma modalidade contratual que tende a, em brevíssimo espaço de tempo, se tornar no meio mais utilizado nas transações comerciais, cíveis e de consumo, uma vez que a cada ano que passa, a comunidade fica mais habituada aos meios eletrônicos, deixando de lado questões de insegurança subjetiva para efetivamente realizar tal contratação. Quanto aos contratos eletrônicos, nos propomos a realizar o estudo iniciando nas características de tal meio de contratação e uma análise crítica quanto aos principais conceitos atualmente aplicados pela doutrina. Na sequência, serão enfrentadas as questões quanto a formação do contrato eletrônico e a interpretação contratual pelos Tribunais pátrios com o objetivo de alcançar propostas para o plano da validade e alguns efeitos de eficácia do contrato eletrônico. A dissertação, por ter sido desenvolvida ao longo do mestrado em Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, tem por objeto uma análise mais aprofundada em relação aos contratos cíveis e de relação empresarial.

Palavras-chave: Contratos eletrônicos. Internet. Direito Civil. Negócio Jurídico. Requisitos de Validade.

Abstract: Abstract: The present dissertation in the field of private law aims to bring some considerations regarding electronic contracts from the perspective of the validity of legal transactions (terms of validity), since, in the opinion of the writer, hiring through e-mail is just a question of form and does not have any impact on the categories of contracts nor their classification, which this modality should follow. Although this study is not intended to be exhaustive, it suggests new ways to analyze a contractual type that is quickly becoming the most prevalent in commercial, private and consumerist transactions, as with each passing year the community is becoming more accustomed to electronic media and leaves aside issues of subjective uncertainty in order to effectively conclude such contracts. As for electronic contracts, we propose to conduct the study by first describing the characteristics of such means of contracting and providing a critical analysis regarding the main concepts currently applied by legal doctrine. We will then tackle the issues pertinent to the formation of electronic contracts and the interpretation of contracts by national Courts with the goal of formulating proposals for their validity. This dissertation was written for the Masters Program in Civil Law at the Pontifical Catholic University of São Paulo, and thereby engages in an in-depth analysis of civil contracts and business relationships.

Keywords: Electronic contracts. Internet. Civil Law. Legal Business. Terms of validity.

Sumário:

Introdução	11
1. Os Planos do negócio jurídico aplicados aos contratos eletrônicos.....	16
1.1. Plano da existência - elementos	32
1.2. Plano da validade – requisitos	41
1.3. Plano da eficácia – fatores	47
2. Contratos Eletrônicos - regulamentação.....	57
2.1. Conceitos – uma análise crítica	65
2.2. Características das formas de contratação	76
2.3. Formação do contrato eletrônico e sua prova.....	94
2.3.1. Fase pré-contratual	105
2.3.1.1. Proposta e seus elementos.....	107
2.3.1.2. Oferta e seus elementos.....	113
2.3.2. Contrato Preliminar – preliminariedade mínima, média e máxima	115
2.3.3. A declaração de vontade – autonomia privada	120
2.3.3.1. Por meio eletrônico – interatividade	125
2.3.3.2. Por troca de correspondência eletrônica (e-mail)	128
2.3.3.3. Forma de automatização	129
2.3.3.4. Utilização de Assinatura e Certificado digital	131
2.3.3.5. Pagamento digital – Digital Money (<i>Pay Pass, Google Wallet, etc.</i>)	136
2.3.3.6. O silêncio como comportamento contundente (conduta tácita)	140
2.3.3.7. O uso das cláusulas gerais	144
3. Contrato eletrônico – quanto aos interesse econômicos.....	146
4. Contrato eletrônico – quanto ao tempo e local de formação	153
4.1. Entre presentes	155

4.2. Entre ausentes	156
4.3. Código Civil – Teoria da recepção quanto ao lugar	157
Conclusões	161
Bibliografia	164
Referência	174
Anexos	182

Introdução

O denominado fenômeno da Internet, embora extremamente recente se comparado com a evolução da humanidade pós revolução industrial, resultou em profunda e rápida evolução dos meios de comunicação global, tendo relevante impacto na forma de realização de inúmeros negócios jurídicos e certamente com um crescimento exponencial, empregando uma velocidade no trato das relações jurídicas nunca vista antes na história da humanidade e seus respectivos reflexos nos negócios jurídicos, especificamente quanto aos contratos firmados por meio eletrônico. Nas estimativas do Governo Federal, o Brasil, terá até 2015, mais de 70 milhões de lares conectados à Internet.¹

Os meios eletrônicos de comunicação, estão viabilizando um entrelaçamento e uma aproximação das economias globais que desafiam as regras tradicionais da ciência econômica com os seus respectivos impactos jurídicos, especialmente, sob a ótica dos contratos, pois, conforme nos lembra Enzo Roppo, “[...] o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas. Donde se conclui que onde não há operação económica, não pode haver também contrato.”²

Se a Internet está proporcionando o crescimento exponencial das operações econômicas, temos por consequência um crescimento exponencial dos contratos firmados por tais meios, os quais, encontram como principal barreira psicossocial, a confiança, e sob a ótica jurídica a sua formação e validade.

Nos contratos de relações consumeristas, a confiança, ou a sua falta, resulta no “medo” dos consumidores sofrerem fraudes praticadas por oportunistas de plantão, tanto na ótica da clonagem de informações, dados pessoais e bancários, como da efetiva validade dos contratos firmados por tal meio e, finalmente, no cumprimento da prestação obrigacional.

¹ Entrevista do Ministro Paulo Bernardo ao IDG NOW! Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/internet/2011/10/25/brasil-tera-70-milhoes-de-lares-conectados-a-internet-em-2015/>>. Acesso em 29 out. 2011

Já nas relações empresariais, a confiança, ou a sua falta, tem por norte, a garantia do consentimento e da efetiva formação válida daquele vínculo obrigacional, daquele negócio jurídico em concreto, com a posterior conclusão em sua fase de execução do contrato, sem se esquecer as obrigações pós-contratuais.

Em algumas situações, tem se identificado o receio quanto a guarda e perecimento das informações eletrônicas, sendo tal preocupação uma das barreiras para a efetiva evolução dos centenários cartórios de registros de títulos e documentos ou dos cartórios de imóveis. Este último receio, nos parece um tanto quanto frágil, uma vez que a rede mundial de computadores – Internet – foi justamente concebida dentro de uma estrutura bélica da denominada guerra fria, objetivando que as informações jamais fossem perdidas, de forma que, uma vez tornadas públicas por meio da Internet, serão fatalmente replicadas de forma randômica em milhares de servidores espalhados por todo o globo terrestre.

Nos fóruns especializados em tecnologia, tais como, no Brasil, a *Campus Party*, é usual ocorrer o seguinte questionamento: *é possível desligar a Internet?* E a resposta é única, não.

A exemplo do que se está aqui defendendo, basta rememorarmos as situações em que uma determinada pessoa pública, busca remover da Internet cenas ou fatos da sua vida privada que possam criar constrangimentos ou abalo a sua moral. Na grande maioria das situações, tais tentativas são absolutamente inócuas e resultam no seu efeito reverso, ou seja, multiplicação das informações e dos dados que se buscava excluir. Por tais motivos, entendemos que tal preocupação não faz sentido. Ademais, como lembra Manoel J. Pereira dos Santos, a “Internet, que é a rede das redes e o principal fenômeno dessa nova era, é na verdade apenas um tipo de sistema organizado, que, de uma simples rede de comunicação,

² ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11

converteu-se num sistema global de comunicação multifacetada, que funciona com múltiplos provedores.”³

Desta forma acreditamos que seja praticamente impossível apagar definitivamente dados e informações que se tornaram públicos, ou ainda, o seu perecimento pelo advento de novas tecnologias, pois todas as informações eletrônicas são facilmente acessadas por novos aplicativos e/ou formatos.

Retomando o foco ao contrato eletrônico, que é o objeto do presente estudo, buscaremos desmitificar, em primeiro lugar, que o contrato eletrônico seja uma nova classificação contratual ou um novo tipo contratual. Acreditamos que na verdade, trata-se apenas de uma forma (meio) de contratação e, portanto, deve ser estudado sob a ótica da estrutura do negócio jurídico.

Um dos fundamentos para descartarmos a análise do contrato eletrônico sob a ótica da classificação, se deve a própria finalidade da classificação contratual. Ou seja, a própria necessidade de “catalogar” cada tipo contratual em uma dada categoria contratual. Como nos lembra Francisco Paulo De Crescenzo Marino, as categorias contratuais funcionam como uma ‘entidade mediadora’, tanto no nível lógico-abstrato, como no nível normativo⁴.

A classificação dos contratos vem sendo estudada desde Gaio (século II d.C.), para quem, a classificação era diretamente vinculada a forma de expressão do consentimento, tendo afirmado que “[...] existem quatro espécies a considerar: a obrigação contrai-se pela entrega de uma coisa, pelo uso de certas palavras, por meio de um documento escrito, ou por consenso entre as partes.” (Instituições, Livro III, 89)⁵. De tal classificação podemos

³ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor, V. 36, São Paulo: RT, Out/2000, p. 105 e seguintes

⁴ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos Contratos. Coord. PEREIRA Jr., Antonio Jorge. JABUR, Gilberto Haddad. Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 22-23

⁵ GAIO, trad. J. A. Segurado e Campos. Instituições – Direito Privado Romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 319

identificar, como conhecemos hoje, os contratos reais, verbais, formais e consensuais – (i) *re*; (ii) *verbis*; (iii) *litteris*; e, (iv) *consensu*.

A classificação dos contratos tem portanto, como finalidade “[...] acentuar as semelhanças e dessemelhanças entre as diversas espécies, de maneira a facilitar a Inteligência do problema em estudo [...] A importância prática apresenta-se quando consideramos as consequências legais próprias de cada tipo de contrato [...]”⁶.

Classificar um contrato, significa a busca de sua categoria, para posterior definição quanto ao regime jurídico que deverá vigorar, neste sentido é a manifestação de Francisco Paulo De Crescenzo Marino, para quem “O agrupamento de tipos contratuais em categorias é ferramenta indispensável para a sistematização das normas jurídicas, cogentes ou dispositivas, aplicáveis aos contratos pertencentes a cada categoria [...] Por fim, muitas normas expressamente dirigidas a um contrato aplicam-se, na verdade, a uma espécie de prestação contratual, o que requer constante atenção do intérprete para as potencialidades expansivas de normas aparentemente ligadas ao regime de um único tipo contratual.”⁷

Justamente por se tratar, a classificação, de distinção de categorias e de “normas dirigidas à espécie de prestação contratual” entendemos que o contrato eletrônico não se trata de uma nova classificação, uma vez que não há distinção entre os demais contratos, quanto a sua categoria, apenas em relação a sua formação (escrita ou eletrônica). Uma compra e venda, continuará a ser uma compra e venda independente do meio de formação utilizado (instrumento particular, verbal ou eletrônico). A distinção quanto ao contrato eletrônico diz respeito ao momento de sua formação (categoria/classificação contratual: contratos não solenes), ou seja, quanto ao meio que é empregado para a sua formalização.

⁶ VIANA, Marco Aurelio S. Curso de Direito Civil – Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47

⁷ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos Contratos. Coord. PEREIRA Jr., Antonio Jorge. JABUR, Gilberto Haddad. Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 22

Em nosso entendimento, para a caracterização de sua existência, o meio eletrônico deverá ser obrigatoriamente observado para o momento da formação do vínculo contratual, podendo incluir, ou não, o momento da fase pré-contratual, da fase de execução do contrato e da fase pós-contratual.

Alguns contratos não admitirão, por enquanto, o meio eletrônico, tal como se daria em alguns contratos reais – quanto a formação – (por dependerem da tradição da coisa para a sua formação) ou ainda, alguns contratos formais e solenes, tais como compra e venda de bens imóveis (imóveis não loteados)⁸ de valor superior a trinta salários mínimos (artigo 108 do Código Civil), por dependerem de escritura pública para a sua formação, com posterior registro no cartório de imóveis para a concretização de transferência da propriedade.

Portanto, a abordagem que será realizada no presente estudo tem por premissa que o contrato eletrônico é o meio de contratação (meio de formação e formalização) e não uma nova classificação ou nova categoria.

Por ser meio de contratação, estamos convencidos de que o seu estudo deverá ter por norte os planos do negócio jurídico⁹, que, no Brasil, foram exemplarmente estudados pelos professores Antônio Junqueira de Azevedo¹⁰ e Marcos Bernardes de Mello¹¹.

⁸ Ao compromisso de compra e venda de imóveis loteados, admite-se a forma puramente particular (José Osório de Azevedo Júnior - A dispensa de escritura na venda de imóvel loteado. Crítica da orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 20, p. 152, Jul/2007). Quanto a possibilidade de tal contrato ser firmado por troca de correspondência eletrônica, trazemos a posição de José Osório de Azevedo Júnior, para quem também é admitido o meio eletrônico: “No caso em foco, forma escrita houve, ou seja, um contrato epistolar, uma troca de mensagens escritas transmitidas eletronicamente. O *e-mail* é aceito tranquilamente na jurisprudência como documento escrito. Os elementos essenciais da compra e venda e, portanto, do compromisso, estão presentes: (a) a fazenda, especificada nas matrículas; (b) o preço de R\$ 2.100.000,00 e as condições do pagamento; e (c) o consentimento, expresso na proposta e na aceitação. O contrato, portanto, foi celebrado. As circunstâncias de não ter havido pagamento de parte do preço nem transmissão da posse em nada prejudicam a formação do contrato, pois se trata de meros atos de *execução* do mesmo.” (Compromisso de compra e venda. Troca de e-mails. Manifestação de vontade por escrito, *in* Revista dos Tribunais, vol. 893, p. 125, Mar/2010)

⁹ No mesmo sentido, é o comentário de Maria Helena Diniz “Não vislumbramos em nosso Código Civil qualquer vedação legal à formação do contrato via eletrônica, salvo nas hipóteses legais em que se requer forma solene para a validade e eficácia negocia. As ofertas nas homepages seguem as normas dos arts. 427 e 428 do Código Civil, e, uma vez demonstrada a proposta e a aceitação, por exemplo, pela remessa do número

Sob a ótica dos denominados requisitos de validade, serão analisadas as questões inter-relacionadas a esta forma de contratação e seus impactos nos contratos interempresariais, empresariais e cíveis, sem nos preocuparmos com questões processuais ou de direito privado internacional, mas puramente de direito material interno.

1. Os Planos do negócio jurídico aplicados aos contratos eletrônicos.

Para conceituar e aplicar a estrutura dos planos do negócio jurídico aos contratos eletrônicos, adotamos o posicionamento de Antonio Junqueira de Azevedo¹², segundo o qual o negócio jurídico deve ser definido pela sua estrutura, em contraposição às clássicas definições voluntarista e objetiva.

Não se procurará mais saber como o negócio *surge*, nem como ele *atua*, mas sim, simplesmente, o que ele *é*. Não mais – exagerando as implicações – a vontade, a psique e a psicologia, nem o auto-regramento, a sociedade e a sociologia, mas sim a declaração de vontade, o fato jurídico e a ciência do direito.

O negócio jurídico, estruturalmente pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto. [...] *In concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide. [...]

Ao falarmos, portanto, em declaração de vontade, estamos utilizando esta expressão como uma espécie de manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos. A declaração é, do ponto

do cartão de crédito ao peticitante, o negócio virtual terá existência, validade e eficácia.” (Tratado teórico e prático dos contratos, v. 5, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2003, p. 656).

¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 5ª tiragem, 2007.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência. São Paulo: Saraiva, 15ª ed., 2008.

¹² *Op cit.*

de vista social, o que o negócio é, do ponto de vista jurídico, ou seja, *a declaração tende a coincidir com o negócio na medida em que a visão jurídica corresponde à visão social*. O ordenamento jurídico procura tomar a declaração de vontade como hipótese normativa (hipótese legal) dessa espécie de fato jurídico, que é o negócio jurídico. Por isso mesmo, num contrato, por exemplo, não há, como às vezes se diz, duas ou mais declarações de vontade; há, nele, mais de uma vontade e mais de uma manifestação de vontade, mas essas manifestações unificam-se a visão social de uma só declaração, que juridicamente será um só fato jurídico. [...], quer-nos parecer que uma concepção estrutural de negócio jurídico, sem repudiar inteiramente as concepções voluntaristas, dela se afasta, por não se tratar mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. *A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social*. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico.¹³

O posicionamento acima apontado – o exame do negócio jurídico sob o “prisma social” –, passa a ter maior relevância e aplicabilidade à todos os contratos e formas de contratação, em especial quanto aos contratos eletrônicos em função da atual popularidade e disseminação de tal meio/forma de contratação, sendo ainda, intimamente ligado a necessária interpretação pelos usos e costumes¹⁴ quanto aos atos de declaração de vontade das partes frente à expectativa da sociedade¹⁵.

¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, validade e eficácia*. 4ª ed, 2007, São Paulo: Saraiva, p. 15-21

¹⁴ “Ora a forma sob a qual o Direito adquire um significado determinante do nosso viver consiste em ele dizer-nos algo sobre o modo como *in concreto* nos devemos conduzir. [...] Ora, é-nos sem mais possível imaginar que a questão sobre o concreto dever-ser jurídico seja respondida através de um costume ou uso tradicional.” ENGISCH, Karl. Trad. J. Baptista Machado. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 76

¹⁵ “A atividade do jurista não se inicia normalmente com a apreciação jurídica da situação de facto que se lhe oferece como acabada, mas desde logo com a formação da situação de facto que acede à sua apreciação jurídica. [...] Situações de facto juridicamente relevantes são, muitas vezes, aquelas que constam de uma ou

No mesmo sentido é o Código Civil Reale, pois, os seus princípios norteadores da eticidade, operabilidade e socialidade, exigem como *standard* de conduta, um posicionamento conforme a boa-fé objetiva, ou seja, frente ao que é socialmente aceitável, esperado e desejável – justa expectativa. Trata-se de atender ao *bem comum*¹⁶ ao que é socialmente

mais declarações, que estão dirigidas ao surgimento de consequências jurídicas (negócios jurídicos). [...] A declaração de vontade jurídico-negocial não contém somente a manifestação de uma determinada opinião ou intenção; é, nos termos do seu sentido, declaração de vigência, quer dizer, um acto que tem como objectivo pôr em vigor determinar consequência jurídica. [...] Por isso, a lei menciona o princípio da <<boa-fé>> (§ 157 do BGB) como pauta de interpretação contratual integradora. Nestes termos, a regulação acordada pelas partes há-de interpretar-se, sempre que assim o permitam as declarações de ambas as partes, num sentido que seja, tanto quanto possível, justo para ambas. [...] A <<interpretação contratual integradora>> já não pode continuar a conceber-se, como acontece ainda com a interpretação da declaração de vontade isolada, apenas como apreciação de uma situação de facto sob pontos de vista jurídicos, mas pertence a uma determinação mais em pormenor das consequências jurídicas.” LARENZ, Karl. Trad. José Lamego. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª ed., 2009, p. 391-423

¹⁶ Quanto a aplicação do bem comum com norteador de aplicabilidade da função social e da boa-fé objetiva, sustentei que: “Até os dias atuais há uma constante busca em apontar e indicar uma conceituação clara para o Bem Comum, havendo nas diversas conceituações, pontos de contato e pontos de total dissonância, o que nos leva a concluir que Bem Comum deve ser analisado de uma forma objetiva frente a cada caso concreto ou cada uma das situações a serem enfrentadas no dia-a-dia dos tribunais e da vida em sociedade, ou seja, o Bem Comum deve ser “sentido” objetivamente como realizado ou alcançado o tanto quanto possível.

Deste modo, entendemos ser pertinente apontar algumas características necessárias para alcançar e buscar uma conceituação ao Bem Comum, pela análise dos textos que já enfrentaram o tema. Tais características e, principalmente, os limites de atuação da interferência do Estado ou do Poder Judiciário (jurisdicionalização) que, em certas circunstâncias, aponta soluções sob a batuta de se justificar como algo que irá atingir o Bem Comum, mas que nem sempre atinge, resultando em uma violação a segurança jurídica.

[...]

O aparente conflito na definição de Bem Comum (egocentrismo em oposição ao altruísmo), é igualmente ressaltado pelo Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, para quem ‘Essa perspectiva se justifica tendo em vista que a filosofia moderna, a partir do nominalismo e racionalismo cartesiano, e a filosofia contemporânea, em suas vertentes liberal-individualista ou social-coletivista, acabaram conduzindo a uma aparente dicotomia entre o bem comum e o bem individual [...]’¹ (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11>>. Acesso em: 4 dez. 2010.)

Como solução à indefinição apontada acima, o próprio Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho propõem a solução, indicando que o conceito de Bem Comum é objetivo, não devendo ser buscada uma forma subjetiva para sua aplicação, propondo que a alma do Bem Comum é a solidariedade, é a doação ao outro. É ao mesmo tempo individual e social para a busca de uma harmonia na existência, na coexistência e na convivência.

Em sentido semelhante é a proposta do Prêmio Nobel de Economia Amartya Sen² (SEN, Amartya. A ideia de justiça. Coimbra: Almedina, 2010, p. 541 “[...]”), que ao debater a teoria da justiça, acaba por defender que as teorias existentes possuem maior ou menor aceitação, mas é inevitável a busca incessante pela justiça. Sendo, na história da civilização, a busca pela justiça um ideal constante, buscamos neste artigo encontrar elementos objetivos para a aplicação da função social por meio do Bem Comum.

adequado e desejado, como forma de caracterizar um elemento que traga conceitos mais objetivos e palpáveis para a denominada função social do contrato aliado à boa-fé objetiva, sem deixar de lado a necessidade de uma análise complexa-sistêmica dos impactos econômicos¹⁷ frente a aplicação¹⁸ do direito.

Assim, para compreender adequadamente o que é o Bem Comum como elemento norteador para a aplicação da função social ao Direito Privado e aos Direitos Difusos, devem ser avaliados cinco critérios: (i) Finalidade no sentido aristotélico (qual o fim ou objetivo da coisa); (ii) Bondade (bondade é aquilo que à todos apetece); (iii) Participação (o bem é difusivo porque atua como causa final que exerce atração para que outros participem da sua bondade); (iv) Comunidade ('A participação implica uma comunidade entre os participantes em função do participado.', ou ainda, 'Bem comum é o bem singular, considerado como parte de um todo.'³ (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11>>. Acesso em: 4 dez. 2010.) e na expressão de Edgar Morin 'O todo está na parte e a parte está no todo'⁴ (MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Porta Alegre: Edgar Sulina. 3ª ed., 2007, p. 75); e, (v) Ordem ('[...] uma comunidade não é um aglomerado de pessoas, mas um todo orgânico, com uma ordem entre as partes, onde deve imperar a harmonia e concórdia. 'Todas as coisas que existem aparecem ordenadas entre si, de modo que umas servem a outras. Mas as coisas que são diversas não conviriam numa ordem comum se não houvessem sido ordenadas por algo uno''⁵. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*

Objetivamente deve ser verificada a coexistência cumulativamente dos cinco elementos acima propostos para se aproximar do que é a finalidade e o conceito de Bem Comum, rememorando sempre que, "um todo é mais do que a soma das partes que o constituem"⁷ MORIN, Edgar. *Op. cit.*, p. 85.

Entendemos que a aplicação das atuais teorias do direito privado quanto a denominada função social do contrato, da propriedade entre outras aplicações às demais áreas do direito atualmente indicadas pela doutrina, vai de encontro com o princípio norteador da socialidade, ou seja, a busca do Bem Comum em detrimento do individualismos dominante nas codificações do século XVIII ao fim do século XX." REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. O Bem comum e a Função Social da Propriedade. Revista de Direito Privado – RDPriv, v. 47, jul.-set. 2011. p. 312-315

¹⁷ "O Estado moderno conta com cerca de cem tipos de medidas diversas para influir sobre a economia. O número de instrumentos à sua disposição aumentam à medida que ele retira do jogo do mercado certas variáveis, fixando-as institucionalmente, ou então agindo ele próprio no mercado como um operador sob vestes empresariais." NUSDEO, Fábio. Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico. 6ª ed., 2010, RT, São Paulo, p. 200-201.

¹⁸ Ao tratar da relevância da economia para o direito, Ives Gandra da Silva Martins nos lembra que: "Como os discursos das duas ciências são diferentes, ainda hoje há conflitos entre juristas e economistas, aqueles defendem o predomínio da lei, mas sem perceber a relevância da economia, estes as técnicas econômicas para o desenvolvimento, sem perceber a importância do Direito. [...] Não é possível examinar o Direito sem os fundamentos da Economia, seja na regulação microeconômica própria do direito civil, comercial, do consumidor, do controle dos *trusts*, seja na regulação da macroeconomia, que é própria do direito econômico. Para mim, o direito econômico é a disciplina legal da macroeconomia e não apenas uma regulação da lei *antitrust* ou dos desvios de comportamento dos agentes empresariais. [...] Não sem razão, dois Prêmios Nobel de Economia (Ronald Coase e Douglas North), ganharam a maior láurea na área defendendo testes jurídicos, ou seja, de que a economia de mercado e de escala só é viável e eficaz se contar com instituições jurídicas estáveis que assegurem os investimentos a longo prazo.

O jurista, doutrinador ou operador do direito que desconhecer regras econômicas e se fechar na teoria da norma pura, no mero formalismo, corre sempre o risco de interpretar mal e colaborar para a desfiguração da ordem

Para realizar o estudo dos contratos eletrônicos sob a ótica dos planos do negócio jurídico¹⁹, em especial, quanto aos seus requisitos de validade, entendemos ser igualmente importante abordar a sistemática hermenêutica que deverá ser observada na sua aplicação frente aos três princípios norteadores do Código Civil acima referenciados.²⁰

Ao operador do direito, não é mais permitido analisar um fato jurídico isolado e individualizado, mas sim analisa-lo em conjunto com toda a sistemática de nossa codificação, em especial, com toda a Parte Geral do Código Civil irradiando seus efeitos sobre a Parte Especial e a legislação extravagante, além da necessária interpretação conforme a socialidade e a situação concreta. Não se admite mais uma análise isolada de um único artigo ou uma única declaração, mas sim, a aplicação conjunta, simbiótica e sincronizada de todo sistema jurídico de direito privado²¹, devemos sempre conjugar, no mínimo, um conjunto de comandos legais, tal como a aplicação conjunta dos artigos 104, 107, 113, 187, 421, 422 e § ún. do Art. 2.035, todos do Código Civil.

jurídica de seu país.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. Uma Breve Introdução ao Direito, São Paulo: RT, 2010, p. 225-227.

¹⁹ “Na linguagem tradicional a palavra ‘negócio jurídico’ é usada tanto para significar o ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato. O negócio jurídico típico é o contrato. Num contrato as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjetivo do ato jurídico negocial. Mas também é o seu sentido objetivo. Quer dizer: este ato é um fato produtor de Direito se e na medida em que a ordem jurídica confere a tal fato esta qualidade; e ela confere-lhe esta qualidade tornando a prática do fato jurídico-negocial, juntamente com a conduta contrária ao negócio jurídico, pressuposto de uma sanção civil.” Kelsen, Hans. Trad. João Baptista Machado Teoria Pura do Direito. 2009, São Paulo: Martins Fontes, p. 284

²⁰ “Desse modo, o que de relevante sobrevive à formulação das normas e ilumina sua *vis* preceptiva é a orientação da sua disciplina, o critério de avaliação normativa, imanente ao seu preceito: orientação e critério que muito impropriamente são designados como uma ‘vontade’ em sentido objetivo e, na verdade, constituem a *ratio iuris* da norma.” BETTI, Emilio. Interpretação da lei e dos atos jurídicos. Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 207

²¹ Sobre os sistemas jurídicos e interpretação do negócio jurídico, fazendo referência conjunta às seguintes obras: HOHFELD, Wesley Newcomb. Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª ed. 2008. ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª ed., 2009.

Quanto a aplicação do direito diante da situação concreta (usos e costumes), tivemos a oportunidade de sustentar que “para uma melhor análise quanto a influência dos mandamentos constitucionais sobre o direito obrigacional com o objetivo de uma análise complexo-sistêmica, acreditamos ser necessário o estudo de dois requisitos preliminares e que irão influenciar nas conclusões que serão desenvolvidas a seguir. A primeira análise é uma conscientização da influência econômica e macroeconômica sobre o direito, em especial, sobre o direito obrigacional, em contrapartida a uma análise tradicional e baseada na simples relação crédito e débito usualmente verificada nos manuais clássicos do direito obrigacional.

Entendemos não ser mais admissível uma leitura isolada da operação do direito obrigações (*crédito X débito* ou *posição jurídica ativa X posição jurídica passiva*), sendo necessário para uma melhor interpretação, a análise sistêmica do direito obrigacional em relação aos seus impactos econômicos em consonância com os princípios norteadores do Código Civil [...], verificamos ser relativamente comum a divulgação de notícias publicadas nos meio jornalístico em geral, comemorando uma eventual “vitória” judicial de um grupo de consumidores quanto a ampliação de direitos em face de instituições financeiras, ou ainda, sociedades empresárias responsáveis por planos de saúde e de seguros. O fato é que tais decisões irão impactar diretamente sobre os resultados de tais sociedades empresárias, com reflexos sobre empregados, fornecedores e necessários reajustes de valores dos planos de saúde ou do prêmio do seguro, e, em última análise, em verdadeira exclusão de uma grande parcela da população que não terá mais meios de arcar com os novos valores de tais contratos. Tais análises, normalmente são esquecidas ou ignoradas, e devem ser verificadas em uma visão complexo-sistêmica do direito devidamente integrado a economia.

Em considerável parcela das relações jurídicas, em especial, dos negócios jurídicos usualmente praticados em nossa sociedade, é possível identificar um contraste entre tais relações e os princípios norteadores do Código Civil de 2002, uma vez que, a economia e os

seus respectivos interesses resultam muitas vezes na supressão do interesse coletivo para alcançar o benefício e o interesse individual, da simples produção em massa e do lucro a qualquer custo. [...] Ao operador do direito do século XXI cabe a árdua tarefa de interpretação sistêmica e complexa de tais posicionamentos sociais que em algumas situações aparentam divergências com os princípios norteadores da sistemática do Código Civil de 2002. Com o objetivo de integrar o negócio jurídico ao interesse econômico e a observância do sistema legal, na expressão de Miguel Reale – Lições Preliminares de Direito e Filosofia do Direito –, cabe ao interprete compreender o fato social, a finalidade, o valor e a função da norma e compatibilizá-los com o ordenamento jurídico de forma a viabilizar os objetivos desejados ou pretendidos pelo sujeito de direito.”²²

No mesmo sentido, como já alertava Miguel Reale, “[...] o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre ‘o todo da lei’ e as ‘partes’ representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados.”²³

Já os princípios norteadores do Código Civil e que irão resultar em uma nova interpretação do negócio jurídico, em especial aos contratos eletrônicos analisados sobre a ótica dos requisitos de validade aplicados a esta nova realidade social, tivemos a oportunidade de escrever que “O princípio da *socialidade* vem superar a visão individualista predominante das codificações anteriores²⁴, resultando em uma nova visão do direito privado que busca uma

²² REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Uma análise dos mandamentos constitucionais que influem no direito obrigacional. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP, v. 28, jul.-dez. 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 205-206

²³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 20ª ed., 1993, São Paulo, Saraiva, p. 285

²⁴ ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. Comentários ao Código Civil Brasileiro, Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil, 2009, cap. 1.2., p. 35, que ao tratar da ideologia de liberdade entendida como o pleno direito individual à propriedade, assim se expressou: “A propriedade colocava-se como condição da liberdade e o clima de liberdade, ou de *absoluta liberdade*, tal como era ela afirmada, significa – ao menos

superação do interesse individual para privilegiar o interesse coletivo pelo hermeneuta do direito.

Nesse sentido é o escólio de Francisco Amaral que [...] esclarece que o princípio da socialidade tem o objetivo superar a interpretação individualista do código de 1916, para orientar o aplicador da norma a uma supremacia dos interesses coletivos em relação aos individuais, sem que com isso seja afastada a segurança jurídica e os valores da pessoa humana tal como se verifica na função social do contrato (CC, art. 421) e da propriedade (CC, art. 1228 *caput* e seus §§ 2º, 4º e 5º). A socialidade tem por objetivo garantir a justa aplicação da norma (o justo meio de Aristóteles²⁵) para assegurar o bem comum e a justiça social (contratual e da propriedade) sem que haja prejuízo a terceiros.²⁶

O princípio da *eticidade* ‘privilegia os critérios ético-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica.’²⁷ Pela aplicação do princípio da *eticidade*, o operador do direito passa a ter uma responsabilidade muito maior em relação à sociedade como um todo, pois deixa de limitar a sua atividade de um mero aplicar o direito tal como posto, para passar a entender o direito pela necessária aplicação das cláusulas abertas sob a ótica de criar uma roupagem para a ‘situação jurídico-econômica’²⁸ que a sociedade busca à um determinado fato jurídico convertido em negócio jurídico.

Por este princípio, podemos dizer que há um rompimento com o excessivo rigor e formalismo jurídico. ‘O significado do princípio da *eticidade* é, porém, mais extenso, não se limitando à crítica da sistematicidade lógico-formal típica do positivismo. Ele fundamenta, ainda, a crença

no plano da pregação ideológica do liberalismo -, a melhor forma de o home atingir, até mesmo, a própria felicidade.” (itálicos do original)

²⁵ ARISTÓTELES. Trad. António de Castro Caeiro. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 7ª ed., 2008, Rio de Janeiro, Renovar, p. 67-68

²⁷ *Ibid.*, p. 68

²⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, 2009, Coimbra, Almedina, p. 23

de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional, e que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo.’²⁹

Como nos esclarece o próprio Prof. Miguel Reale, ‘daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.’³⁰

Já o princípio da *operabilidade* ou princípio da concretude, representa uma nova visão da metodologia de aplicação da norma jurídica. Na forma do direito individualista e predominante das codificações anteriores, o trabalho do jurista consistia em analisar exclusivamente o sentido e a extensão de determinada norma jurídica, ao passo que o princípio da *operabilidade* estabelece a adequação e a aplicação do direito tal como previsto ao caso concreto, as circunstâncias do negócio jurídico no plano econômico e no plano de um determinado grupo social atingido pelo negócio jurídico concreto. ‘Ora a forma sob a qual o Direito adquire um significado determinante do nosso viver consiste em ele dizer-nos algo sobre o modo como *in concreto* nos devemos conduzir [...] é-nos sem mais possível imaginar que a questão sobre o concreto dever-ser jurídico seja respondida através de um costume ou uso tradicional.’³¹

É a análise hermenêutica que resulta na adequação da norma jurídica à compreensão pelo operador do direito, que necessariamente deverá considerar as circunstâncias do negócio e a sua harmônica coexistência com o interesse coletivo. ‘São previstas, em sua, as hipóteses, por assim dizer, de ‘indeterminação do preceito’, cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso, à luz das circunstâncias ocorrentes [...] Como se vê, o que se objetiva

²⁹ AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. 7ª ed., 2008, Rio de Janeiro, Renovar, p. 69

³⁰ REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 1, 2005, São Paulo, RT, p. 37

³¹ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Trad. J. Baptista Machado. 10ª ed., 2008, Lisboa, Fundação Galouste Gulbenkian, p. 76

alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.^{32,33}

Não estamos mais frente a um direito posto e individualista, mas a um direito adaptável à cada caso concreto. “As regras jurídicas são enunciados gerais, a partir dos quais deve o intérprete construir uma norma-de-cisão *concreta e específica* para o caso em tela, considerando-se o ser humano *in concreto*, circunstanciado, não o sujeito de direito *in abstrato*, o que era próprio do direito anterior.”³⁴

De qualquer forma, deve o intérprete do direito, mesmo para os novos ordenamentos jurídicos, valer-se da experiência do passado, dos ensinamentos que marcaram nossos séculos de história e da própria jurisprudência pretérita. Vale aqui trazer à reflexão o ensinamento de Maria Helena Diniz, para quem: “o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isto é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. (...) O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o magistrado deve participar ao interpretar o preceito normativo.”³⁵

³² REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 1, 2005, São Paulo, RT, p. 41

³³ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Uma análise dos mandamentos constitucionais que influem no direito obrigacional. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP, v. 28, jul.-dez. 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 209-206

³⁴ AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. 7 ed., 2008, Rio de Janeiro, Renovar, p. 69-70

³⁵ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-155

Podemos também concluir que a conjugação dos princípios acima apontados resultam na aplicação de forma dinâmica da Teoria Tridimensional do Direito³⁶ desenvolvida por Miguel Reale, que, em apertado resumo, podemos apontar como sendo, na concretização de um negócio jurídico, a busca de um objetivo que é motivado por valores desejados pelas partes de acordo com possíveis expectativas geradas na sociedade e com o objetivo de alcançar um determinado fim, que em última análise é a razão de ser do ato jurídico originalmente firmado, seja um negócio jurídico obrigacional ou um direito real.

E conclui Miguel Reale afirmado que os negócios jurídicos existem e são exteriorizados em função da manifestação de vontade do sujeito de direito, não sendo possível falar em validade jurídica de um contrato sem que exista a manifestação da vontade em tal sentido, pois, as partes figurantes de um determinado contrato, tem por objetivo atingir e satisfazer determinados interesses e valores, uma finalidade e um fim próprio, sem os quais, o contrato não faria nenhum sentido. E segue sustentado que “Quando, com efeito, consideramos algo como sendo um fim, com esta palavra estamos indicando e precisando algo de valioso a ser atingido, e cuidamos de proporcionar meios idôneos à consecução do resultado posto racionalmente como objetivo da ação.”³⁷

³⁶ “Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça). Nas últimas quatro décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ou valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.” in MIGUEL, Reale. Lições Preliminares de Direito. 20ª ed., 1993, São Paulo, Saraiva, p. 64-65

³⁷ REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 19ª ed, 2ª Tiragem, 2000, São Paulo: Saraiva, p. 544-545

Aliando a própria dinâmica dos contratos eletrônicos aos princípios norteadores do Código Civil que forma explorados acima, conjugado com uma análise quanto aos requisitos de validade do negócio jurídico, nos parece interessante trazer a consideração de Karl Larenz, que assim se manifesta quanto a importância da interpretação pelo reconhecimento dos usos negociais (usos e costumes), ou seja, pela interpretação conforme (operabilidade) a expectativa e experiência social (socialidade e eticidade) na busca de uma eficácia das relações jurídicas.³⁸

A interpretação conforme os usos e costumes igualmente ganha maior relevância quanto tratamos dos requisitos de validade que envolvem os contratos eletrônicos, uma vez que o dinamismo de tal meio de contratação, torna praticamente impossível termos uma lei de regência, em virtude do iminente risco de retratar apenas um momento da realidade concreta, o qual restará superado e inócuo no momento imediatamente subsequente face ao avanço das novas tecnologias e novas formas de contratos eletrônicos. Nesse sentido é o escólio de Karl Larenz:

El objeto de la interpretación, según lo espuesto, sólo puede ser la declaración, esto es, una conducta que tiene el sentido de manifestación de validez. A tal respecto constituye ya una tarea de la interpretación el averiguar si una conducta determinada tiene o no dicho sentido. Es preciso indagar en la conducta reconocida como declaración jurídico-negocial, en vista de su importancia jurídicamente decisiva en este contexto. Por tanto, el objeto de la interpretación no es, contra lo que afirma Von Tuhr, la voluntad como <<hecho de la vida anímica interior>>, sino la declaración como acto que comporta un sentido. [...] El uso del tráfico es digno de consideración debido a que, según la común experiencia de la vida, puede contarse con que, dada una expresión a la que se atribuye por lo regular un determinado significado en el tráfico, cada cual la empleará y entenderá justamente con ese significado.³⁹

³⁸ Quanto a interpretação objetiva da declaração de vontade com a função de atender uma expectativa comum da sociedade exposta por Karl Larenz, fazendo referência ao quanto transcrito na nota de rodapé nº 15.

³⁹ LARENZ, Karl. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Derecho Civil – parte general. Tratado de Derecho Civil Alemán. 1978, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. p. 464

Ao estudar a importância dos usos e costumes para a interpretação no negócio jurídico, Ricardo Lorenzetti apresenta uma conclusão muito semelhante à de Karl Larenz, ao definir que:

O costume poupa energias vitais, já que, conhecendo o que se costuma fazer, não é necessário que nos detenhamos a cada instante para fazermos um valoração. Se não existisse o costume, nossa ação não seria efetiva, porque tardia. Aplicado este conceito ao âmbito econômico, o costume acarreta uma diminuição importante de custos. Os indivíduos, quando atuam espontaneamente, são os melhores legisladores, uma vez que é impossível ao Congresso contemplar a multiplicidade e a variedade de pontos de vista que milhares de indivíduos possuem.⁴⁰

Assim nos parece praticamente impossível realizar qualquer interpretação de um negócio jurídico dissociado do princípio da concretude e a sua consequência validade jurídica de acordo com os usos e costumes locais ou habitualmente praticados pelas partes contratantes. Rememoremos que a aplicação dos princípios norteadores do Código Civil, guardam íntima relação com a aplicação da boa-fé objetiva pelo seu viés da função interpretativa e integrativa.

Neste sentido, foi reconhecida a importância de tais critérios interpretativos dos contratos atrelados a boa-fé objetiva, pelo Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, com a publicação do Enunciado 409 na V Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação:

Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Trad. Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. Teoria da Decisão Judicial – fundamentos de direito. 2ª ed. 2010, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 95

Nos termos do Enunciado 409 acima transcrito, além da observação dos usos e costumes do lugar da celebração, igualmente devem ser consideradas as práticas habitualmente adotadas entre as partes durante uma relação contratual e, necessariamente, abrangendo as fases pré-contratual e contratual.

Podemos afirmar que o referido Enunciado 409 veio a reconhecer e aplicar todo o desenvolvimento doutrinário da teoria do *venire contra factum proprium*⁴¹, como um dever anexo ou lateral da boa-fé objetiva, dos usos e costumes e da conduta reiterada das partes no trato dos negócios jurídicos.

Seguindo este raciocínio, a análise e interpretação da formação válida do negócio jurídico eletrônico, quanto a forma pela qual as partes usualmente empregaram e costumeiramente realizaram as tratativas ao longo da relação contratual (circunstâncias contratuais), irá impactar nos planos de existência, validade e eficácia, tal como se dá em todas as demais relações jurídicas⁴² em que o ordenamento jurídico não exige forma

⁴¹ “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da Boa Fé no Direito Civil. 2007, Coimbra: Almedina, p. 742

⁴² Quanto a habitualidade dos tratos com os negócios e geração de uma justa expectativa capaz de criar direitos e um deveres entre as partes, destacamos o julgamento conhecido como “o caso dos tomates” – Revista de Jurisprudência do TJRS nº 154 – out/1992, p. 378-385, Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Recorrente Companhia Industria de Conservas Alimentícias CICA. Recorrido Willi Elert, do qual extraímos o seguinte aresto: “Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento jurídico (Clóvis do Couto e Silva, Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, p. 61), o dever de lealdade durante as tratativas e a conseqüente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa da celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença. [...]De modo mais concreto: apontam-se aos negociadores certos deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar à outra parte a causa de invalidade do negócio e, ao lado de tais deveres, ainda, em determinados casos, o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vista à celebração de um acto jurídico. A través da responsabilidade pré-contratual tutela-se directamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; [...]Na espécie, há farta prova sobre o procedimento adotado e o relacionamento estabelecido entre produtores e indústria. [...]No caso dos autos, a imposição de rigorosos requisitos probatórios quanto às formalidades das tratativas (prova de que recebeu a semente; prova da quantidade da semente recebida; prova de que plantou aquela semente; prova de compromisso formal de compra) e demonstração da quantia exata do produto colhido (prova do número de caixas, peso, data, etc.) é maneira fácil de desviar a aplicação do princípio da responsabilidade civil, pois tais elementos jamais serão obtidos: os colonos não costumam documentar sua participação na relação singela de produção como se fossem executivos ou advogados a contratar serviços profissionais. Confiaram eles lealmente na palavra dada, na repetição do que acontecera em anos anteriores, certamente não tendo porque lembrar de requerer a produção de prova *ad perpetuam rei memoriam*, tirar fotografias da plantação e da colheita, chamar o notário para documentar as declarações do intermediário. Por isso, a exigência de prova deve ser adequada às circunstâncias do negócio e às condições pessoais das partes, sob pena de ser inviabilizado o reconhecimento do direito em grande número

específica (forma livre), a qual, inclusive, é a regra geral conforme previsão dos artigos 107 e 212 do Código Civil, e como tal, deve ser analisado no caso concreto (princípio da concretude) o comportamento habitual das partes envolvidas. Não se admite, portanto, que após uma duradoura relação contratual desenvolvida pela troca de correspondência eletrônica sem a inclusão de certificados digitais, que uma das partes envolvidas venha sustentar a falta de validade de tal forma de contratação, pela ausência de certificado digital conforme comando dos artigos 1º e 10, §1º, ambos da MP 2.200-2 de 2001.

A necessária relação dos usos e costumes à interpretação dos contratos eletrônicos, igualmente é fundamentada pelos impactos econômicos diretamente envolvidos em tal veste jurídica (relação contratual)⁴³. Neste sentido é o posicionamento de Mário Júlio de Almeida Costa ao fundamentar que:

Sabemos que a economia estuda a aplicação que os indivíduos fazem dos recursos escassos. E fixa-se nas atitudes racionais perante os bens e os serviços. Mas estes só adquirem utilidade económica mercê dos direitos que lhes concernem. Como, inversamente, se pode dizer que as relações jurídicas respeitantes a bens ou serviços assentam numa apreciação económica da respectiva utilidade. O direito e economia constituem, assim, dois ângulos de encarar a mesma realidade, duas disciplinas complementares, não obstante as peculiaridades do escopo e da técnica de cada uma delas. Tanto a ciência económica como a ciência jurídica têm por objeto comportamentos humanos e relações sociais: a economia, preocupando-se diretamente com os fenómenos económicos em si mesmos, aponta para a solução que conduza ao máximo de utilidade; a ciência jurídica, contemplando esses fenómenos económicos através dos direitos e obrigações que o seu desenvolvimento implica, procura a solução mais justa. De um equilibrado entrelace de ambas perspectivas é que há-de resultar em cada caso a disciplina conveniente aos interesses individuais e colectivos. As duas técnicas apontadas nunca devem, portanto, deconhecer-se. Não podem os juristas ignorar a utilidade económica dos

de situações, especialmente daqueles que maior dificuldade têm, pela sua ignorância ou pobreza, para a defesa dos seus interesses. [...]"

⁴³ ROPPO, Enzo. *Op cit.*

bens ou serviços, porque é em função desta que sobre eles se constituem direitos e obrigações.⁴⁴

Assim, nos valem os usos e costumes⁴⁵ para tratarmos dos requisitos de validade dos contratos eletrônicos, uma vez que a cada ano que caminhamos adiante na história da humanidade, temos uma nova “onda” tecnológica, cumprindo rememorar que a contratação eletrônica teve início com a contratação por meio de sistemas de Intranet fechados (entre duas ou mais empresas), para no momento seguintes termos as contratações por meio de sítios e portais empresariais, além das trocas de e-mails (correspondência eletrônica), mensagerias instantâneas, sistemas automatizados de compras, vídeo conferência, redes sociais e, atualmente, a integração de todos estes sistemas em um único serviço, tal como identificamos v.g., no Google Apps, ou ainda, a impensável (até ano de 2008, aproximadamente) início da substituição dos computadores pessoais (PCs e Desktops) por celulares multifuncionais (smartphones) e tablets. Presenciamos também, uma nova “onda” de substituição dos grandes servidores para o armazenamento de dados situados dentro das empresas, pelo meio virtual e de acesso remoto, a manutenção dos dados “nas nuvens”, é a já conhecida metodologia de *Cloud Computing*.

Certamente em um ou dois anos já teremos novas tecnologias e novas formas de contratação que ainda não são do conhecimento do público, mas que já estão em desenvolvimento científico, tornando impensável falarmos em contratação eletrônica sem a aplicação hermenêutica dos usos e costumes e do exercício reiterado do comportamento das partes contratantes (posições jurídicas ativas e passivas) para a verificação dos três planos do negócio jurídico (existência, validade e eficácia).

⁴⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. 12ª ed., 2009, Coimbra: Almedina, p. 139-140

⁴⁵ “O princípio supremo da doutrina dos costumes é, pois, este: age segundo uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como lei universal. – Toda a máxima que para tal se não qualifique é contrária à moral.” KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes – parte I princípios metafísicos da doutrina do direito. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 31

Assim, para evitarmos a rápida desatualização do presente estudo, não trataremos de uma forma específica de contratação eletrônica, mas sim, da contratação eletrônica *lato sensu*, ou seja, a formação de negócios jurídicos por meios virtuais, telemáticos e/ou eletrônicos.

Por uma questão de escolha metodológica, antes de entrarmos diretamente na análise do contrato eletrônico sob a ótica do plano da validade do negócio jurídico onde igualmente iremos analisar alguns precedentes da jurisprudência que consideramos relevantes; trataremos inicialmente da doutrina dos planos do negócio jurídico, consistente no plano da existência (elementos de existência), plano da validade (requisitos de validade) e no plano da eficácia (fatores de eficácia) e as respectivas consequências que serão abordados ao longo do presente estudo quanto ao contrato eletrônico propriamente dito.

1.1. Plano da existência – elementos.

Para tratarmos dos planos do negócio jurídico e objetivando uma uniformização de nomenclatura para cada um de seus planos, esclarecemos que será utilizada a proposta de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, ou seja, plano da existência, plano da validade e plano da eficácia, porém, por entender que são complementares, não nos distanciaremos da proposta de Antonio Junqueira de Azevedo, que utiliza a expressão de elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia.

A proposta de divisão do negócio jurídico em seus três planos (existência, validade e eficácia), tem como objetivo prático, analisar a efetiva formalização de um contrato (negócio jurídico em sentido estrito) e a sua exigibilidade entre as partes e terceiros que venham a ser afetados por seus efeitos.

Tal análise jurídica toma contornos objetivos e diretos, de forma que, se não houver a superação de um dos planos de negócio jurídico, não iremos alcançar os demais, evitando-se assim, análises e debates equivocados. Ou seja, se um negócio jurídico não superar o plano da

existência, não há motivos para serem analisados os demais planos (validade e eficácia) e assim sucessivamente.⁴⁶

“Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita da invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.

O casamento realizado perante quem não tenha autoridade para casar, um delegado de polícia, por exemplo, não configura fato jurídico e, por isso, não existe, simplesmente porque, faltando um elemento completante de seu núcleo (autoridade com poder para celebrar matrimônio), seu suporte fático não se materializa. Não se há de discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente, como costumam fazer os franceses, porque a inexistência é o *não ser* que, portanto, não pode ser qualificado.

A existência do fato jurídico constitui, pois premissa de que decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídico.”⁴⁷

É nesse contexto que abordamos o presente estudo, pois entendermos que os contratos eletrônicos não caracterizam uma nova classificação ou categoria, mas sim, forma de contratação, e como tal deve ser analisada quanto a sua estrutura⁴⁸.

⁴⁶ “A causa, quando se exercitam direitos formativos, ficou atrás, ao tempo em que se criaram esses direitos (direitos são efeitos). O caminho está predeterminado; quem exerce o direito só o percorre. Causa dever ter *havido*, ou, no passado, faltou, ou se *pôde* abstrair da causa; porém falar-se de causa quanto ao exercício dos direitos formativos criativos, modificativos, ou extintivos, é transplantar para o plano da eficácia problema que pertence ao plano da existência do negócio jurídico. Não se pode falar de causa do direito; há-se de falar de causa do negócio jurídico. Já não se atribui, inclusive a si mesmo: a atribuição foi antes.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956

⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 102-103

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português – direito das obrigações. v. II, t. II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 179

Conforme definição de Antonio Junqueira de Azevedo⁴⁹, os elementos do negócio jurídico, representam tudo aquilo que compões o plano da existência do negócio jurídico para o direito, sendo eles divididos em (i) elementos gerais; (ii) elementos categoriais; e, (iii) elementos particulares.

Por elementos gerais, deve ser entendido como elementos necessários, indispensáveis e indistintos para todo e qualquer negócio jurídico. Os elementos gerais podem ser subdivididos em intrínsecos e extrínsecos.

São elementos intrínsecos ou constitutivos a todo e qualquer negócio jurídico: a forma (exteriorização da declaração), o objeto⁵⁰ (o conteúdo do negócio jurídico) e as circunstâncias negociais “[...] uma manifestação de vontade que seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.”⁵¹

Já os elementos extrínsecos que são pressupostos do suporte fático para a formalização e existência do negócio jurídico, temos: o agente (a parte legítima e capaz ou com discernimento de praticar atos jurídicos de menor relevância⁵²); lugar e tempo^{53 54}.

⁴⁹ *Op. cit.*

⁵⁰ “[...] entendendo que, se o objeto for de absoluta impossibilidade, o negócio jurídico não chega a se formar, configurando caso de inexistência por falta de objeto [...]”. Nota de atualização de Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery ao § 801.B do Tratado de Direito Privado, Tomo VII, PONTES DE MIRANDA, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 467

⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Op. cit.* p. 32

⁵² “Todos nós, e diversos juristas, já se questionaram a respeito do fato de um menino de 12 anos fazer compras, ir a uma farmácia para comprar um medicamento ou comprar um brinquedo, ou, ainda, assumir a posse de uma coisa, situações essas que, obviamente, não se enquadram no âmbito do art. 104 do novo Código e nem se albergavam no espectro do art. 82 do Código de 1916, mas, quer-se crer que, ninguém seriamente jamais pôs em dúvida que essas compras feitas por um menino são válidas e ‘legitimadas’ pela ordem jurídica. Disto deflui, então, que a categorização do negócio jurídico *propriamente dito* exige uma relevância da vontade que se submete ou que requer necessariamente a capacidade civil. Já outros atos que não tenham a significação econômica ou moral, própria das que se abrigam no negócio jurídico, se enquadram exatamente no art. 185, que por isso mesmo, explicitamente, dá cobertura, através de um preceito legal que não existe no Código de 1916, a toda essa realidade com a qual convivemos e nunca pusemos sua validade ou legitimidade em dúvida. Em tais casos, de compras feitas por uma criança, o que exige a ordem jurídica é o *discernimento* e não a *capacidade civil*.” ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. A função social dos contratos no novo código civil. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, v. III. Coord. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 629

⁵³ “O tempo cronológico tem considerável importância no mundo do direito. A duração dos efeitos jurídicos, a perda e a aquisição dos direitos dependem, muitas vezes, de seu transcurso. O tempo em si não pode ser fato jurídico, porque é de outra dimensão. Mas o seu transcurso integra com muita frequência suportes fáticos: na usucapião, na prescrição, na mora, por exemplo.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 51

Quanto a *lugar e tempo*, embora não haja previsão legal para a sua exigência no plano da existência do negócio jurídico, tratam-se de pressuposto implícitos, já que não é possível vislumbrar a realização de um fato jurídico capaz de ensejar um negócio jurídico sem a sua realização e concretização em determinado tempo e local; mesmo aqueles negócios jurídicos práticos entre ausentes, entre os quais a maior parte dos contratos eletrônicos estão enquadrados, o elemento geral de *lugar* é indispensável para a definição da lei aplicável, aos usos e costumes, ou ainda, quanto a definição de Foro para eventual lide.

O fator tempo, para os contratos eletrônicos, passa a ser decisivo para definição da parte que figurou como proponente (nas contratações entre ausentes), ou ainda quanto ao momento da formação do negócio jurídico em função de ofertas públicas, prazos de garantias, prazos prescricionais e decadenciais, entre inúmeras outras implicações.

Como nos lembra Antonio Junqueira de Azevedo⁵⁵, sem que seja identificado todos os elementos gerais, não teremos um negócio jurídico, aliás, este inexistirá por falta de elementos necessários.

Os elementos categoriais “são os que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio [...] pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio.”⁵⁶, ou seja, é a tipificação de cada negócio jurídico, ou ainda, a sua identificação como um negócio atípico. Por tipificação entendemos conforme escólio de Pontes de Miranda⁵⁷ e Pedro Pais de Vasconcelos⁵⁸, como aqueles negócios jurídicos minimamente regulados pelo

⁵⁴ “Se o fato jurídico é um fato do mundo real sobre o qual a norma jurídica incide, torna-se de intuitiva evidência que não há fato jurídico sem data e sem lugar.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.* p. 33

⁵⁵ *Op. cit.*

⁵⁶ *Op. cit.* p. 35

⁵⁷ “A fixação de tipos pela lei implica que se considere complexo o negócio jurídico com elementos, no suporte fático, de dois ou mais tipos; porém a vida mesma “isola” negócios jurídicos, legalmente atípicos, de modo a imprimir-lhes certa tipicidade costumeira, jurisprudencial ou doutrinária. Muito diferente é o que se passa com a especialização de algum tipo legal.” Tratado de Direito Privado, Tomo III.

⁵⁸ “Os tipos contratuais podem ser legais ou extralegais. Legais são os que constam tipificados na lei; extralegais são os que estão tipificados na prática. Os tipos legais de contratos não esgotam os tipos contratuais. Para além dos que constam tipificados na lei, outros tipos contratuais existem pela prática da vida e da contratação. Na sua generalidade, os tipos contratuais legais foram construídos sobre os correspondentes tipos extralegais,

ordenamento jurídico ou ainda pela tipificação gerada pelos usos e costumes e “regulada” pela doutrina e jurisprudência, “tipos sociais”.

A identificação dos elementos categoriais não depende da vontade das partes, mas sim, na sua modulação pré-definida na lei, doutrina ou jurisprudência. Um negócio jurídico de compra e venda, não deixará de sê-lo por vontade das partes, mas pela sua configuração em outro negócio jurídico. O *nomen iuris* definido pelas partes (posição jurídica ativa ou passiva) para determinado contrato, não irá resultar na mutação de tal contrato anteriormente tipificado no ordenamento. O que irá defini-lo, seja como uma compra e venda, ou seja como um comodato, será a sua categoria frente ao ordenamento, é a sua tipificação, a sua classificação.⁵⁹

Os elementos categoriais não inderrogáveis pelos agentes, são verdadeiras “cláusulas pétreas” de cada negócio jurídico, tal como a aplicação do instituto da onerosidade excessiva – a cláusula *rebus sic stantibus* – nos contratos onerosos e de execução continuada ou diferida, quando configuradas as hipóteses previstas no artigo 478 do Código Civil. Nada impede que, dentro da esfera da autonomia privada, as partes contratem a cláusula *solve et repete*⁶⁰, porém, tal modalidade não afastará os elementos categoriais e a possibilidade de futura revisão por onerosidade excessiva; não haverá uma transmutação do negócio jurídico.

sobre práticas contratuais que já eram típicas na sociedade. Estes tipos, que são tipos normativos, quando contrapostos aos tipos legais, que são tipos jurídicos estruturais, podem designar-se adequadamente por ‘tipos sociais’.” VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos Atípicos. 2ª ed., 2009, Coimbra: Almedina, p. 61

⁵⁹ “É a natureza da prestação que determina os contratos de duração e não a vontade das partes. Se a prestação pode ser prestada de uma só vez e as partes a dividem no tempo, não se configura contrato de execução continuada. Ter-se-ia, então, contrato de execução instantânea porém diferida, como a venda a prestações.” MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos Contratos. Direito dos Contratos, Coord. PEREIRA Jr., Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. São Paulo: Quatier Latin e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 31-32

⁶⁰ “A renúncia ao direito de opor exceção de contrato não cumprido pode ocorrer na execução do contrato (até o adimplemento), ou ainda na sua formação, quando adquire caráter preventivo. Essa última hipóteses caracteriza a chamada cláusula *solve et repete*, de inspiração fiscal, mas estendida a outros ramos do direito, como o direito civil. Por meio deste instituto, a parte abre mão do direito de resistir, pela oposição da exceção, às investidas do contratante inadimplente visando ao recebimento da contraprestação. No entanto, uma vez tendo cumprido regularmente a obrigação que assumiu, nada o impede de investir contra o outro contratante, ainda inadimplente, total ou parcialmente, com o fito de obter o cumprimento forçado da obrigação ainda pendente.

Dentro da divisão dos elementos de existência proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, ainda temos os elementos particulares⁶¹, que, conforme o próprio nome indica, são elementos específicos e particulares de determinados negócios jurídicos, não irradiando os seus efeitos e consequências aos demais negócios jurídicos.

Por seu lado, os elementos essenciais de cada tipo negocial previsto, nomeado e regulado na lei (venda, locação, mandato, testamento, etc.) são as cláusulas ou estipulações negociais (contidas na respectiva declaração ou declarações de vontade) que o caracterizam ou contradistinguem, que o estremam em face dos restantes – máxime em face dos tipos vizinhos; são as notas específicas do conceito de cada uma dessas particulares figuras de negócios jurídicos. Assim, na compra e venda, a promessa e entrega de coisa vendida, com transferência da propriedade dela, e a promessa do pagamento do preço [...]. O estudo dos elementos essenciais de cada particular tipo negocial tem lugar, naturalmente, na teoria especial de cada um desses tipos. Quanto aos elementos essenciais dos negócios jurídicos sob o ponto de vista da vontade das partes, eles variam em cada caso concreto, e o seu valor reflecte-se nalguns capítulos da teoria geral dos negócios jurídicos [...].⁶²

Embora os elementos particulares usualmente não integrem os elementos de existência do negócio jurídico, já que o negócio jurídico *in concreto* poderia existir sem tais elementos, o fato é que em determinados negócios e atendidas determinadas circunstâncias, os seus elementos particulares constituem condições *sine qua non* de sua constituição e existência.

Na prática, pode-se dizer que a cláusula *solve et repete* cria, às avessas, uma sucessividade entre as prestações das partes, de modo a impedir o contratante atingido pelos seus efeitos de invocar a exceção do contrato não cumprido. Cria, além disso, um caráter de abstração das obrigações, antes ligadas a um forte elemento causal, derivado do próprio vínculo sinalagmático.” GAGLIARDI, Rafael Villar. Exceção do Contrato no Cumprido. Col. Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175

⁶¹ “Esses elementos são sempre voluntários e, por isso distinguem-se claramente dos elementos categoriais. Os elementos particulares, por serem colocados no negócio pelas partes, são em número indeterminado, tornando impossível o seu estudo completo. Entretanto, pelo menos três, a condição, o termo e o encargo, por serem mais comuns, foram bem sistematizados na doutrina e estão regulados nas diversas legislações. [...] Outro elemento accidental bem sistematizado, mas que não é estudado debaixo da rubrica do negócio jurídico, por somente se aplicar à matéria contratual, é a cláusula penal.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 38-39

⁶² ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico. Coimbra: Almedina, 2003, p. 34-35

Exemplo típico de tal situação seria uma doação modal; trata-se de elemento essencial de existência do negócio jurídico da doação a condição a ser observada pela parte integrante da posição jurídica passiva. A declaração de vontade aqui exemplificada possui como elemento de existência, a condição e, na sua falta, o negócio jurídico não existirá.

A uma primeira vista, poderia ser sustentado que todos os elementos particulares não integram o plano da existência, mas sim, o plano da eficácia, pois o negócio jurídico seria existente, válido e com eficácia suspensa em função do modo (condição, termo ou encargo)⁶³. No entanto, entendemos que quando o elemento particular integrar o negócio jurídico como uma circunstância negocial essencial a sua formação, este deverá ser considerado no plano da existência. Neste sentido são os escólios de Antonio Junqueira de Azevedo e Renan Lotufo os quais, por serem oportuno e relevante, passamos a destacar:

A exata identificação do negócio dentro de uma categoria, por outro lado, através da exata consciência dos elementos categoriais, é fundamental para se saber qual o regime jurídico a ele aplicável. Além disso, se, num negócio de certo tipo, faltar um elemento categorial inderrogável (ou se, mesmo sem faltar, se puder dar esse elemento como inexistente, para evitar que o negócio seja considerado nulo), aquele ato não existirá como negócio daquele tipo, mas há a possibilidade de convertê-lo em negócio de outro tipo (conversão substancial). O estudo dos elementos particulares, por seu turno, é de fundamental importância para saber se o caso comporta, ou não nulidade parcial, ineficácia, etc.⁶⁴

⁶³ Nesse sentido não ignoramos o posicionamento de grande parte da respeitada doutrina nacional e internacional, que incluem os elementos particulares ou acidentais no plano da eficácia, porém, conforme aqui fundamentado, quando estes elementos passam a integrar o contrato *in concreto* como elementos essenciais do negócio (“circunstâncias negociais”), há uma automática e inevitável transmutação para o plano da existência. No sentido contrário ao defendido neste estudo, NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade *et. al.* Código Civil Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 350: “Condição é elemento acidental (*accidentalia negotii*) do negócio jurídico, que subordina a eficácia do mesmo negócio à ocorrência de evento futuro e incerto. Sem ela, o negócio existe e é válido, mas ineficaz. Implementada a condição, o negócio torna-se eficaz.”

⁶⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 40

Com base em tais ensinamentos, tem-se que os negócios jurídicos são considerados *puros* quando não acompanhados de qualquer modalidade, ou seja, de um pacto acessório, de uma disposição acessória. Os negócios jurídicos eventualmente dependem dessas modalidades, que vêm a ser um acidente na vida do referido negócio.

Assim, deve ser realmente entendido, porque o negócio pode existir sem qualquer elemento accidental, particular, ou acessório. Se, porém, certas disposições particulares, acessórias, vieram a ser introduzidas, devemos dizer que esse negócio jurídico não é um negócio puro, pois passou a ser um negócio acompanhado de uma modalidade, ou de um acessório.

Daí em diante passam a ser efetivamente elementos do negócio. [...]

Esses elementos accidentais são acréscimos à figura típica do ato para mudá-lhe os respectivos efeitos. Como já salientamos, por si só o negócio já poderia estar no plano da eficácia, mas, por vontade das partes, por ter-lhe sido aposto um elemento accidental, não estará ainda nesse plano.⁶⁵

E para liquidar qualquer dúvida possa permanecer quanto a possibilidade de, em determinadas condições, considerar os elementos accidentais como integrantes do plano da existência do negócio jurídico, destacamos o escólio de José Carlos Moreira Alves, em sua clássica obra de estudos de direito romano, que assim destaca a matéria para configurar os elementos accidentais como essenciais do negócio jurídico.

Os elementos accidentais são os que não estão implicitamente contidos no negócio jurídico, mas que, se as partes quiserem, podem expressamente apô-los a êle. Por exemplo, a condição. Mas é preciso fazer uma advertência a respeito dos elementos accidentais: eles somente são accidentais se considerados abstratamente; se, num caso concreto, forem apostos ao negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, porque ficam intimamente ligados a êle. Assim, se se apuser uma condição ilícita (Caio pagará certa quantia a Tício, se êste matar alguém) a um negócio jurídico, não apenas a condição será nula, mas todo o negócio jurídico.⁶⁶

⁶⁵ LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado, v. 1, Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2004, p. 342

Trazendo a questão do plano de existência nos contratos eletrônicos, nos parece correto afirmar que todos os contratos eletrônicos deverão obrigatoriamente observar os mesmos elementos de existência dos demais negócios jurídicos que seriam formalizados por outro meio que não o eletrônico. Ou seja, deverão ser igualmente atendidos todos os elementos intrínsecos e extrínsecos acima apontados, com uma maior ênfase às circunstâncias negociais, ou seja, aos usos e costumes quanto as tratativas das partes e de cada uma das formas de contratação eletrônica, seja uma relação de consumo, cível ou empresarial.

A referida ênfase às circunstâncias negociais e aos usos e costumes nas contratações pelo meio eletrônico foi devidamente destacada pela doutrina Portuguesa, para a qual “Às práticas usuais consideradas correctas e generalizadamente seguidas constituem um tipo social de comércio electrónico.”⁶⁷

Semelhante destaque (circunstâncias negociais combinado com a análise dos usos e costumes) deve ser observado quanto a declaração de vontade e o agente. Em determinadas circunstâncias negociais, ou práticas usuais, é possível afirmar que poderemos desconsiderar o elemento quanto a capacidade civil do agente, uma vez que o discernimento seria suficiente para justificar a existência de determinada contratação conforme apontado na nota de rodapé nº 52 deste estudo em citação de Arruda Alvim.

Assim, tal como algumas décadas era apresentado o exemplo de um negócio jurídico em que uma criança que comprava balas em uma mercearia (contrato de compra e venda verbal), podemos pensar, para o tempo atual, em um negócio jurídico em que uma criança de 12 ou 13 anos adquire pela Internet um jogo eletrônico para diversão virtual com inúmeras outras crianças espalhadas ao redor do planeta, não há que se discutir quanto a existência de tal negócio jurídico pelo fator da capacidade civil conforme disposição do ordenamento; mas sim, pelo discernimento desta criança que, no mundo contemporâneo e na sociedade da

⁶⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1971, p. 173

informação em que vivemos (circunstâncias negociais), é plenamente aceitável e crível que tal criança tenha absoluto discernimento da aquisição que realizou, não sendo razoável, em nosso entender, enfrentar o debate quanto a existência de tal negócio. Ademais, é usual e do costume⁶⁸ que tal criança tenha realizado o referido negócio jurídico com o apoio e participação, mesmo que indireta, de seus pais e/ou representantes, pois foram estes que viabilizaram o meio eletrônico, o acesso à Internet e até mesmo o acesso a dados para faturamento da referida compra e venda.

Analisemos agora os requisitos de validade e os fatores de eficácia do negócio jurídico, sempre tendo como objetivo a análise da estrutura dos contratos eletrônicos.

1.2. Plano da validade – requisitos.

Para o plano da validade, não trataremos mais dos elementos do negócio jurídico, uma vez que, estando tais elementos presentes, passamos para o segundo plano de análise, o da validade.

Quanto aos requisitos do plano da validade do negócio jurídico, especificamente observando os seus efeitos em relação aos contratos eletrônicos, entendemos que tais requisitos possuem uma direta e íntima relação com os elementos de existência, estando de

⁶⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Almedina, 5ª ed., p. 485

⁶⁸ “O costume tem um desempenho fundamental no Direito contemporâneo, como o teve o Direito antigo. Seu papel amplia e integra-se ao Direito não somente como conflito, mas como atuação social, já que permite predizer o que os outros farão. Devemos revitalizar o papel do costume, observar as condutas sociais e dar-lhes valor normativo, sempre que se ajustem aos princípios e regras fundamentais do ordenamento. [...]”

Ainda que não crie normas jurídicas, o uso oficial tem um grande valor hermenêutico, já que subministra parâmetros objetivos sobre o que se costuma fazer em um grupo determinado. Assim dispõe o Código de Comércio quando concede validade interpretativa ao uso geralmente observado no comércio. [...]

A formação legalista de nossos espíritos latinos não nos permite olhar as vantagens que oferece o costume. Como destaca Cueto Rúa, o costume economiza energias vitais, já que conhecendo o que se costuma fazer, não precisamos deter-nos a cada instante para avalia-lo; no caso de não existir o costume, nossa ação seria ineficaz por tardia.

Aplicando este conceito ao âmbito econômico, o costume acarreta uma diminuição importante de custos. Os indivíduos agindo espontaneamente são os melhores legisladores, pois é impossível que o Congresso tenha a multiplicidade e variedade de pontos de vistas que têm milhares de indivíduos.” LORENZETTI, Ricardo Luis. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. Fundamentos de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 272-274.

acordo com a afirmação realizada por Antônio Junqueira de Azevedo ao sustentar que o vínculo entre elementos e requisitos é da mesma natureza em função da relação que podemos observar entre o “gênero” e a “espécie”.

Os elementos de existência representam o gênero e os requisitos de validade representam a espécie do negócio jurídico.

Desta forma, em alguns pontos que se seguirão, poderemos passar a impressão de que estão sendo repetidos argumentos anteriores, mas tal assertiva não é exata, uma vez que, tal como se dá com toda a espécie em relação ao seu gênero, os requisitos de validade representam uma qualificadora de cada um dos elementos antes analisados. Trata-se, aqui, de adjetivar cada um dos elementos vistos acima, ou melhor, de encontrar e desvendar especificidades para cada um dos elementos de existência, compondo assim, os seus requisitos de validade.

A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. ‘Válido’ é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.

Os requisitos, por sua vez, são aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido. [...]

Por isso mesmo, se o negócio jurídico é declaração de vontade e se os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, são essa mesma declaração tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais, e se os requisitos são qualidades dos elementos, temos que: a *declaração de vontade*, tomada primeiramente como um todo, dever ser: a) *resultante de um processo volitivo*; b) *querida com plena consciência de realidade*; c) *escolhida com liberdade*; d) *deliberada sem má fé* [...] O objeto deve ser *lícito, possível e determinado* ou *determinável*; e a *forma*, ou será *livre*, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser *conforme a prescrição legal*. Quanto às *circunstâncias negociais*, não têm requisitos exclusivamente seus, já que elas

são o elemento caracterizador da essência do próprio negócio, são aquele *quid* que qualifica uma manifestação, transformando-a em declaração.⁶⁹

Quando analisamos os elementos extrínsecos do plano da existência, em relação aos requisitos do plano da validade, igualmente deveremos observar a sua qualificadora, ou seja, a sua adjetivação. Quanto ao agente, deverá ser capaz e legitimado, considerando como capacidade aquela determinada em lei (idade, representatividade, emancipação, etc.) e a legitimação como a competência concedida pela lei para firmar determinados negócios jurídicos, *v.g.* a prática de negócios jurídicos exclusivamente autorizados às instituições financeiras.⁷⁰

“A capacidade de agir não se confunde com a legitimação, apensar de se tratar, em ambas as espécies, de aptidão subjetiva para a prática de atos jurídicos. É que, enquanto a capacidade constitui um estado pessoal relacionado ao poder de, pessoalmente, exercer os direitos e praticar os atos da vida civil, a legitimação consiste em uma posição do sujeito relativamente ao objeto do direito, que se traduz, em geral, na titularidade do direito, posição esta que tem como conteúdo o poder de disposição, bem assim o

⁶⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.* p. 42-43

⁷⁰ “A capacidade, corresponde a uma qualidade jurídica do sujeito, classifica-se em (i) jurídica, de gozo, ou de direito e (ii) de fato, ou de exercício. [...] verifica-se que esta característica é observada facilmente quando se trata da atividade das sociedades empresárias, por exemplo. No seu caso, os administradores (que obrigatoriamente devem ser detentores da capacidade de gozo e aos quais é inerente a capacidade de agir, quanto aos atos ordinários de administração da sociedade) eventualmente não terão os poderes para o exercício da administração extraordinária (que envolve a celebração de certos tipos de contratos, pela sua qualidade ou pelo seu valor), a não ser que para tanto recebam autorizações prévias e específicas do Conselho de Administração ou de Assembleia-Geral Extraordinária/AGE, conforme disposição do contrato social ou do estatuto.

O momento de verificação do atendimento do requisito da capacidade contratual se dá quando a vontade do declarante é manifestada.

LEGITIMIDADE. Trata-se da posição jurídica e patrimonial das partes em relação aos bens que serão objeto do contrato [...]. Mesmo que alguém seja plenamente capaz, poderá não ser a parte legítima para agir ou demandar, em determinadas circunstâncias. [...]

Muitas vezes a legitimação desliga-se, por determinação legal, do sujeito do direito, passando para outra pessoa. É o que ocorre na falência, quando a administração dos bens do falido passa para a pessoa do administrador judicial [...].

No direito comercial, especialmente no campo do direito societário, a lei tutela a *aparência de legitimidade*, em benefício de terceiros que tenham sido levados a entender, segundo as circunstâncias do caso concreto, que contrataram legitimamente com uma sociedade por meio das pessoas dos seus administradores em exercício regular, embora, de fato, tal não tenha ocorrido.” VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. Curso de Direito Comercial, v. 4. São Paulo: Malheiros, 2011, p.186-189

poder de aquisição. Excepcionalmente, a legitimação pode decorrer de atribuição do sistema jurídico a terceiro que não seja o titular do direito.”⁷¹

Em relação ao tempo, quando expressamente previsto pelo ordenamento a necessidade de realização e/ou formalização de um negócio jurídico em determinado momento, este tempo deverá ser útil, *v. g.* validade de uma proposta. O mesmo se dá em relação ao lugar, se a lei determinar a sua realização em lugar específico, deverá ser realizado em lugar apropriado, *v.g.* hasta pública, licitação etc.

Ao que se refere aos elementos categoriais (*essentialia negotii*) “as partes, ao escolherem determinado tipo de negócio, deverão ter em mente que o negócio escolhido deverá seguir determinado regime jurídico.”⁷² Assim, uma compra e venda tem como requisito essencial o preço (certo ou determinável/definível, desde que o seu arbitramento e/ou definição não fique ao encargo de apenas uma das partes) e a definição/individualização da coisa (não é necessário que a coisa pertença ao vendedor, basta a sua definição/identificação tal como se dá na venda “*a non domino*”⁷³).

Quanto a qualificação e adjectivação do último elemento de existência acima analisado, qual seja, o elemento particular, temos que para esta hipótese, os seus requisitos de validade consistem, em especial, nas hipóteses legais do artigo 166, III e dos artigos 122 *usque* 124, todos do Código Civil, ou seja, deve ser observado situações em que o nexos causal de determinada modalidade (condição, termo ou encargo) seja diretamente vinculado a um evento lícito e não contrário a ordem pública, ou ainda quanto a possibilidade física, jurídica e/ou possibilidade no sentido de ser exequível.

⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – plano da validade. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33

⁷² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.* p. 43

⁷³ “A nosso ver, contrariamente ao que diz essa decisão, o caso de venda *a non domino* não é de nulidade (plano da validade – falta de requisitos), mas sim de ineficácia (plano da eficácia); há, apenas, ineficácia para os efeitos finais visados pelo negócio (transferência de propriedade). O negócio em si, porém, é válido e, até mesmo, eficaz, como qualquer outro negócio que, realizado, não é cumprido; ele admite rescisão com perdas e danos (e o inadimplemento supõe negócio válido).” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 46 nota 65

“De uma interpretação sistemática da norma do inciso III do art. 166 do Código Civil, apesar da referência ambígua a ambas as partes e a *o motivo determinante*, nos parece ser possível concluir que constituem pressupostos de nulidade por ilicitude do motivo:

(a) Que o motivo seja o condutor (= determinante) do negócio jurídico, de modo que os figurantes não o teriam realizado não fora ele o seu móvel. Embora o texto da norma se refira a *o motivo*, isto não quer dizer que deva ser o único, exclusivo, que haja determinado o negócio, de modo que havendo mais de uma razão não se configuraria a nulidade. A nosso ver, se houver mais de um e dentre eles algum ilícito, se for relevante, o negócio deve ser anulado.

(b) Que seja ilícito o motivo. Não há uma definição do que seja motivo ilícito. O Código Civil, ao definir o abuso de direito (art. 187), tem como ilícito o ato que excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes. No art. 122, por sua vez, declara ilícitas as condições contrárias à ordem pública ou aos bons costumes. Portanto, numa interpretação analógica, como adotamos ao tratar do objeto, é possível estabelecer o conceito de motivo ilícito como todo aquele que não só contraria direito cogente, como também os preceitos da moral (= boa-fé, ordem pública e bons costumes). Não importa, aqui, se o objeto do negócio jurídico é válido e se ele atende aos demais pressupostos de validade, mas, sim, se o escopo que conduziu os figurantes a realiza-lo é contrário à norma imperativa, à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes, ou exceda os limites impostos para sua finalidade econômica ou social.”⁷⁴

Assim, para superarmos os requisitos do plano da validade do negócio jurídico, além de nos atermos aos preceitos determinantes da norma cogente, devemos igualmente observar os bons costumes, as circunstâncias negociais devem ser realizadas e tratadas de parte a parte

⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.* p. 120-121

de forma a não violar a ordem econômica e serem úteis, sob pena de violação à boa-fé objetiva, à função social do contrato ou até mesmo do abuso do direito⁷⁵.

Destacamos aqui que, sob a ótica dos contratos eletrônicos, é muito usual verificar nos trabalhos acadêmicos uma constante preocupação quanto a boa-fé objetiva e o abuso do direito nos atos e fatos jurídicos praticados pelos fornecedores de produtos e serviços pelos meios eletrônicos, em especial, àqueles sítios focados em relação do consumo⁷⁶.

No entanto, muitas vezes é esquecido o fato de que o comando da boa-fé objetiva, preservação da moral e dos bons costumes e o abuso do direito, são institutos que trafegam em via de mão dupla, ou seja, também são deveres de conduta que devem ser observados e seguidos pelos consumidores e por todo aquele que busque um produto ou serviço pelo meio eletrônico ou não.⁷⁷

⁷⁵ “Ao fazer referência à boa-fé, aos bons costumes e à função econômica e social do direito, o artigo 187 elegeu e positivou esses como sendo os limites dentro dos quais o exercício do direito, para ser legítimo (e, portanto, lícito), deve se dar. Ou seja, a regra do artigo 187, na realidade, exclui que o titular de um direito (qualquer que seja ele) possa, no exercício do direito, adotar uma certa conduta por ela discriminada como ilícita. Convém observar, desde logo, que o artigo utiliza-se da palavra ‘ou’ para estabelecer que basta que se exceda *qualquer um* dos limites (ainda que apenas um deles) para que o exercício do direito seja reprovado.

Tais limites são verdadeiros *condicionantes* do exercício legítimo de qualquer direito, liberdade, faculdade etc., ou seja, o exercício só será legítimo e isentará o titular das sanções potencialmente advindas da configuração de um ato ilícito se tal ato se der dentro desses limites impostos pelo ordenamento jurídico, que são, precisamente, aqueles mencionados no artigo 187 do Código Civil.” BOULOS, Daniel Martins. *Abuso do Direito*. São Paulo: Método, 2006, p. 178-179

⁷⁶ Sob este tema, destacamos as recentes medidas tomadas em face da companhia B2W, conforme aponta reportagem da Revista Exame. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/varejo/noticias/b2w-e-multada-pelo-procon-sp-e-tera-que-suspender-seus-websites>. Acesso em 30.04.2012: “São Paulo - A Fundação Procon-SP determinou a suspensão das atividades de e-commerce de responsabilidade da B2W Companhia Global do Varejo, em todo o estado de São Paulo, segundo comunicado.

A suspensão por 72 horas a partir de amanhã vale para os websites Americanas.com, Submarino e Shoptime, disse o Procon-SP no comunicado enviado hoje por e-mail.

Além da paralisação das vendas, a empresa deverá pagar multa de R\$ 1,74 milhão, disse o órgão de defesa no comunicado.”

⁷⁷ Nesse sentido foi a confirmação do então assessor chefe do Procon-SP Dr. Carlos Coscarelli, ao comentar o denominado caso FNAC ao portal de notícias G1. Vejamos: “A madrugada desta quarta-feira (20) foi agitada para muitos internautas que entraram no site da loja Fnac: um erro fez com que diversos produtos, inclusive eletrônicos avaliados em milhares de reais, fossem anunciados por apenas R\$ 9,90, mais frete. Com isso, internautas conseguiram comprar TVs de plasma, de LCD, notebooks e leitores de Blu-ray – com frete para São Paulo, uma TV LCD de 46 polegadas, avaliada em R\$ 5 mil, saiu por R\$ 32. A empresa anunciou que o sistema foi normalizado e essas compras, canceladas.

Os consumidores chegaram a receber confirmações de compra por e-mail e também tiveram os valores registrados por seus cartões de crédito. O Procon-SP, no entanto, confirma que essas aquisições não terão de

1.3. Plano da eficácia – fatores.

Passemos agora a análise quanto aos fatores do plano da eficácia do negócio jurídico, e que terão impactos diretos ao plano da validade conforme será visto ao longo deste estudo pelo confronto com os precedentes da jurisprudência que foram selecionados e integram este estudo no capítulo destinado aos Anexos.

Naturalmente não será objeto de estudo toda e qualquer possibilidade de fatos jurídicos (concretude) vinculados a eficácia prática do negócio jurídico, mas apenas, a análise da eficácia jurídica, com especial atenção, a “eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. [...] De fato, muitos negócios, para a produção de seus efeitos necessitam de fatores de eficácia, entendida a palavra *fatores* como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado.”⁷⁸

Assim, os fatores de eficácia consistem em fatos jurídicos extrínsecos ao negócios em si, porém, são fatores que contribuem para o resultado dos efeitos manifestados⁷⁹ e

ser efetivadas. A única obrigação da companhia, segundo o órgão de defesa do consumidor, é devolver as quantias pagas por itens comercializados durante essa falha. ‘Está claro que houve um erro no site, pois não há como aparelhos tão caros serem vendidos por apenas R\$ 9,90. ***Por isso, aqueles que efetuaram as compras agiram de má fé. Antes de cobrar seus direitos, os consumidores têm o dever de agir de boa fé***’, afirmou ao **G1** Carlos Coscarelli, assessor chefe do Procon-SP.” (g.n.) Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1160798-6174,00-FALHA+EM+SITE+VENDE+TVS+DE+PLASMA+E+NOTEBOOKS+POR+R.html>. Acesso em 12.05.2012.

⁷⁸ AZEVENDO, Antonio Junqueira de. *Op. Cit.* p. 49-55

⁷⁹ Especificamente quanto a manifestação de vontade apresentada em um contrato, oportuno destacar o escólio de Renan Lotufo em seus comentários ao Código Civil, Volume III, obra no prelo, porém transcrito em artigo científico de autoria do próprio autor referenciado, o qual vem a demonstrar a necessidade de se adotada a concepção objetiva quanto a declaração de vontade, fato este que ganha maior relevância quanto tratamos da eficácia nos contratos eletrônicos como forma de se afastar os inesgotáveis debates quanto a vontade subjetiva das partes contratantes e respectivo debate quanto a autoria da declaração. Vejamos o que nos aponta o referido autor: “O contrato há que ser visto como um acordo bilateral pelo qual as partes atuoarregulam seus comportamentos numa relação jurídica, geralmente patrimonial. Assim, atende-se às concepções subjetiva e objetiva, pois o acordo é uma expressão de vontade, que leva ao enquadramento na concepção subjetiva, enquanto o autorregulamento conduz à concepção objetiva, desenvolvida pelas teorias da declaração e pela preceptiva. [...]”

No direito positivo contemporâneo o dogma da vontade, como fundamento supremo, está superado, sem que com isso se diga que a vontade não tenha relevância no plano contratual. O contrato não é entendido como expressão do âmbito interno das pessoas, mas como um fato social, onde se identifica uma decisão tomada pela

pretendidos pelas partes contratantes. A inovação do estudo do autor citado se dá pelo fato de que a doutrina sempre estudava os planos do negócio jurídico a partir do seu resultado negativo (inexistência, invalidade e ineficácia)⁸⁰.

Em 1974, ao realizar o seu estudo sobre os fatores de eficácia do negócio jurídico – plano da eficácia – o Professor Junqueira propôs uma classificação, dividindo os fatores de eficácia em três modalidades a saber: a) os fatores de atribuição de eficácia em geral; b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada; e, c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa. Assim nos esclarece o doutrinador:

Três nos parecem ser as espécies de fatores de eficácia: a) *os fatores de atribuição da eficácia em geral*, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; é o que ocorre no primeiro exemplo citado (ato sob condição suspensiva), em que, durante a ineficácia, poderá haver a possibilidade de medidas cautelares, mas, quanto aos efeitos do negócio, nem se produzem os efeitos diretamente visado, nem outros, substitutivos deles; b) *os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, mas não os efeitos

parte perante a ordem jurídica, de sorte que se inexistir qualquer vontade, não se estará frente a contrato, mas a identificação, repete-se, decorre do que objetivamente se compreende como expressão da vontade. [...]

Com esta característica objetiva se tem que o comportamento em iter da celebração do contrato já leva à autorresponsabilidade, razão pela qual foi desenvolvido o estudo quanto ao negócio jurídico, evidenciando que a confiança do receptor da declaração não pode ser afetada por subjetivismo do declarante, se objetivamente o que foi entendido é o que levou à confiança.” LOTUFO, Renan. *Teoria Geral dos Contratos in Teoria Geral dos Contratos*. Coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. 2011, São Paulo: Atlas e IDP – Instituto de Direito Privado, p. 15

⁸⁰ “No direito alemão, quando o negócio é nulo, porque feito sem seriedade (§118 do BGB), o ato produzirá o efeito de obrigar a parte que o realizou e pediu sua nulidade a indenizar quem, sem culpa, confiou na declaração (§122 do BGB); a indenização consiste no chamado ‘interesse de confiança’ ou ‘interesse negativo’ (despesas de escritura, de registro e outras, que, porém, nunca poderão ser superiores às que o beneficiário do interesse negativo obterá com a validade do negócio). [...] Sem descer a maiores minúcias, a ineficácia pode ser dividida em duas modalidades principais: a) a ineficácia simples, ou pendente, ou negócio incompleto; b) a ineficácia relativa. Ocorre ineficácia pendente ou simples quando falta um elemento integrativo à plena eficácia dum negócio em formação, quer se trata dum elemento acessório exigido pela vontade das partes (negócio sob condição suspensiva), quer de elemento estranho àquela vontade [...] Ocorre ineficácia relativa, ou inoponibilidade, se o contrato válido entre as partes, não é oponível a terceiro.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. Cit.* p. 51-53

normais; os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato; [...]; c) *os fatores de atribuição de eficácia mais extensa*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros, ou, até mesmo, *erga omnes* [...].⁸¹

Para a classificação assim proposta, o autor citado, parte de alguns exemplos da vida cotidiana, os quais tornam toda a questão mais prática.

Assim, para a classificação de “a) os fatores de atribuição da eficácia em geral” temos os contratos vinculados a uma condição suspensiva; ou ainda o negócio jurídico tipicamente receptício⁸², o qual depende expressamente da recepção da declaração de vontade para a sua formação. Nos contratos eletrônicos, tal classificação é perfeitamente aplicável se pensarmos nas situações de condição suspensiva de vinculação ao pagamento, ou seja, a compra e venda existe e é válida, porém está pendente de confirmação do pagamento ou da liberação de determinado crédito.⁸³ Na mesma hipótese, são as normas da Diretiva 2000/31/CE da União Europeia que é abaixo referenciada, a qual determina que, após realizada a compra e venda, o consumidor deve aguardar o recebimento de uma correspondência eletrônica de confirmação da transação.

A segunda classificação, “b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada”, ocorre em situações de insuficiência da representação, ou seja, a prática de atos jurídicos além

⁸¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. Cit.* p. 57

⁸² Abordamos o estudo quanto a teoria da recepção adotada pelo Código Civil no ponto 4.3. abaixo.

⁸³ Quanto ao dever de acompanhamento e certificação do pagamento, destacamos o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 9181693-80.2008.8.26.0000 da 30ª Câmara de Direito Privado e Relatoria do Des. Andrade Neto, o qual será melhor enfrentado ao longo deste trabalho e devidamente anexado a presente dissertação na sua íntegra para eventual consulta. Do referido Acórdão, é possível verificar a concreta formação de um contrato eletrônico de compra e venda (negócio jurídico existente, válido e eficaz), e com a respectiva confirmação de pagamento encaminhada ao consumidor, porém, por possível erro sistêmico, ou seja, a fornecedora do produto adquirido não identificou o pagamento realizado e acabou recusando a validade e a eficácia do contrato entabulado entre as partes, já que, em seu entender, a condição (pagamento) não havia sido concluída, embora tivesse efetivamente ocorrido e comprovado pela consumidora, portanto, estamos frente a uma típica situação de “fatores de atribuição de eficácia em geral”.

dos poderes outorgados no mandato. Em tais hipóteses, o negócio jurídico é existente, válido e eficaz entre as partes, porém, não é eficaz em relação ao mandatário (ao terceiro), podendo ser convalidado sem qualquer dificuldade. Tal classificação foi nitidamente adotada pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 662 ao passar a utilizar a expressão “ineficazes” expressão esta que não era identificada na antiga redação do artigo 1.296 do Código revogado (Código Civil de 1916).

Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são *ineficazes* em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato. (g.n.)

A jurisprudência nacional segue a mesma classificação ao reconhecer o direito de ratificação dos atos praticados com abuso de poder, deixando claro que não estamos tratando do plano da existência ou da validade, os quais não admitiriam a sua convalidação, porém, é admissível apenas como fator de eficácia do negócio jurídico. Tal posicionamento é destacado pelo saudoso Min. Carlos Alberto Menezes Direito no REsp 617.813-SP julgado em 13 de dezembro de 2004⁸⁴, o qual deixamos de anexar a este estudo por não estar diretamente relacionado à forma de contratação eletrônica.

⁸⁴ Do V. Acórdão em referência (Recurso Especial nº 617.813-SP julgado em 13.12.2004 e disponível no sítio do Superior Tribunal de Justiça in https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=495128&num_registro=200301664508&data=20041213&formato=PDF, vale destacar para os efeitos desta dissertação os seguintes trechos: “Compra e venda de imóvel. Venda mediante substabelecimento outorgado por quem não podia fazê-lo em virtude de doença incapacitante. Ratificação dos outorgantes originários. Aplicação do art. 1.296 e seu parágrafo único do Código Civil de 1916. Súmula nº 07 da Corte.

1. Não se anula ato praticado por quem não tinha poderes, diante da inexistência de substabelecimento, quando os outorgantes originais, de acordo com o julgamento da apelação, manifestaram a sua ratificação, incidente, portanto, o art. 1.296 e seu parágrafo único do Código Civil de 1916.

[...] questionamento trazido pelo especial está centrado no fato de não existir o substabelecimento utilizado para as operações de venda dos bens imóveis, mas, apesar disso, o Tribunal de origem considerou existentes os negócios realizados. Trata-se, portanto, de saber se é possível aceitar a ratificação do substabelecimento, diante

No mesmo sentido quanto “os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada”, podemos ainda destacar os fatos que envolvam a legitimidade do agente, além das hipóteses de eficácia em relação ao devedor tal como é possível observar nas questões atinentes a cessão de crédito, conforme exposto comando dos artigos 288 e 290⁸⁵, ambos do Código Civil.

Quanto a legitimidade do agente e a sua capacidade civil, entendemos ser pertinente apontar a distinção de tais aspectos que muitas vezes acabam não tendo a devida ênfase na doutrina, porém, podem impactar diretamente no resultando da análise dos planos do negócio jurídico.

Desta forma, alerta Antonio Junqueira de Azevedo⁸⁶ que é necessário muita atenção a tal distinção, uma vez que a capacidade é diretamente ligada as condições do agente (posição jurídica ativa ou passiva), bem como em relação as denominadas condições físicas e/ou psíquicas, podendo fazer referência ao meio social “(condições de status)”; já no que diz respeito a legitimidade, haverá íntima vinculação a própria relação jurídica por critérios objetivos. Neste ponto, “temos que distinguir duas espécies de legitimidade. Há uma que

de prova consistente sobre a ciência dos autores. O fundamento é o de que “*o que não existe não pode ser ratificado*” (fl. 1673).

[...]

Trata-se de ausência de mandato para a prática do ato, no caso, as escrituras de compra e venda de lotes, com o que possível a incidência do art. 1.296 e seu parágrafo único do Código Civil de 1916, isto é, pode haver a ratificação, de modo exposto, ou quando “*resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato*”.

O outorgante do substabelecimento, de fato, não poderia fazê-lo, porque hospitalizado com patologia incapacitante. Todavia, aqueles que outorgaram o mandato original poderiam suprir o vício com a ratificação, na forma permitida pelo citado dispositivo.

[...]

Srs. Ministros, o Tribunal de São Paulo, no caso, ao que deparei, como bem demonstrado, deixou de lado os aspectos formais e ateve-se à substância do ato. O negócio realmente se verificou sem que houvesse qualquer prejuízo. Não vislumbro, portanto, qualquer justificação para a propositura desta demanda.[...]”

⁸⁵ Os artigos 288 e 290 do Código Civil possuem a seguinte redação:

Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do §1º do art. 654.

Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.

⁸⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. p. 58-59

podemos chamar de ‘legitimidade-requisito de validade’, que age sobre a validade do negócio; pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar validamente um negócio jurídico; ela existe, malgrado uma relação jurídica anterior. A outra, que podemos chamar de ‘legitimidade-fator de eficácia’, é que, de fato, age sobre a eficácia do negócio. Esta pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe por causa de uma relação jurídica anterior. Exemplo do primeiro caso tem-se na hipótese de ascendente, que, devido à relação jurídica de parentesco em linha reta, não pode vender bens aos descendentes (art. 1.132 do CC)⁸⁷. Graças, porém, ao consentimento dos outros descendentes, adquire ele legitimidade para fazê-lo (legitimidade-requisito de validade). Exemplo do segundo caso tem-se na hipótese de mandatário que recebeu poderes do mandante para vender bens, doar, transigir etc. e que então, realiza um desses negócios jurídicos; sua legitimidade resulta, aí, de uma relação jurídica (mandato) (legitimidade-fator de eficácia).”⁸⁸

Trazendo a reflexão para o plano da eficácia vinculada aos Contratos Eletrônicos, temos que em relação aos “fatores de atribuição da eficácia diretamente visada”, podemos apontar as situações em que um gerente de compras de uma determinada empresa (*lato sensu*), sem poderes estatutários e/ou contratuais para tanto, habitualmente realiza pedidos de compras de material de escritório por meio eletrônico junto aos fornecedores, ou ainda firma contratos de maior vulto, tais como contratos de duração de fornecimento de produtos e serviços que são ofertados eletronicamente, v.g. a contratação por meio de correspondência eletrônica de um escritório correspondente para prestação de serviços em outro Estado da Federação. O referido gerente não detém qualquer legitimidade para a aquisição e/ou contratação de tais serviços, no entanto, frente as circunstâncias negociais, frente a

⁸⁷ Atualmente o dispositivo referenciado é o 496 do Código Civil de 2002.

habitualidade e ao comportamento contundente das partes envolvidas, não há como se negar a plena eficácia da referida contratação, a qual é ratificada pelo ato de continuidade dos contratos e pagamento dos serviços executados ou dos produtos vendidos.

Neste mesmo sentido, e reconhecendo a validade e a eficácia dos contratos eletrônicos formalizados por troca de correspondência eletrônica, foi a decisão destacada pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 7.339.928-1 da 14ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Cardoso Neto, ao sustentar no seguinte trecho destacado do aresto: “*O direito não é uma ciência estática deve sim acompanhar "pari passu" os intermináveis progressos globais e de sofisticada tecnologia.* Assim, não resta a menor dúvida de que o contrato por via eletrônica é mais um passo dessa modernidade que tem de ser aceita pelos mais velhos e sempre aplaudida pelos mais jovens. *Destarte e tendo em vista o princípio da boa fé subjetiva dos contratos, consagrado no art. 113 do Código Civil e bem assim da boa fé objetiva insculpida no art. 422 do mesmo "codex".*”⁸⁹ (g.n.)

Em tal ótica, o comportamento das partes frente aos contratos eletrônicos, ganha relevos de contumaz aplicação dos deveres laterais ou anexos à boa-fé objetiva que passa a ser exigida como um *standard* de conduta entre as partes contratantes e, principalmente, da expectativa social (“um tipo social de comércio electrónico” nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos abaixo referenciado no ponto 2.3.3.), em especial pela aplicação dos institutos da tutela da confiança⁹⁰, do *venire contra factum proprium*⁹¹, *suppressio*, *surrectio*, *tu quoque*⁹² e

⁸⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.* p. 58-59

⁸⁹ Trazemos no anexo a este trabalho, a íntegra do V. Acórdão.

⁹⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁹² *Venire contra factum proprium* – expressa a ideia de que não é permitido à parte agir em contradição ao comportamento anteriormente assumido (“confiança no tráfico contratual”) – Art. 187 e 422 CC – Circunstâncias de lugar e tempo (aplicação conjunta dos dois requisitos).

Suppressio – “É o protaimento desleal do exercício de um direito” ou “é o não exercício ostensivo (não caracterizado pela mera tolerância)” Boa fé no Direito Civil – Menezes Cordeiro p. 797-823

*culpa post pactum finitum*⁹³, devendo ser destacado que não é objeto desta dissertação o aprofundamento quanto ao estudo dedicado a tais institutos derivados da boa-fé no Direito Civil.

Já a terceira classificação atrelada ao plano da eficácia, são os denominados “fatores de atribuição de eficácia mais extensa”, entre os quais enquadram-se os atos jurídicos de publicidade em geral, tal como, os atinentes ao Direito Real ou aos efeitos em virtude de registros junto aos cartórios de títulos e documentos ou órgãos específicos como o INPI – Instituto Nacional de Propriedade Intelectual para as situações de transferência de tecnologia e demais fatos jurídicos de competência do referido órgão. Exemplos de tais situações são as questões envolvendo proteção contra terceiros na cessão de crédito, a qual, para possuir eficácia em relação a terceiros deverá ser registrada no cartório de títulos e documentos conforme comando do artigo 288, do Código Civil, *in fine*; vejamos: “Art. 288. É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do §1o do art. 654.”

Semelhante situação pode ser vislumbrada para a hipótese de registro de contrato por adesão que será dado conhecimento a toda e qualquer pessoa que pretender firmar contratos por meio de um site de prestação de serviços e/ou para a firmar contratos de venda e compra de produtos, seja uma relação de consumo ou não (presunção legal de efeitos *erga omnes*).

No entanto, deve ser destacado que nos exemplos acima referenciados, entre as partes contratantes, o negócio jurídico já terá suplantado os três planos do negócio jurídico, sendo os seus efeitos extensivos apenas em relação à terceiros.

Surrectio – É a prática de atos reiterados – é a *outra face da moeda* do suppressio.

Tu Quoque – “É vedado que alguém viole uma norma em seu favor por comportamento anterior dissonante”
Boa fé no Direito Civil – Menezes Cordeiro p. 483-484

Culpa post pactum finitum = Fase pós-contratual = pós eficácia das obrigações. Dever de proteger a vantagem ou posição adquirida pelo contratante.

⁹³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2007.

Podemos ainda, na esfera de atuação dos contratos eletrônicos, buscar “fatores de atribuição de eficácia mais extensa”, conforme nos lembra Marcos Bernardes de Mello, para as situações envolvendo propriedade autoral e intelectual⁹⁴, tal como se dá com os denominados e-books, ou ainda, aquisição de músicas e obras cinematográficas, onde o usuário irá aderir a condições pré-fixadas na forma de cláusulas gerais em um contrato tipicamente por adesão.⁹⁵

Ainda quanto ao aspecto dogmático da eficácia da relação jurídica, Marcos Bernardes de Mello sustenta a importante distinção que deve ser rememorada na aplicação dos denominados correlativos jurídicos⁹⁶, ou seja, “as relações jurídicas de direito material, em regra, têm seu conteúdo composto por direito, pretensão e ação, do lato ativo, e, do lado passivo, pelos correspectivos dever, obrigação e situação de acionado.”⁹⁷, porém, deve-se ter sempre em mente que o direito, a pretensão e a ação, não sinônimos, uma vez que, embora o sujeito ativo seja detentor de um direito, enquanto não ocorrer o vencimento da obrigação ou o seu implemento, o mesmo possuidor de determinado direito – sujeito ativo – não terá pretensão e ação (ação no sentido de direito material) em face do sujeito passivo da relação jurídica, o

⁹⁴ “Somente bens, sejam materiais (= coisas), sejam imateriais (objetos de propriedade intelectual, artística, científica, literária, industrial), podem constituir objeto da relação jurídica real. Por isso, os direitos, pretensões e ações que dela resultam gravam diretamente o bem que for seu objeto, marcando-o como o ferro em brasa que identifica a propriedade do animal. Não importa o destino que a ele se dê; o direito real o segue onde quer que ele esteja (= direito de sequência).” MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – plano da eficácia 1ª parte. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 200

⁹⁵ Em nosso entender, respeitando o posicionamento em sentido diverso, os contratos na modalidade adesão, devem ser nomeados como contratos POR adesão, já que estamos tratando de forma de contratação e não de uma modalidade de contrato. Sendo forma de contratação, o aderente irá firmá-lo POR adesão e não DE adesão. Não ignoramos a distinção apontada pela respeitada doutrina e pelos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor que buscam uma distinção acadêmica ao definir que contratos por adesão seriam as modalidades de contratos em que o consumidor tem a faculdade de firmar tal contrato ou não, pois não estariam na esfera dos denominados contratos existenciais; cabendo a expressão contratos de adesão aos típicos contratos existenciais dos quais o consumidor não tem alternativa de não contratar, tal como se dá no fornecimento de energia elétrica, água e esgoto entre outros. No entanto, mantemos nosso entendimento de que a expressão correta para tal modalidade contratual é contrato POR adesão, indistintamente e independente de se tratar de uma relação de consumo (existencial ou não), de uma relação cível ou de uma relação empresarial.

⁹⁶ Quanto aos correlativos jurídicos, fazemos referências as seguintes obras que, em nosso entender, são fundamentais para a sua compreensão: HOHFELD, Wesley Newcomb. Trad. Margarida Lima Rego. Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. LUMIA, Giuseppe. Trad. Denise Agostinetti. Elementos de Teoria e Ideologia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

qual pode alegar em seu benefício, v.g., a exceção do contrato não cumprido prevista no artigo 476⁹⁸ do Código Civil. “A intersubjetividade é a marca característica do direito, considerada em função da norma (direito objetivo) que dá à relação sua garantia jurídica e ao sujeito ativo da relação (ou seja, ao *dominus* da relação) a garantia de tutela de seu direito, e, na sequência, a garantia de sanção, de pretensão e de prestação (responsabilidade) por parte do sujeito passivo.”⁹⁹

E finalmente, além da distinção entre direito e pretensão acima indicada, cumpre destacar as situações de ineficácia superveniente, às quais, tal como nas demais formas contratuais, poderão igualmente atingir os contratos eletrônicos, conforme se verifica nos contratos com a cláusula resolutiva. Assim, “Naturalmente, poderá ocorrer que, uma vez existindo, valendo e produzindo efeitos, o negócio venha, depois, por causa superveniente, a se tornar ineficaz. Haverá, então, *ineficácia superveniente*, isto é, resolução do negócio. [...] Nesses casos, pode-se falar em fatores de ineficácia, os quais podem, por sua vez, ser de dois tipos: a) os ligados à formação do negócio, por exemplo: o advento do evento futuro [...] a não-realização da causa final [...], e b) os não ligados à formação do negócio, como o distrato e a impossibilidade superveniente.”¹⁰⁰

⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.* p. 184-189.

⁹⁸ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. “A exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) é uma espécie de autodefesa do devedor, exercida no âmbito do contrato bilateral contra a pretensão do credor que não prestou ou não ofereceu a sua prestação. [...] É o ‘contradireito’ do obrigado, exercido para afastar a exigibilidade do crédito do autor. [...] Para a exceção, não basta a existência de um contrato do qual derivam obrigações para ambas as partes; é preciso que exista uma relação de correspectividade entre a prestação não adimplida pelo autor e aquela cujo adimplemento é recusado pelo réu.” AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil – da extinção dos contratos arts. 472 a 480, Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. v. VI, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 722-733

⁹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55.

¹⁰⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.* p. 60-61.

2. Contratos Eletrônicos – regulamentação.

Ao tratarmos de contratos eletrônicos e superada a questão de que não se trata de uma nova categoria contratual, assim entendido na esfera da tipicidade contratual¹⁰¹, mas sim, de forma (= meio) de contratação e como tal deve ser analisado sob os planos do negócio jurídico, a próxima questão que entendemos ser relevante, é o debate quanto a necessidade ou não de uma regulamentação própria para esta forma de contratação¹⁰². Quanto a tema, já sustentamos, em obra coletiva, a existência de três correntes, tendo assim concluído:

Outro ponto relevante quando falamos de Internet e Comércio Eletrônico, é o debate sobre a necessidade de criação de um novo direito que abarque as situações do fundo virtual (posição ontológica), ou se a estrutura jurídica existente para o mundo real é suficiente para regular as situações realizadas no mundo digital, bastando para tanto aplicar a analogia (posição instrumental).

A doutrina majoritária tem tendido a aplicação de uma terceira corrente que podemos denominar de mista, onde para as situações que necessitem regulação da segurança das operações, deverá existir uma legislação específica, tal como a de assinatura digital, já as operações corriqueiras, como compra e venda, locação, direito de uso, etc., poderá ser aplicado o direito como conhecido no mundo real, transportado para os casos concretos da Internet.

¹⁰¹ Quanto aos contratos atípicos, ver especialmente: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos Inominados ou Atípicos, Coleção Jurídica JB, v. 12, São Paulo: Bushatsky, 1975. AZEVEDO, Álvaro Villaça, Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2004. FRANÇA, Pedro Arruda. Contratos Atípicos. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1989. VASCONCELOS, Pedro Pais. Contratos Atípicos. Coimbra: Almedina, 2ª ed., 2009

¹⁰² “Devido à especificidade das transações realizadas no ambiente digital, problemas jurídicos típicos da contratação eletrônica têm reclamado maior atenção dos juristas, alguns sustentando a necessidade de um regime legal diferenciado, outros negando tal necessidade. Entre tais problemas podemos citar: a eficácia jurídica do documento eletrônico e da assinatura digital; a certificação eletrônica; a responsabilidade dos intermediários e a proteção dos usuários. [...]” SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor, V. 36, São Paulo: RT, Out/2000, p. 105 e seguintes

Trata-se de uma forma de fixar âncoras, para não se perder a experiência adquirida pela humanidade em muitos séculos de história.¹⁰³

Por adotarmos a posição mista acima destacada e considerando que ainda não foi editado¹⁰⁴, no Brasil, nenhuma legislação diretamente dedicada aos contratos eletrônicos, ressalvadas algumas situações pontuais, tais como, as normas da CVM – Comissão de Valores Mobiliários¹⁰⁵ para as operações por sistemas eletrônicos (contratos eletrônicos) e as regras da certificação digital aos documentos eletrônicos editadas pelo Comitê Gestão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil que foi instituído pela MP 2.200-2, aplicaremos, na presente dissertação, o direito material tal como conhecemos atualmente (Código Civil, Princípios Gerais de Direito Privado etc.) além da própria medida provisória¹⁰⁶ aqui referida.

No mesmo sentido, defendendo a validade dos contratos eletrônicos frente ao atual ordenamento jurídico para os contratos que não tenham exigência legal de forma solene, os quais representam a regra geral, e o escólio de Newton de Lucca, para quem:

¹⁰³ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. GAZZI, Fabio Pinheiro. GUERREIRO, André. AGUIAR, Ana Laura F. de M. Coord. PEREIRA Jr., Antonio Jorge e JABUR, Gilberto Haddad. Direito dos Contratos II. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Quartier Latin, 2008, p. 66-67

¹⁰⁴ Pelo menos até agosto de 2012.

¹⁰⁵ Instrução CVM nº 387, de 28 de abril de 2003, com as alterações introduzidas pelas Instruções CVM nºs 395/03 e 419/05.

¹⁰⁶ Medida Provisória nº 2.200-2:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica [...], bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

§1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil. (*Nota Nossa: Atualmente a referência é ao artigo 219 do Código Civil de 2002*)

§2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

A primeira observação a ser feita sobre os contratos telemáticos, ao que parece, não obstante sua aparente obviedade, é que nada impede possam eles ser livremente celebrados pelos que assim o desejarem. Inexiste norma jurídica em nossa ordenação que proíba a realização de contratos por tal meio. A única exceção, evidentemente, diz respeito às hipóteses legalmente previstas, para as quais se exige forma solene para que possa o ato jurídico produzir os efeitos jurídicos pertinentes.¹⁰⁷

Embora respeitáveis entendimentos em contrário ao defendido neste trabalho conforme serão abaixo apontados para o desenvolvimento científico das premissas aqui sustentadas, estamos convencidos de que o vigente ordenamento aplicável aos contratos em geral e, em especial, toda a teoria geral dos contratos, são instrumentos e “ferramentas” disponíveis aos operadores do direito e à sociedade como um todo, suficientes para regular e gerar segurança jurídica aos denominados contratos eletrônicos, devendo apenas, em situações que demandem maior segurança jurídica (tais como os negócios jurídicos de direito real), verificar a necessidade de um regramento específico.

Vale destacar, que a regra geral¹⁰⁸ a ser observada quanto a forma aplicável aos contratos tradicionais (contratos escritos ou verbais), é a forma livre, ou seja, sem a exigência de solenidades específicas para a sua formação. Representa a exceção, a exigência de forma solene, forma especial definida em lei, tal como a exigência de escritura pública para a venda e compra de bens imóveis com valores superiores a trinta salários mínimos (art. 108, Código Civil).

Maria Eugênia Finkelstein, ao tratar das questões inerentes ao comércio eletrônico, em especial, as relações envolvendo consumidores e fornecedores, aponta em sentido contrário, ou seja, para a necessidade de uma regulamentação específica, sustentado que “o legislador

¹⁰⁷ LUCCA, Newton. Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 94

¹⁰⁸ Quanto a forma livre aplicável como regra geral aos contratos, aprofundamos o assunto no ponto 2.3. deste estudo, ao qual fazemos referência.

não pode ficar indiferente a um universo tão imenso, uma vez que as situações de conflito devem aumentar cada vez mais com o desenvolvimento e a socialização da Internet.”¹⁰⁹, porém, também chama a atenção de posições internacionais, tal como a adotada neste estudo, destacando Lawrence Lessig professor da Universidade de Stanford, conforme segue:

“É necessário, no entanto, deixar claro que há autores que são contrários à regulamentação de qualquer aspecto relacionado à Internet. Neste sentido Lawrence Lessig, proeminente doutrinador do direito do ciberespaço. Para Lessig a regulamentação do ciberespaço não virá da lei, mas sim da forma segunda a qual a rede for arquitetada. O problema, porém, é que mesmo Lessig reconhece que ‘the designers were not interested in advancing social control; they were concerned with network efficiency’. Sendo assim, parece-nos que, apesar de inovadora e, sem dúvida, brilhante a proposição de Lessig não nos leva à total solução do problema. Em sentido contrário, porém, encontramos a valiosa contribuição de Lorenzetti, que considerada a Internet como um território à parte, que merece jurisdição específica.”¹¹⁰

A posição de Ricardo Luis Lorenzetti indicada acima pela citada autora, merece igual destaque, e da análise do seu texto original e traduzido, temos que não é totalmente correta a assertiva acima, pois o referido autor defende que “No caso de um contrato, *aplicam-se as regras gerais quanto à capacidade, ao objeto, à causa e aos efeitos, dispostas em cada sistema legislativo. O princípio jurídico aplicável é o da não-discriminação, vale dizer, vigoram as regras gerais sem que se possa invocar a presença do meio digital para descartá-las.*

¹⁰⁹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Coord. ADAMEK, Marcelo Vieira von. Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 746

¹¹⁰ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Op. cit.* p. 746-747

O ‘contrato eletrônico’ é uma categoria bastante ampla, que necessariamente deve ser precisada¹¹¹, pois do contrário pode-se incorrer em inúmeras confusões.”¹¹² (g.n.) Do trecho aqui citado, não nos parece que Ricardo Lorenzetti tenha defendido a necessidade de uma nova regulamentação para os contratos eletrônicos, mas sim, de uma separação por categorias, para adotar o que estamos aqui defendendo como a teoria mista.

No entanto, em aparente conflito de posições, o festejado magistrado e autor argentino ainda nos adverte em seu tratado dos contratos¹¹³, que a era digital trás consigo questões de extrema complexidade, as quais, o nosso conhecimento jurídico ainda não está totalmente preparado para enfrenta-las.

El surgimento de la era digital ha suscitado la necesidad de repensar importantes aspectos relativos a la organización social, la democracia, la tecnología, la privacidad, la libertad y se observa que muchos enfoques no presentan la sofisticación teórica que semejantes problemas requieren; se esterilizan obnubilados por la retórica, la ideología y la ingenuidad. [...]

Porém, é justamente neste ponto em que nos encontramos dentro da história da humanidade, ou seja, a necessidade de repensar importantes aspectos de nosso dia a dia, de conceitos milenares, frente a uma velocidade de evolução jamais imaginada a poucas décadas no passado. O ativismos que a sociedade de risco do mundo pós-moderno nos impõe, faz com que não percebamos ao certo o grau de impactos sociais e alterações na nossa forma de viver, de pensar, de se relacionar e de contratar.

¹¹¹ Para Lorenzetti, a sustentação de tratar-se de uma categoria que deve ser precisada, é fundamentalmente baseada nas consequências que poderão ser observadas nas diversas modalidades de contratos eletrônicos, sendo destacado pelo referido jurista as seguintes categorias de contratação: (i) setor público e privado; (ii) entre empresas e com os consumidores; (iii) o modo de celebração consensual; (iv) o modo de celebração automático; (v) contratos celebrados por adesão; (vi) contratos internacionais e nacionais; e, (vii) contratos submetidos à legislação especial.

¹¹² LORENZETTI, Ricardo Luiz. Trad. Fabiano Menke. Comércio Eletrônico. São Paulo: RT, 2004, p. 288-289

A velocidade da evolução está apresentando proporções geométricas, além de uma crescente consumismo, em virtude da facilitação dos meios de compra à distância que a Internet proporciona, isto sem se falar na verdadeira enxurrada de publicidade e direcionamento para um consumo desenfreado à que a sociedade é exposta a todo momento, resultando muitas vezes na contratação de bens e serviços de forma automática, sem a devida reflexão.

Tais fatos podem ser esclarecidos pelos recentes estudos do *priming*, o qual consiste nos efeitos que determinadas palavras e imagens ocasionam na nossa forma de pensamento automatizado, conforme se verifica em recente obra publicada no Brasil pelo Prêmio Nobel de Economia de 2002, Daniel Kahneman, aponta justamente sobre as duas formas diferentes de pensar, o pensamento rápido ou automático (Sistema 1) e o pensamento devagar ou com reflexão (Sistema 2). É inevitável que a evolução do marketing e a oferta de produtos vinculada aos estudos psicológicos do *priming*, resultem em uma potencialização do consumo, especial com a facilidade dos meios digitais.¹¹⁴

É justamente neste ponto que entendemos ser aplicável a proposta acima transcrita de Ricardo Lorenzetti, ou seja, uma necessária análise quanto a tais impactos ocasionados pela evolução do conhecimento, com o objetivo de evitarmos o abuso sobre o exercício da manifestação de vontade automatizada, o que não significa defender uma regulamentação própria aos contratos eletrônicos.

Exemplo da atual evolução do meio de contratação eletrônico, são alguns dados transmitidos pela vice-presidente comercial da Google Sra. Stephanie Tilenius, em palestra proferida em 26 de maio de 2011 no lançamento da ferramenta denominada de *Google Wallet*. Em 1998, o percentual equivalente a 70% de todos os norte-americanos nunca tinham usado a

¹¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. T. III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 833

¹¹⁴ KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar – duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Internet para realizar pagamento ou transações financeiras, porém onze anos depois, em 2009, este percentual se inverteu, sendo verificado o percentual equivalente a 70% dos norte-americanos acessam a Internet com meio usual para realizar transações financeiras. Em contrapartida, atualmente, apenas o percentual equivalente a 8% de todo o comércio norte-americano de varejo é realizado por meio do comércio eletrônico, sendo o as demais operações ainda são físicas.¹¹⁵

Ou seja, o potencial do comércio eletrônico (e-commerce) para os próximos anos é no sentido de um crescimento exponencial, podendo haver, no caso dos norte-americanos, a inversão dos percentuais acima indicados em um espaço de tempo inferior a uma década. Rememoremos que, para cada transação realizada pelo comércio eletrônico, representa um novo contrato eletrônico, trata-se de um meio de contratação em franca expansão que representou nos Estados Unidos da América no ano de 2010, na circulação de US\$ 257 bilhões, considerando apenas as relações de consumo, conforme apontado na mesma apresentação.

No Brasil, segundo dados da consultoria i-bit divulgados pela revista IDGNOW!, o ano de 2011 representou um crescimento equivalente a 26% em relação ao ano de 2010, resultando em uma circulação superior a R\$ 18.7 bilhões e envolvendo trinta e dois milhões de consumidores. A expectativa da consultoria i-bit para o ano de 2012, mesmo considerando a atual crise financeira na Europa, é de um crescimento igual ou maior do que o apresentado em 2011.¹¹⁶

¹¹⁵ Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=am8t6iZ7up0>> Acessado em 13.05.2012.

Cabe aqui destacar, para efeito de esclarecimento, que o *Google Wallet* é um aplicativo gratuito da Google para celulares do tipo *smartphones*, com a proposta de substituir a necessidade carregar na carteira tradicional todos os cartões de crédito, débito e cartões de fidelidade, de forma que todos os cartões estejam cadastrados em tal aplicativo, permitindo que o uso do celular, por meio da troca de dados entre o celular e um terminal informatizado do lojista que irá receber e reconhecer as informações do cartão que será utilizado, com a respectiva aprovação ou recusa da forma de pagamento.

¹¹⁶ Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/mercado/2012/03/13/e-commerce-no-brasil-cresce-26-e-fatura-r-18-7-bilhoes-em-2011/>> Acessado em 13.05.2012.

Frente a esta nova realidade fática que a sociedade esta vivenciando, entendemos que a tentativa de criação de qualquer regulamentação específica, resultará em uma rápida desatualização, em uma rápida superação pela realidade fática, ao passo que o nosso principal sistema jurídico – Código Civil – por ser um ordenamento fundamentalmente principiológico e dotado de diversas cláusulas gerais e conceitos indeterminados¹¹⁷, está apto a se moldar, recepcionar e ser aplicável aos novos casos concretos (princípios da eticidade, operabilidade e socialidade), incluindo as contratações pelos meios eletrônicos.

Nosso entendimento é mais otimista do que aqueles respeitáveis posicionamentos que sustentam a necessidade de uma legislação específica como sendo a única forma de gerar segurança jurídica. Tal entendimento é fruto da aplicação sistêmica do Código Civil de 2002 frente as decisões que já vem sendo tomadas pelos nossos tribunais, entre as quais destacamos aquelas que são referenciadas no presente estudo e que constam de seu Anexo. Ao operador do direito cabe a tarefa de aplicar a lei às situações presentes e futuras.

Nesse sentido é o escólio de Karl Engisch, para quem “novos fenômenos técnicos, económicos, sociais, políticos, culturais e morais têm de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes. [...] Não pode ser nossa tarefa deixarmos o presente com os seus problemas e retrocedermos anos ou décadas para entrar no espírito de um legislador que propriamente nos não interessa já. Logo: *interpretativo ex nunc* e não *interpretativo ex tunc*. A partir da situação presente é que nós, a quem a lei se dirige e que temos de afeiçoar de acordo com ela a nossa existência, havemos de retirar da mesma lei aquilo que para nós é racional, apropriado e adaptado às circunstâncias. Fidelidade à situação

¹¹⁷ Quanto a importância das denominadas cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, Nelson Nery Jr., esclarece que a função das cláusulas gerais é “dotar o sistema interno do Código Civil de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se contra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados. [...] Para tanto, as cláusulas gerais passam, necessariamente, pelos conceitos determinados pela função.” NERY Jr., Nelson. Contratos no Código Civil: Apontamentos gerais in O Novo Código Civil: Homenagem ao Professor Miguel Reale. Coord. FRANCIULLI NETTO Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. 2ª ed., 2006, São Paulo: LTr, p. 429

presente, interpretação de acordo com a época actual, tal a tarefa do jurista. A sua mirada não vai dirigida para o passado, mas para o presente e o futuro.”¹¹⁸

Assim, nos parecem corretas as afirmações aqui realizadas no sentido de que não há necessidade jurídica de um novo “arsenal” legislativo para garantirmos a validade dos contratos eletrônicos, uma vez que a aplicação do ordenamento vigente é plenamente capaz de cumprir tal tarefa, basta ao operador do direito aplicar as normas com a “mirada [...] para o presente e para o futuro”¹¹⁹

Frente a posição aqui defendida, passemos a análise de alguns conceitos atualmente aplicáveis aos contratos eletrônicos, para na sequencia enfrentarmos as questões de formação do contrato eletrônico e aos demais pontos que nos propomos a estudar.

2.1. Conceitos – uma análise crítica

No presente ponto, não será objeto de nossa análise as diversas denominações apresentadas pela doutrina para os contratos eletrônicos, entre quais destacamos, apenas para o conhecimento, os seguintes: contratos virtuais, contratos telemáticos, contrato pela Internet, contrato via Internet, contratação na Internet etc.

Já que o *nomen iuris* não altera a sua estrutura, efeitos e aplicabilidade, optamos por adotar no presente estudo a denominação que tem sido mais usual na doutrina e que ganhou maior relevância nos usos e costumes nacionais e internacionais (contrato eletrônico), assim, buscaremos apenas apresentar uma análise dos atuais e principais conceitos, para ao final, sugerir uma proposta de conceito do contrato eletrônico.

Iniciaremos a análise com os dois conceitos que nos parecem próximos do que estamos defendendo, ou seja, que o contrato eletrônico é caracterizado pelo momento e pelo

¹¹⁸ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Trad. João Baptista Machado. 10 ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 173-174

¹¹⁹ ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 174

meio empregado para a sua formação, ou seja, há o binômio de “momento” e “meio”. Tais conceitos são apresentados por Newton de Lucca e Ricardo Luis Lorenzetti.

Para Newton de Lucca, o “contrato telemático”¹²⁰, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração.”¹²¹

O conceito de Newton de Lucca, tal como o conceito de diversos outros doutrinadores que serão abaixo especificados, demonstra que qualquer tentativa de conceituar o contrato eletrônico partindo da especificação do suporte físico ou o meio de comunicação empregado, fatalmente estará sujeito a uma rápida superação.

Podemos afirmar que já não é necessário possuir ou portar um computador para a sua celebração (hoje pode ser realizado por aparelhos móveis do tipo smartphone ou por *tablets*) e não mais computadores como eram até então conhecidos, nem tão pouco da utilização de uma rede de telecomunicação, já que são admitidos outros meios de conexão à Internet tal como a rede elétrica¹²².

Vale aqui lembrar que, qualquer referência ao meio de acesso à Internet pelo respectivo usuário estará sujeito a uma rápida desatualização. Estamos presenciando uma evolução tecnológica sem precedentes na história da evolução da humanidade, e certamente tais meios tecnológicos que são conhecidos hoje (início do século XXI), serão rapidamente superados, em especial com a descoberta do *grafeno*¹²³ conforme publicação em 2004 na

¹²⁰ Para o autor, “A telemática [...] nada mais é do que o resultado da aplicação das telecomunicações à informática.” p. 93

¹²¹ LUCCA, Newton. Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33

¹²² IDGNOW! **Internet pela rede elétrica no Brasil depende de fabricação local.** Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/mobilidade/2010/12/04/internet-pela-rede-eletrica-no-brasil-depender-de-fabricacao-local/>>. Acesso em 01.10.2011

¹²³ ESTADÃO.COM.BR/CIÊNCIA. **Cristal de carbono com 1 átomo de espessura leva Nobel de Física.** Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,cristal-de-carbono-com-1-atomo-de-espessura-leva-o-nobel-de-fisica,620566,0.htm>>. Acessado em 01.10.2011

revista *Science* pelos cientistas Andre Geim e Konstantin Novoselov, os quais receberam o Prêmio Nobel de Física de 2010, cria-se a possibilidade incalculável de desenvolvimento de novas tecnologias e novos meios de conexão e acessibilidade dos usuários, tais como a criação de equipamentos flexíveis ou que permitem ser dobrados com elevadíssima portabilidade, ou ainda, a substituição do silício por “simples” composições de *grafeno* no desenvolvimento de processadores, fato este que irá resultar na radical redução de preço na produção de processadores, uma vez que, o *grafeno* é derivado do carbono, elemento químico que é justamente o material de maior abundância em nosso planeta, ao contrário do silício que é mais raro e de um custo infinitamente mais elevado.

Assim nos parece que um conceito ideal de contratos eletrônicos não deva incluir a forma de comunicação de acesso à Internet (pois ela é indiferente para a contratação eletrônica) e/ou o meio (*hardware*) que será empregado pelas partes de cada um dos polos contratantes, ou na expressão de Paul Roubier¹²⁴ e Pontes de Miranda, de cada uma das posições jurídicas ativa ou passiva.

Passamos a analisar o posicionamento de Ricardo Luis Lorenzetti, para quem o contrato eletrônico é igualmente caracterizado pelo meio empregado, porém, sendo indiferente quanto a fase contratual, ou seja, poderá ser caracterizado tanto na fase de celebração, do cumprimento ou até mesmo da execução.

“O contrato eletrônico caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para o seu cumprimento ou para a sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial¹²⁵. [...] O contrato pode ser celebrado digitalmente, de forma total ou parcial. No primeiro caso, as partes elaboram e enviam as suas declarações de vontade (intercâmbio eletrônico de dados ou comunicação digital interativa); no segundo, apenas um dos aspectos é digital: uma parte pode formular sua declaração e a seguir utilizar

¹²⁴ ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 2005.

o meio digital para enviá-la; pode enviar um *e-mail* e receber um documento por escrito para assinar. [...] Uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um ‘contrato eletrônico’. Entretanto, o legislador poderá excluir hipóteses de fato que, ainda que apresentem estas características, sejam consideradas como não passíveis de veiculação por este meio por razões de política legislativa, como os contratos de trabalho, os contratos sobre direitos personalíssimos e os contratos de seguro de saúde.”¹²⁶

Quanto ao meio empregado para a contratação, estamos de pleno acordo com Ricardo L. Lorenzetti, porém quanto ao momento da formação, com a devida vênia entendemos não ser o mais adequado, por não vislumbrar a sua convergência com a teoria da formação do negócio jurídico contratual.

Conforme estudo originalmente apresentado por um dos coautores do projeto do Código Civil, o Prof. Clóvis V. do Couto e Silva, intitulado de *A Obrigação como Processo*¹²⁷, restou absolutamente claro para o direito privado contemporâneo a importância que deve ser dada às fases de nascimento da obrigação, desenvolvimento dos deveres e do adimplemento. Uma possível evolução desta teoria é justamente a separação do processo obrigacional nas fases pré-contratual, formação do contrato, execução do contrato e pós-contratual, sendo que todas as fases são igualmente relevantes para a interpretação do contrato e para a adequada identificação das circunstâncias negociais. No entanto, a adequada identificação da fase obrigacional, é fundamental para as soluções práticas que deverão ser observadas.

¹²⁵ A mesma definição é apresentada pelo autor no seguinte artigo: A dogmática do contrato eletrônico, *in* Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes, v II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 551

¹²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Trad. Fabiano Menke. Comércio Eletrônico. São Paulo: RT, 2004, p. 285-287

¹²⁷ “[...] a distinção em planos tem importância fundamental no exame dogmático das obrigações. Sem levar em conta essa distinção, poder-se-ão cometer erros sérios de ordem doutrinária, que se repetirão forçosamente nas soluções práticas.” SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. São Paulo: FGV Editora, 2007, p. 61

Exemplo prático quanto a adequada identificação da fase obrigacional (pré-contratual, formação do contrato, execução do contrato e pós-contratual) é justamente o *leading case* do Supermercado DISCO X Pão de Açúcar, de Relatoria do Min. José Carlos Moreira Alves no Recurso Extraordinário nº 88.716 de 11 de setembro de 1979. Após longo debate jurídico, onde o Grupo Pão de Açúcar tinha como interesse direto a confirmação de um suposto negócio jurídico de aquisição societária e do fundo de comércio da rede supermercados DISCO e, de outra parte, a busca pela extinção daquele vínculo pela rede DISCO, o Min. Moreira Alves concluiu que, após a análise do caso, não se vislumbrava a formação de nenhum negócio jurídico propriamente dito (plano da existência), já que, da análise do caso concreto, as partes não chegaram a avançar além da fase das tratativas. Do aresto extrai-se os relevantes trechos que interessam a este estudo:

Não se trata, portanto, como pretende a recorrida, de matéria concernente a simples interpretação de cláusulas contratuais – o que pressupõe a existência de um contrato, e que, consoante a Súmula 454, implicaria a inadmissibilidade do recurso extraordinário –, mas, sim, de apurar a qualificação jurídica de um documento, para determinar-se se ele configura um contrato, ou se traduz, apenas, etapa nas tratativas que antecedem à celebração do contrato, e que, reduzidas a escrito, configuram o que os autores antigos (assim, MUELLER, De minuta vulgo von Punctationem, Janae, 1690) denominavam, em latim, minuta, termo vertido pelos juristas alemães para o seu idioma com o emprego das expressões Entwurf, Project, Punctation (projeto, punção).

[...]

Como se vê, em síntese, a questão jurídica fundamental que se discute nestes autos é esta: se, no curso de negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais, e reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas), ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados

irretratáveis, de mera minuta (punctação), sem caráter vinculante de contrato preliminar, e consequentemente, insusceptível de adjudicação compulsória?¹²⁸

A exemplo do aresto acima indicado, entendemos que a fase do processo obrigacional é fundamental e relevante para conceituar e identificar a existência de um contrato eletrônico. Um contrato formado por meios tradicionais (contrato físico em papel e assinado ou por adesão das respectivas posições jurídicas), não pode ser denominado, em nosso entender, de um contrato eletrônico, mesmo que a sua fase preliminar (pré-contratual) ou a sua fase de execução propriamente dita (fase do adimplemento na expressão de Clóvis V. do Couto e Silva) forem realizadas de forma eletrônica.

Nestas situações, não estaremos frente a um contrato eletrônico, mas sim, frente a um contrato de execução por meio eletrônico (v.g. prestação de serviço pela Internet, com um contrato por meio físico/tradicional). Se assim fosse, com todo o respeito aos que pensam em sentido contrário, nenhum dos estudos envolvendo contratos eletrônicos faria sentido, pois não haveria o que se discutir quanto aos planos do negócio jurídico entabulado, mas apenas quanto a sua execução.

Por tais motivos, entendemos igualmente equivocado o conceito de Ricardo Luis Lorenzetti acima transcrito.

Passemos agora a outros conceitos encontrados na doutrina, os quais acabam por repetir um ou outro ponto, e só faremos maiores considerações quanto realmente forem destoantes do quanto sustentado até agora.

Para Alberto Gosson Jorge Junior, os contratos eletrônicos “constituem declarações de vontade emitidas por dois ou mais sujeitos, de conformidade com o ordenamento jurídico, com o intuito de constituir, modificar, conservar ou extinguir direitos de natureza patrimonial

¹²⁸ fls. 59-68 do Voto do Min. Rel. José Carlos Moreira Alves no RE nº 88.716-RJ

ou extrapatrimonial, mediante a utilização de computadores interligados, independente do tipo contratual veiculado [...]”¹²⁹. O conceito aqui apresentado, além de incorrer, em nosso entender, no mesmo equívoco quanto a definição do meio empregado, ainda vem a reproduzir questões atinentes a definição de contrato em geral, o que nos parece não ser mais apropriado, já que se trata de meio e forma de contratação e não de uma classificação propriamente dita.

Para Sheila do Rocio Cercal Santos Leal “[...] pode-se entender por contrato eletrônico aquele em que o computador é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes.”¹³⁰, no conceito proposto pela autora, além de uma aparente contradição com o título da obra e o conceito apresentado (“contratos via Internet” X “computador”), também observamos a mesma deficiência quanto a fixação de um *hardware*. No mesmo sentido é a proposta de Vinicius Roberto Prioli de Souza que conceitua o contrato eletrônico “como negócios jurídicos bilaterais, que se utilizam de computadores ou outros tipos de aparelhos eletrônicos (ex. aparelho de telefone celular) conectados à Internet, por meio de um provedor de acesso, a fim de se instrumentalizar e firmar o vínculo contratual, gerando, assim uma nova modalidade de contratação, denominada contratação eletrônica.”¹³¹ Também podemos verificar a semelhante proposta realizada por Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi ao definirem ser “os negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual.”, para tal conceito, remetemos as mesmas considerações antes aludidas quanto a deficiência ao ser fixado a um *hardware* em especial.

Jorge José Lawand não chega a nos indicar um conceito próprio para o contrato eletrônico, uma vez que em sua obra, *data venia*, acaba por misturar os conceitos de comércio

¹²⁹ JORGE Jr., Alberto Gosson. Aspectos da formação e interpretação dos contratos eletrônicos *in* Direito e Internet. Coord. ADAMEK, Marcelo Vieira von. Revista do Advogados – AASP v. 115, 2012, p. 7

¹³⁰ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Contratos Eletrônicos – validade jurídica dos contratos via Internet, 2009, p.79

¹³¹ SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. Contratos Eletrônicos & Validade da Assinatura Digital. Curitiba: Juruá, 2009, p. 73

eletrônico e contrato eletrônico sem uma distinção pontual de tais atividades, caracterizando-os como interdependentes e conexos. “O comércio eletrônico gera diversas consequências em vários setores, seja no econômico, político e social. Devido ao adjetivo ‘eletrônico’ imputado à palavra ‘contrato’, visualiza-se que, a par das questões técnico-jurídicas existentes, exsurtem outras de caráter não jurídico. O contrato celebrado via *Web* surgiu em decorrência dos desenvolvimento do comércio eletrônico a nível mundial.”¹³²

De fato podemos até concordar que a evolução e disseminação do contrato eletrônico possa ter sido decorrente da evolução do comércio eletrônico, no entanto, não nos parece correto afirmar que o contrato eletrônico esteja presente apenas nas questões envolvendo o comércio eletrônico.

Conforme aqui sustentado, o contrato eletrônico surge e é formado no momento da contratação, de forma que se a execução do contrato não se dá por meio eletrônico, tal fato não irá descaracterizá-lo ou transvestir um contrato originalmente eletrônico em tradicional. Portanto, a conexão proposta entre *comércio eletrônico* e *contrato eletrônico*, não nos parece correta.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza nos apresenta, na mesma obra, dois conceitos para contratos eletrônicos, assim manifestado: “Os contratos eletrônicos são negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador e as novas tecnologias como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual.” e logo na sequência defende que “o contrato eletrônico é toda e qualquer manifestação de vontade bilateral ou plurilateral que tem por objetivo constituir, modificar ou extinguir direitos, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, por meio de qualquer processo de telecomunicação eletrônica ou digital, desde que celebrado a distância.”¹³³ Ambos os conceitos nos parecem carecedores de precisão

¹³² LAWAND, Jorge José. Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 32

¹³³ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Lesão nos Contratos Eletrônicos na Sociedade da Informação – teoria e prática da juscibernética ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49-51.

pelos motivos já apontados neste estudo, sendo que o segundo conceito, aponta um novo elemento que o difere dos demais vistos até o momento, qual seja, a necessidade de celebração à distância, o qual também não concordamos. Em primeiro lugar, nos parece que deveria ser designado “entre ausentes” e não necessariamente “à distância”, pois é plenamente possível que duas pessoas estejam no mesmo local físico e firmem um contrato eletrônico; em segundo lugar, o elemento “distância” não significa que o contrato foi formado entre ausentes ou presentes, devendo ser analisado cada caso, de forma que o elemento “distância” pouco importa na conceituação do contrato eletrônico, mas sim, nas consequência quanto a emissão de propostas e aceites – momento da contratação.

Porém, mesmo o elemento “entre ausentes” caso tivesse sido empregado ao conceito apresentado, também não nos parece correto, pois na atualidade podemos afirmar que os contratos eletrônicos poderão ser formados “entre ausentes” e “entre presentes”, já que a jurisprudência tem se utilizado dos tradicionais ensinamentos doutrinários¹³⁴ de tais distinções provenientes das contratações por telefone tal como será enfrentado abaixo no ponto 4.

Maria Eugênia Finkelstein, apresenta o seguinte conceito para o contrato eletrônico “[...] é o negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade e é celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados. Ele geralmente é formado pela aceitação de uma oferta pública disponibilizada na Internet ou de uma proposta enviada a destinatário certo, via correio eletrônico, contendo, no mínimo, a descrição do bem e/ou produto ofertado, preço e condições de pagamento.”¹³⁵ Em nosso entender a proposta apresentada é insuficiente por limitar aos negócios bilaterais, bem como, por limitar às hipóteses da contratação ser realizada apenas pela oferta pública ou por correspondência

¹³⁴ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Obrigações. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunaes, 1916. NONATO, Orosimbo. Curso de Obrigações. v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1959

¹³⁵ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Direito do Comércio Eletrônico. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus – Elsevier, 2011, p. 175

eletrônica (e-mail), quando na verdade, os meios podem se inverter, já que posso ter uma oferta pública veiculada por correspondência eletrônica (*spams* e *e-mail marketing*).

Para os autores portugueses Garcia Marques e Lourenço Martins “Em sentido amplo, por ‘contrato informáticos’ podem entender-se não só os contratos sobre bens ou serviços, mas também os que sejam celebrados através de meios informáticos ou ainda os que sejam executados através de meios informáticos.”¹³⁶. O conceito aqui indicado pelos referidos magistrados portugueses acaba por incorrer em dois equívocos, o primeiro de colocar no mesmo conceito tanto aos contratos informáticos (contratos de bens ou serviços de informática) como também os contratos eletrônicos. No entanto, aponta no mesmo sentido que é defendido nesta dissertação, de que para a sua caracterização deverá ser observado o momento de formação, porém, tal como alguns dos autores acima referenciados, extrapola para a fase de execução do contrato, a qual não concordamos conforme já visto.

Também verificamos nos estudos portugueses, o conceito de Sebastião Nóbrega Pizarro, ao estabelecer que “o contrato electrónico, não é mais do que um negócio jurídico, no qual as manifestações de vontade das partes são veiculadas por meios electrónicos. É pois o meio usado pelas partes, o principal elemento distintivo destes contratos face aos restantes. Poderemos assim, defini-lo como um contrato celebrado sem a presença física das partes, no qual as respectivas declarações de vontade são expressas através de equipamentos electrónicos de tratamento e armazenagem de dados, ligados entre si.” Ao conceito aqui apresentados, fazemos as mesmas observações quanto a necessária distinção entre “presença física” e a contratação “entre ausentes” e “entre presentes”, entendendo que, em boa técnica, deveria ser substituído pelas duas últimas.

Finalmente, mas sem esgotar todos os conceitos existentes na doutrina, porém indicando os principais e mais relevantes a que tivemos acesso, passamos a pontuar dois

¹³⁶ MARQUES, Garcia. MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 402

conceitos trazidos em manuais, sendo o primeiro de Paulo Nader e o segundo de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.

Quanto ao conceito apresentado por Paulo Nader, temos que “São contratos que se realizam, necessariamente, entre pessoas ausentes. A oferta e a aceitação se fazem mediante mensagens transmitidas por aparelhos ligados à Internet.”¹³⁷ Em primeiro lugar, conforme já enfrentado, não será realizado “necessariamente” entre ausentes e, em segundo lugar, a sua formação não será sempre realizada por troca de mensagens, podendo ser diretamente por um site ou ainda por meios automatizados previamente programados conforme veremos no ponto que se segue quanto as características de tal contratação.

Já para Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, o “[...] o contrato telemático caracteriza-se quando o mecanismo da comunicação entre as partes passa a través de um sítio da Internet (site), podendo dar-se o caso de que a mensagem tenha sido elaborada diretamente no instrumento, em conformidade com instruções predispostas por seu titular.”¹³⁸, temos semelhantes equívocos já apontados, em especial quanto a exigência de que toda a comunicação seja por meio de um site, o que sabemos que não ocorre, já que existem inúmeras situações em que a contratação se dá por troca de correspondência eletrônica (e-mail), sistemas automatizados e até mesmo pelo silêncio.

Feitas as considerações acima quanto a diversos conceitos encontrados na doutrina, e especialmente considerando que se trataram de considerações críticas e mesmo sabendo que apresentar um conceito, em direito, é uma das tarefas mais árduas, entendemos ser pertinente apresentar uma proposta de conceito de contrato eletrônico, a qual temos a certeza que estará igualmente sujeita a críticas e melhorias, sendo que alguns dos termos científicos apontados na proposta abaixo, serão esclarecidos nos capítulos que se seguem.

¹³⁷ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. v 3. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 498

¹³⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. v. 4, t. I. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 464

Assim, em nosso entender, o contrato eletrônico é aquele em que, o momento de sua formação é concretizado pelo meio (= forma) eletrônico, com a manifestação de vontade tácita ou expressa pelas posições jurídicas ativa e passiva. As fases pré-contratual, de execução do contrato ou pós-contratual, poderão ser realizadas pelo meio (=forma) eletrônico ou não, sendo indiferentes para a sua caracterização. O contrato eletrônico poderá ser formado, indistintamente, entre presentes ou ausentes ou ainda pela manifestação de vontade previamente externada pelas respectivas posições jurídicas com execução automatizada e sem a direta interferência do sujeito de direito no ato de sua formação, sem que isso o descaracterize.

2.2. Características das formas de contratação.

Quanto as formas de contratação por meio eletrônico, faremos referência as três formas atualmente conhecidas e referidas pela doutrina de forma uníssona: (i) contratações interpessoais; (ii) contratações interativas; e, (iii) contratações intersistêmicas.

No entanto, antes de analisarmos tais características, cumpre-nos esclarecer que adotaremos o termo “características das formas de contratação” em oposição as propostas de alguns doutrinadores¹³⁹ em denominar de “classificação dos contratos eletrônicos”. Conforme sustentado na introdução deste estudo, seria inapropriado e de possível falha técnica, denominar de classificação as formas em que se realizam e são formalizados os contratos eletrônicos, pois, como dito, não estamos frente a uma nova classificação contratual ou uma nova categoria de contratos, mas simplesmente um novo meio de formação dos contratos já existentes, ou ainda, uma nova forma de exteriorização da vontade.

¹³⁹ O termo “classificação dos contratos eletrônicos” pode ser encontrado, entre outras obras, nas seguintes: LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Contratos Eletrônicos – validade jurídica dos contratos via Internet. São Paulo: Atlas, 2009, p. 82 e segs. SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. Contratos Eletrônicos & Validade da Assinatura Digital. Curitiba: Juruá, 2009, p. 100 e segs.

Rememorando o que foi dito acima, classificar um contrato, significa a busca de sua categoria, para posterior definição quanto ao regime jurídico que deverá incidir sobre seus efeitos nos três planos no negócio jurídico.¹⁴⁰ Superada esta questão preliminar, passemos a análise das formas de contratação eletrônica.

Conforme esolho de Manuel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi¹⁴¹, tal divisão nos respectivos meios de contratação (interpessoais, interativos e intersistêmicos) são resultantes da conjugação de tecnologias de computação e de telecomunicações, mesmo antes do advento da Internet. Porém, para efeitos deste estudo, daremos especial atenção aos contratos formados por meio eletrônico da Internet, sem deixar de referenciar cada uma destas formas de contratação.

(i) Contratações interpessoais – são essencialmente caracterizadas pela necessidade de ação humana de forma direta, envolvendo os momentos da oferta ou da proposta e o momento do aceite ou da nova proposta (contraproposta), ambas as ações demandam a ação humana e a respectiva declaração de vontade. “Em outros termos, as duas manifestações volitivas essenciais ao preenchimento dos requisitos de existência da relação jurídica ocorrem, cada uma ao seu turno, no momento em que seus autores transmitem a mensagem eletrônica.”¹⁴²

As contratações interpessoais são usualmente realizadas por troca de correspondência eletrônica (contrato “entre ausentes”), por meio de *chats* ou sistemas de mensageria instantânea (contrato “entre presentes”) e atualmente podemos também pensar nas situações

¹⁴⁰ “O agrupamento de tipos contratuais em categorias é ferramenta indispensável para a sistematização das normas jurídicas, cogentes ou dispositivas, aplicáveis aos contratos pertencentes a cada categoria [...] Por fim, muitas normas expressamente dirigidas a um contrato aplicam-se, na verdade, a uma espécie de prestação contratual, o que requer constante atenção do intérprete para as potencialidades expansivas de normas aparentemente ligadas ao regime de um único tipo contratual.” MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Classificação dos Contratos*. Coord. PEREIRA Jr., Antonio Jorge. JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin e Centro de Extensão Universitária, 2006, p. 22

¹⁴¹ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, V. 36, São Paulo: RT, Out/2000, p. 105 e seguintes

¹⁴² SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.*, p. 105 e seguintes

envolvendo redes sociais e micro blogs (v.g. Twitter) que dependendo da forma com que é utilizado poderá ser configurada como contrato “entre presentes” ou “entre ausentes”.

Por qualquer dos meios acima indicados e outros que possam vir a surgir e que resultem na sua essência do elemento interpessoal, é possível afirmar que este meio eletrônico pode ser utilizado nas quatro fases do processo obrigacional (pré-contratual, formação do contrato, execução do contrato e pós-contratual).

Como forma de referenciarmos a casuística¹⁴³ quanto a contratação eletrônica interpessoal nas fases pré-contratual e da formação do contrato, destacamos o julgamento no Tribunal de Justiça de São Paulo no recurso de Apelação sob nº 966.200-0/7 da 35ª Câmara de Direito Privado, onde foi debatida a viabilidade do cumprimento de todos os requisitos legais para o desenvolvimento válido de uma ação renovatória em locação não residencial, uma vez que o aditamento ao contrato original, o qual garantiria o prazo mínimo exigido pela Lei nº 8.245 de 1991 para a ação renovatória, foi firmado por meio de troca de correspondência eletrônica (e-mail).

Ao enfrentar a questão o Tribunal de Justiça de São Paulo acabou por confirmar a validade e possibilidade da formação do contrato de locação não residencial mesmo que firmado por meio eletrônico e independente da utilização de certificado digital, ou seja, sem a sua posterior materialização pela impressão e assinatura física do documento. Do aresto destacamos o seguinte trecho:

A segunda questão diz com a forma de sacramentação do Aditamento - por via eletrônica -, por isso não contendo as assinaturas dos contratantes. [...]

Assim, interpretando-se o artigo supra referido, podemos dizer que os acordos comerciais, realizados pelo uso do correio eletrônico (e-mail) nada mais são senão contratos por correspondência, tendo como única diferença o fato de não utilizarem o papel para transmissão de seus registros, mas sim um meio eletrônico.

¹⁴³ Os Acórdãos aqui referidos constam do anexo do presente estudo.

Em sentido semelhantes, temos o julgamento da Apelação 7.156.911-6 da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que confirmou a contratação e respectiva emissão do aceite da proposta original, por trocas de correspondências eletrônicas (e-mails) que foram juntados aos autos de processo.

No caso em análise a apelante sustentava que não houve confirmação da contratação de um treinamento (cursos livres) para seus filhos, mas mero preenchimento de uma ficha cadastral sem a intenção de contratação. No entanto, da análise das circunstâncias negociais do caso concreto que foram confirmadas pelas troca de correspondências eletrônicas entre as partes envolvidas, foi confirmada a verdadeira intenção em contratar o treinamento, devendo a contratante arcar com os custos envolvidos. Interessante observar que, em ambos os casos, não identificamos qualquer debate quanto a exigência de utilização do certificação digital conforme previsão da Media Provisória 2.200-2, tendo ocorrido a confirmação das tratativas eletrônicas pela simples troca de correspondência eletrônica entre a oferta e o aceite. Vejamos o seguinte trecho do segundo aresto referido:

No caso, os documentos juntados com a contestação pela ré demonstram de forma indiscutível a aceitação do contrato. O e-mail de fls. 63, com informações completas das autoras (CNPJ, ramo de atividade, telefone, endereço, CEP, etc.) não deixa dúvidas de que houve o preenchimento dos campos da "ficha de inscrição" (fls. 60), sendo evidente ao homem médio que ao fornecer tais dados estaria expressando sua vontade de contratar o serviço. A informação dos números de RG dos filhos da autora, por meio do e-mail de fls. 67, enviado em 14.02.2006, por sua vez, também não deixa dúvida da intenção firme de contratar, pois essa informação foi requerida no e-mail que confirmou a inscrição, o qual trazia o seguinte aviso: 'obrigatório o envio do nº do RG de cada participante antecipadamente para embarque no ônibus' (fls. 64).

Destacamos ainda mais uma situação enfrentada por nosso tribunais pelo Recurso de Apelação nº 903.935-0/4 da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em processo movido em face de TELESP – Telecomunicações São Paulo e Emergia Brasil, as quais negavam a contratação do fornecimento de produtos pela Apelante, argumentou a recorrida (TELESP) que não chegou a assinar nenhum contrato, sendo que as trocas de e-mails entre as partes representava mera fase das tratativas sem vínculo negocial ou obrigacional.

Do aresto restou claro e comprovado que houve a confirmação da contratação do fornecimento de produtos, e que por uma questão óbvia, já que estamos frente a uma contrato eletrônico, não há o que se falar em documento físico assinado, resultando na validade do contrato formado pela troca de correspondência eletrônica. Assim constou do julgado:

Tem-se por formado o contrato a partir da aceitação por parte do destinatário da proposta, uma vez representar ela a convergência de vontades imprescindível à consumação de um negócio jurídico (princípio do consensualismo). Se a proposta é feita entre presentes, o vínculo contratual surge no exato momento em que é emitida a aceitação com seu imediato conhecimento pelo seu destinatário. Já se a proposta é feita entre ausentes reputa-se formado o contrato quando o aceitante emite a respectiva aceitação ao proponente, independentemente da ciência deste (art. 1086, CC/16 e 434 CC/02 - teoria da agnição na modalidade expedição). Os contratos eletrônicos, formados através da Internet, reputam-se celebrados entre ausentes, uma vez que inexistente qualquer contato pessoal entre as partes.

[...]

O compulsar do conjunto probatório demonstra terem as apeladas anuído à proposta feita pela apelante, reputando-se formado o negócio apontado na inicial. Conforme e-mail enviado em 27 de Agosto de 2001, a apelada Emergia passou à apelante os dados necessários à aquisição dos bens objeto do contrato, o que comprova, de forma cabal, ter aceito os termos da proposta recebida (fls. 22).

[...]

Não se imagina que a apelada Emergia elaborou "minuta de contrato" sem antes anuir aos termos da proposta feita pela apelante. Por certo, o instrumento de fls. 54/63 caracteriza contrato perfeito, acabado e plenamente válido. Dele só não consta a assinatura das partes porque, como alegou a apelante (fls. 373), a sua transmissão deu-se através de meio eletrônico que, por evidente, inviabiliza a aposição de assinatura ou visto.

Apontamos ainda para concluir as questões envolvendo a contratação interpessoal e a efetividade de tal forma de contrato eletrônico, o julgamento da Apelação nº 7.339.928-1 da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴⁴, em ação monitória movida pela transportadora Pacar Transportes em face de AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas.

No caso em análise, a AMBEV se recusava em pagar pelos serviços prestados e que foram contratados e confirmados por troca de correspondência eletrônica (e-mail) entre as partes envolvidas. Igualmente não identificamos neste julgamento qualquer referência a utilização de certificado digital nas correspondências eletrônicas que serviram de fundamento do pedido principal da ação monitória, apenas uma menção à Medida Provisória 2.200-2 como lei de regência para a validade dos documentos eletrônicos, porém sem comprovação da utilização do certificado digital.

A "causa petendi" remota do pedido inicial repousa no contrato entabulado entre as partes por meio eletrônico "e-mail". E os documentos anexados a inicial demonstram efetivamente a celebração do ajuste e os valores devidos pela r. apelada (em especial, fls. 24, 26 e 28). O contrato feito por meio eletrônico é absolutamente válido, mesmo porque sua feitura não proibida em lei.

¹⁴⁴ Quanto a predominante referência a dissídios jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo, tal fato se deve volume de feitos que tramitam neste Tribunal envolvendo a matéria sob análise, em relação aos demais Tribunais. Ademais, a maior parte dos dissídios encontrados em outros Tribunais acabaram por repetir o que tem sido decidido no Tribunal de Justiça de São Paulo, de forma que optamos pela referência às fontes primárias de tais decisões.

"Mutatis mutandis" o código civil autoriza o contrato por telegrama (art. 222) e também por meio de comunicação semelhante (art. 428, inc. I do mesmo codex).

Assim, irrelevantes para o exame do caso, o exame da validade ou não dos conhecimentos de transporte anexados ao processo: em primeiro lugar porque não está neles a causa de pedir remota.

Em segundo lugar, porque a recorrida nunca negou a troca de e-mails. E num deles ressalva "estar de acordo com a documentação apresentada" para as estadias chamando-as de procedentes (fls. 24).

Em terceiro lugar, a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, assegura presunção de veracidade a qualquer "documento eletrônico" com assinatura digital.

[...]

Não se discute que o contrato eletrônico não comporta ação de execução, mas aqui se trata de ação monitoria com pelo menos indícios de prova escrita.

O direito não é uma ciência estática deve sim acompanhar "pari passu" os intermináveis progressos globais e de sofisticada tecnologia.

Assim, não resta a menor dúvida de que o contrato por via eletrônica é mais um passo dessa modernidade que tem de ser aceita pelos mais velhos e sempre aplaudida pelos mais jovens.

Destarte e tendo em vista o princípio da boa fé subjetiva dos contratos, consagrado no art. 113 do Código Civil e bem assim da boa fé objetiva insculpida no art. 422 do mesmo "codex".

E como "pacta sunt servanda" DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO para ao decreto de procedência do pedido inicial.

Portanto, resta caracterizado que nas contratações interpessoais não há o que se questionar quanto a validade jurídica dos respectivos contratos eletrônicos formalizados entre as posições jurídicas ativa e passiva.

São manifestações de vontade inequívocas e capazes de resultar na formação de contratos que podem dar ensejo a distribuição de uma ação monitória como meio de buscar a tutela jurisdicional para o efetivo cumprimento e adimplemento da obrigação pactuada.

Entendemos que o caso mais relevante dentre os acima destacados, foi justamente a confirmação da contratação expressa por meio eletrônico como meio hábil a instrumentalizar a ação renovatória de locação não residencial, uma vez que o aditivo contratual formalizado eletronicamente pela troca de e-mails foi considerado como suficiente e eficaz para a demonstração da contratação havida entre as partes, com o consequente cumprimento de todos os requisitos legais exigidos para a ação renovatória.

A relevância a tal caso, ganha maior destaque se considerarmos que a Lei 8.245/1991 pelo seu artigo 51, incisos I e II, exige, como requisito para o direito de renovação, a existência de contrato escrito e com vigência ininterrupta de 05 (cinco) anos. Porém, a própria lei é omissa quanto a necessidade de ser realizado pelo meio físico e devidamente assinado, incluindo em seus requisitos, apenas, o meio escrito.

Em nosso entender, tal decisão é extremamente importante para o desenvolvimento e maior disseminação ao meio de contratação eletrônico, já que o Tribunal tem reconhecido a sua validade e respectiva necessidade de acompanhar as novas tecnologias.

Desta forma, entendemos que as contratações interpessoais são plenamente válidas e eficazes com o seu reconhecimento judicial e independente de qualquer legislação específica para tanto, já que o atual ordenamento jurídico é suficiente para superar os três planos do negócio jurídico.

(ii) Contratações interativas – podemos caracterizar tal modalidade de negócio jurídico como aquele em que a sua formação ocorre com a interação de um agente (sujeito de direito) e um site (sistema de computador), normalmente caracterizando uma loja virtual de determinado estabelecimento de uma sociedade empresária. Há a interação, ou melhor, a interatividade entre a pessoa natural (agindo em nome próprio ou representando uma pessoa jurídica) e um site de comércio eletrônico.

Tal modalidade de contratação, normalmente ocorrerá em relações empresariais, cíveis ou de consumo, sendo esta segunda modalidade a mais comum.

A contratação interativa ocorrer por exemplo quando um consumidor acessa uma loja virtual (site de comércio eletrônico) para a aquisição de determinado bem móvel, v.g. um móvel para decorar a sua residência. Ao consumidor é facultado escolher pela marca, modelo, cor, dimensão, design, preços e formas de pagamento. Uma vez feita a opção do produto, preço, forma de pagamento, condições e prazo de entrega, o consumidor simplesmente adere as condições de contratação pré-definidas com uma confirmação do pedido, normalmente por um “clique no mouse”¹⁴⁵ do consumidor¹⁴⁶. “O sistema aplicativo em questão funciona como uma espécie de vitrine e de loja ou estabelecimento virtual. Peculiariza-se por estar previamente programado para exibir produtos, serviços, informações ou outros itens oferecidos comercialmente aos interessados que o venham acessar.”¹⁴⁷

Pelas suas características, independente de se tratarem de uma relação empresarial, cível ou de consumo, podemos considerar que as contratações interativas partem de uma

¹⁴⁵ “Na esfera da contratação no ambiente do comércio eletrônico os negócios jurídicos por clique são amplamente utilizados e são conhecidos no direito comparado como *click-through agreements*. São assim designados, haja vista seus termos serem aceitos através da confirmação digital na tela do monitor do computador, no mais das vezes utilizando o *mouse*. Em muitos casos o operador do *web site* oferece as mercadorias ou serviços para venda, e o consumidor adquire completando e transmitindo uma ordem de compra disposta na tela do computador. A partir do momento em que se configura a aceitação, o contrato considera-se formado.” LAWAND, Jorge José. Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos. 2003. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 103

“Dentro desta categoria encontram-se os *wrap agréments*. Não se trata de uma categoria especial nem de uma tipicidade nova ou de modo diferente de celebrar um contrato, mas sim de um costume negocial. [...] Na contratação realizada pela Internet não existe um invólucro real, mas sim uma ‘embalagem virtual’, ou a utilização da prática de efetuar um clique sobre uma área que diz ‘aceito’, ou ainda, se aceita quando se ‘baixa’ ou se ‘carrega’ um produto ou uma forma similar, o que implica em aderir às condições gerais. [...] Em nossa opinião, é válida a celebração do contrato por adesão às condições gerais de contratação, obtida esta, ou por uma adesão expressa ou tácita, ou ainda por atos meramente lícitos ou por comportamentos declaratórios ou não declaratórios. As cláusulas referidas podem ser controladas judicialmente no que toca à sua inclusão e ao seu conteúdo.” LORENZETTI, Ricardo Luiz. Trad. Fabiano Menke. Comércio Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 331-335

¹⁴⁶ Ainda quanto a contratação por um “clique no mouse” fazemos referência à monografia de Emir Iscandor Amad, Contratos de Software “Shrinkwrap Licenses” e “Clickwrap Licenses”, apresentada como requisito para aprovação na especialização em Direito dos Contratos junto ao Centro de Extensão Universitária – CEU, e posterior publicada: AMAD, Emir Iscandor. 2002. Rio de Janeiro: Renovar, p. 104 e segs.

¹⁴⁷ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.*, p. 105 e seguintes

oferta pública, da qual o interlocutor irá aderir (contrato por adesão) as condições pré-estabelecidas, podendo apenas optar por contratar ou não.

Igualmente entendemos que não há motivos relevantes para se questionar quanto a validade de tal forma de contratação, pois semelhante relação já existia antes do meio eletrônico (Internet), como por exemplo na adesão por meio telefônico a um plano de saúde, a um cartão de crédito ou ainda, a contratação de fornecimento de produtos de reposição do estoque de insumo de uma empresa (v.g. papel para uma gráfica). Nestas situações, deverá ser aplicado o microssistema dos contratos por adesão, seja pela sistemática do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo, ou pela aplicação dos artigos 423 e 424 do Código Civil.¹⁴⁸

Com a caracterização de típico contrato por adesão e consequente interpretação em desfavor do ofertante, a contratação interativa resulta em uma maior incidência da teoria de responsabilidade civil pelo risco da atividade, porém, sem afastar a validade quanto aos termos do que foi contratado. Muito pelo contrário, há o reconhecimento da validade da contratação e, na hipótese de mora ou inadimplemento, deverá ser aplicada a teoria do risco da atividade, com o consequente dever indenizatório da obrigação inadimplida.

Nesse sentido foi a decisão da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo no Recurso de Apelação com Revisão sob nº 1.221.137- 0/1, em que decidiu pela responsabilidade do “Mercado Livre.com” em função da falta de entrega de um produto adquirido por meio de seus anúncios. Embora o Mercado Livre.com tenha sustentado que age

¹⁴⁸ Quanto ao microssistema do contrato por adesão, entendemos que cada um dos códigos – Código Civil e Código de Defesa do Consumidor – deverá ser aplicado isoladamente à respectiva relação jurídica, seja ela cível ou empresarial (apenas Código Civil), seja ela de consumo (apenas o Código de Defesa do Consumidor). Porém, destacamos a posição, da qual não concordamos, dos professores Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe em artigo intitulado de Contrato de Adesão no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, publicado no livro *Contribuição ao Estudo do Novo Direito Civil*, organizado por Frederico A. Paschoal e José Fernando Simão, Campinas: Millennium, 2003, p. 57-75, no qual os renomados professores sustentam que o contrato por adesão é um microssistema próprio e deve ser interpretado pela conjugação do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor independente da natureza da relação obrigacional (empresarial, cível ou de consumo), já que o Código Civil teria tratado do contrato por adesão em apenas dois

como simples forma de “classificados” ou “balcão de anúncios” o Tribunal reconheceu que a principal atividade desempenhada pelo referido site é justamente a de intermediação de negócios, auferindo lucro e como tal está sujeita a responsabilidade civil objetiva, seja com fundamento no Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil. Do aresto destacamos o seguinte trecho que consideramos relevante:

Não importa o fato de ter o réu orientado o consumidor a respeito da melhor forma de adquirir o produto, certo é que o desenvolvimento da sua atividade criou o risco de prejudicar terceiro. Portanto, ainda que se aceite a posição da ré de mera intermediária, é imperioso reconhecer que a sua atividade criou ambiente e condições ao dano sofrido pela autora, aproximando o vendedor desonesto do consumidor. Não fosse a atividade da ré a autora não teria estabelecido relações com o vendedor do bem. O risco é da ré porque ela teria proveito desse negócio.

[...]

O réu não pode, portanto, após incentivar o consumidor, negar-se a ressarcir o lesado. Tal conduta ofende a boa-fé e representa um agir contra os atos próprios (*venire contra factum proprium*).

Semelhante decisão foi proferida pela 30ª Câmara de Direito Privado no Recurso de Apelação sob nº 9181693-80.2008.8.26.0000, decorrente de uma ação proposta por um usuário de site de compras de bens móveis, que ao adquirir uma máquina fotográfica, realizou o pagamento regularmente, porém o sistema da loja virtual não registrou o pagamento com a consequente falta de entrega do produto adquirido. O Tribunal reconheceu a relação contratual estabelecida entre as partes por meio de um contrato eletrônico na modalidade interativa para, em ato contínuo, caracterizar a mora¹⁴⁹ do fornecedor decorrente de culpa

artigos, ao passo que o Código de Defesa do Consumidor seria mais completo e detalhista quanto a esta modalidade de contratação.

¹⁴⁹ “Como se vê, a unanimidade dos escritores distingue a mora do inadimplemento absoluto, apontando como característica da primeira a possibilidade de ser ainda cumprida a obrigação; e, do segundo, a impossibilidade em que fica o devedor de executá-la.

exclusiva em função da falha sistêmica e consequente dever indenizatório. Destacamos o seguinte ponto do Acórdão referenciado:

O simples fato de a requerida não encontrar em seu sistema de dados o pedido efetuado pela autora não a exime do cumprimento do contrato que, consoante farta documentação acostada com a inicial, foi devidamente celebrado. Ora, se o sistema de compras eletrônicas da empresa não registrou o pedido da autora, a culpa pelo inadimplemento só pode ser imputada à ré, quem tem a responsabilidade pela adequada manutenção dos registros.

Nesse contexto, impossível atribuir o inadimplemento da obrigação descrita na inicial a outro fato que não à negligência da ré. Ademais, ainda que assim não fosse, a responsabilidade da empresa requerida pelo não cumprimento da obrigação é objetiva, nos termos da legislação consumerista em vigor.

Apontamos ainda o caso decidido pelo mesmo tribunal, onde houve uma contratação eletrônica interativa de um mútuo bancário, e o cliente da instituição financeira, acreditando na ausência de validade do contrato eletrônico, optou por agir com desrespeito aos comando da boa-fé subjetiva e objetiva, além dos demais princípios contratuais protegidos pela necessária conjugação dos artigos 113, 187, 421, 422 e parágrafo único do 2.035, todos do Código Civil, tendo negado qualquer contratação do referido mútuo bancário.

Da análise das circunstâncias fáticas, restou comprovado que houve o crédito na conta corrente do cliente quanto a importância objeto do contrato de mútuo, de forma que o cliente não poderia se eximir de pagar pelo valor do mútuo, porém, como a própria instituição financeira omitiu a apresentação do contrato com as condições pactuadas, bem como, não conseguiu comprovar os termos e condições do contrato, deverá receber o valor mutuado com a incidência da taxa de juros média cobrada pelas instituições financeiras e divulgada pela

Acompanhando a doutrina dominante, nós entendemos que o critério para a distinção reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, mas nessa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao devedor e sim, ao credor: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente.” ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 41

pelo Banco Central. Vejamos o que constou do Acórdão da 19ª Câmara de Direito Privado no Recurso de Apelação n.º 9098531- 56.2009.8.26.0000:

O pedido inicial foi julgado improcedente e o recurso comporta provimento, em parte.

É que, ao contrário do que consta da r. sentença, há nos autos prova cabal do fato constitutivo do direito invocado pela instituição financeira nesta ação de cobrança de débito resultante do inadimplemento de contrato eletrônico de mútuo, pois o extrato de fls. 34 é cristalino ao demonstrar o efetivo crédito do valor mutuado na conta corrente do réu, não fosse bastante a circunstância de que não nega o correntista o fato de que o numerário em cotejo lhe foi efetivamente disponibilizado, limitando-se a argumentar, de modo inconvincente, que o lançamento a crédito em cotejo resultou de ato unilateral da casa bancária.

Logo, incontroverso nos autos que o réu recebeu os valores aqui cobrados pela instituição financeira (fls. 34), indisputável a obrigação do mutuário em satisfazer a obrigação contraída.

Todavia, no que tange aos encargos aplicados ao valor efetivamente disponibilizado ao devedor em conta corrente (fls. 34), à falta de prova de sua expressa e clara pactuação [imprestáveis para tanto a proposta de abertura de conta corrente e de suas condições gerais], que se viabilizaria com a exibição nestes autos de cópia do contrato eletrônico de mútuo celebrado pelas partes, mesmo porque não se presta a alegação de que o ajuste foi formalizado em equipamento de autoatendimento a tornar prescindível a exibição de instrumento em que materializada a pactuação, exigíveis serão apenas os encargos legais.

Destarte, os juros remuneratórios deverão ser computados à taxa média de mercado aplicável às operações da espécie, divulgada pelo Banco Central do Brasil, ressalvada a possibilidade de emprego da taxa efetivamente praticada pela instituição financeira, caso seja mais favorável ao devedor.

Assim, embora não se negue a validade dos contratos eletrônicos interativos, por se tratarem de modalidade de contratação por adesão, há a necessidade de uma maior cautela quanto a comprovação das condições estabelecidas e pactuadas entre as partes, bem como,

uma interpretação sob a ótica da teoria do risco, a qual pesará em desfavor ao ofertante dos bens ou serviços.¹⁵⁰ Resta igualmente caracterizada a plena validade das contratações interativas que forma firmadas, sem a necessidade direta de um ordenamento específico.

(iii) Contratações intersistêmicas – tal forma de contratação ocorre nas hipóteses em que são realizadas operações de compra e venda, por exemplo, de forma automatizada entre um distribuidor e o produtor. Ou seja, são hipóteses em que houve uma prévia programação pelos representantes legais de cada uma das sociedades empresárias, no sentido de que ao realizar a venda de um produto para o consumidor, o sistema irá automaticamente realizar a baixa de tal produto no estoque e, havendo necessidade, emitirá uma ordem automática de compra junta ao produtor para a reposição dos níveis do estoque.

Nesta modalidade de contratação eletrônica destaca-se a utilização do Electronic Data Interchange (EDI), que permite o diálogo eletrônico entre sistemas aplicativos distintos, mediante a utilização de ‘padrões de documentos’, ou ‘padrões de EDI’. Trata-se de programas específicos que transformam documentos convencionais (pedido de cotação, tabelas de preços, ordens de fornecimento, faturas, ordens de pagamento, de transporte e outros) em formatos possíveis de serem compreendidos pelos diversos programas de computação utilizados. Esses padrões são objeto de definição conjunta por entidades privadas, governamentais e não governamentais, em nível internacional, de modo a viabilizar a utilização do EDI também em operações comerciais e financeiras internacionais.¹⁵¹

Podemos dizer que este meio de contratação pode não ser puramente eletrônico – contrato complexo – pois, em alguns casos pode ter ocorrido uma prévia contratação de tal

¹⁵⁰ “- a distribuição dos riscos. A contratação entre ausente se caracteriza pelo tempo relevante entre a oferta e a aceitação no que toca à possibilidade de ocorrência de riscos que deverão ser distribuídos. Esses riscos são os seguintes: a morte, a incapacidade ou a falência do ofertante ou do aceitante e a retratação. Em virtude disso, existe um problema de atribuição de riscos que as partes poderão resolver mediante contrato, e o legislador também o enfrentará podendo solucioná-lo de diversas maneiras, ainda que diante da mesma hipótese fática.” LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Op. cit.*, p. 316

fornecimento de bens entre o produtor e o distribuidor, sendo que este primeiro contrato tenha sido formalizado pelo meio tradicional (meio físico), sendo que os contratos derivados de compras e vendas sucessivas realizadas de forma intersistêmica são puramente eletrônicos. Nesta hipótese, entendemos que houve uma contratação híbrida, pois o contrato base foi tradicional e os contratos derivados são eletrônicos.¹⁵²

Porém, o mesmo contrato base pode ter sido realizado de forma eletronicamente (interpessoal ou interativa), bem como os contratos de compra e venda derivados. Nesta hipóteses, estaremos frente a uma contratação eletrônica intersistêmica pura.

A maior parte da doutrina associada esta modalidade de contratação às relações puramente empresariais, normalmente envolvendo um produtor e um distribuidor ou uma rede de distribuição.¹⁵³

Porém, é possível identificarmos esta mesma modalidade contratual na relação entre o distribuidor e o consumidor, tal como se dá em alguns países com um maior desenvolvimento tecnológico em que a simples utilização de um produtor de uma geladeira doméstica, irá gerar automaticamente uma ordem de compra junto a rede de supermercados mais próxima para a reposição deste produto.¹⁵⁴ Trata-se de uma realidade ainda distante da maioria dos

¹⁵¹ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.*, p. 105 e seguintes

¹⁵² Em nosso entender, podemos dizer que é uma característica híbrida, por se tratar de uma operação bifásica, sendo a primeira tradicional e a segunda eletrônica. Desta forma discordamos parcialmente da posição de SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. *Op. cit.* que à p. 104 sustenta que não se trataria de um contrato eletrônico *stricto sensu*. Vejamos: “[...] as vontades das partes não são necessariamente manifestadas por meio da utilização de computadores conectados à Internet; Não se tratam de contratos eletrônicos *stricto sensu*.”

Destacamos ainda a posição de Ricardo L. Lorenzetti que “O EDI é estruturado sobre um formato padronizado, para facilitar a conexão entre os computadores; projetado exclusivamente para ser compreendido por computadores, [...]. O conteúdo dos dados que integra as mensagens é processado a partir de outras aplicações integradas ao sistema, e nesta base o programa toma as devidas decisões. [...] O regime jurídico, conforme a experiência europeia, consiste em dois contratos. Um vinculado ao intercâmbio de dados e o outro à operação comercial, o que gera um problema de relações recíprocas entre os contratantes; já se qualificou como um contrato complexo. Por outro lado, nos Estados Unidos, é considerado como uma operação única.” LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Op. cit.*, p. 297-299

¹⁵³ Nesse sentido: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.* SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. *Op. cit.* LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Op. cit.* LAWAND, Jorge José. *Op. cit.* LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Op. cit.*

¹⁵⁴ Disponível em: <http://group.electrolux.com/en/linux-community-touched-by-the-touchscreen-on-electrolux-fridge-8873/> Acessado em 30/07/2012.

consumidores, porém, conforme alertado na introdução deste estudo, considerando a velocidade da evolução dos nossos tempos, é possível imaginar que esta realidade estará presente em inúmeros lares em um curto espaço de tempo.

Quanto a esta característica de contratação Sheila do Rocio Cercal Santos Leal, defende que a teoria geral dos contratos tradicional “não dá conta de solucionar completamente esse tipo de contratação, pois pode ocorrer de os sujeitos ignorarem por completo a conclusão dos contratos que é feita pelas máquinas e, assim, é de se indagar em que momento se consideraria externada a vontade humana psicológica, elemento essencial à formação do negócio jurídico.”¹⁵⁵

Não concordamos com este posicionamento acima transcrito, por entender que a contemporânea teoria geral dos contratos é capaz sim de solucionar tais questões.

A posição acima sustentada parte da aplicação isolada da teoria subjetiva da vontade, desprezando a existência da teoria objetiva da declaração, resultante de um longo entrave doutrinário entre Savigny e Jhering.

Para a teoria subjetiva, havendo divergência entre a vontade psicológica e a declaração exteriorizada, deverá prevalecer a primeira. Já para a teoria objetiva, deve ser aplicado o inverso. Conforme nos ensina Francisco Amaral¹⁵⁶, ambas as teorias não devem ser aceitas se levadas a extremos, principalmente com o atual Código Civil e seus princípios norteadores da eticidade, operabilidade e socialidade.

Da evolução das teorias subjetiva e objetiva, surgiram as teorias da responsabilidade e a teoria da confiança. Para a teoria da responsabilidade, haverá a prevalência da vontade à declaração, porém o seu declarante deverá responder por perdas e danos eventualmente gerados em função do equívoco cometido. Já a teoria da confiança, tem maior proximidade com a objetiva (declaração), uma vez que terá prevalência a declaração em relação a vontade,

¹⁵⁵ *Op. cit.* p. 84-85

quanto tal declaração gerar uma justa expectativa no seu destinatário. A teoria da confiança tem uma íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva insculpido no artigo 422 do Código Civil.

Já o artigo 112 do Código Civil, aponta para a regra da teoria da responsabilidade, ao determinar que havendo divergência entre vontade e declaração, deverá prevalecer a intenção. No entanto, acompanhamos integralmente a posição de Francisco Amaral ao sustentar que trata-se de uma falsa impressão. “Creio, porém, ser mais acertado dizer que o sistema do Código Civil de 2002, tomando como ponto de partida a declaração da vontade (na qual a intenção se consubstancia) e como critério de interpretação a boa-fé e os usos do lugar (art. 113), optou pela concepção objetiva e, consequentemente, pela teoria da declaração.”¹⁵⁷

Igualmente defendendo a teoria da declaração é o escólio de Karl Larenz, o qual sustenta a necessidade de proteção à justa expectativa social decorrente de uma declaração externada.

En este contexto aparece la doble función de la declaración de voluntad. De una parte es, como acto determinante, un medio de autodeterminación, una realización de la voluntad del declarante dirigida a producir un efecto jurídico. Pero al propio tiempo es, como manifestación destinada a ser conocida por otros, un acto de comunicación social, interpersonal. Como tal, guarda asimismo relación con aquel a quien se dirige. El destinatario, por lo regular, se atiene al contenido de la declaración tal como lo ha entendido, y, tal vez, también como se vio precisado a entenderlo.¹⁵⁸

Assim, pela aplicação sistêmica do Código Civil, em especial pela conjugação dos artigos 112, 113, 187, 421 e 422, todos do Código Civil, resta claro que deverá se adotada a

¹⁵⁶ Direito Civil – introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394

¹⁵⁷ AMARAL, Francisco. *Op. cit.* p. 395

¹⁵⁸ LARENZ, Karl. Trad. Miguel Izquierdo Y Macías-Picavea. Derecho Civil – parte general. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas 1978. p. 451

teoria da declaração quando esta venha gerar uma justa expectativa na outra posição jurídica do contrato conforme ditames da boa-fé objetiva.¹⁵⁹

Em semelhante sentido, e aplicando a justa expectativa gerada pela conduta social e reiterada das partes de um determinado negócio jurídico, foi a decisão pioneira e proferida ainda na vigência do Código Civil de 1916, do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no conhecido “caso dos tomates” publicado na Revista de Jurisprudência do TJRS nº 154 – out/1992, p. 378-385, e que já foi objeto de referência deste estudo na nota de rodapé 42 *supra*.

Portanto, no que se refere a validade de tal meio de contratação e a respectiva formação do contrato, discordamos de respeitáveis posicionais em sentido contrário, para entender que a teoria geral dos contratos é suficiente para solucionar eventuais dúvidas ou questionamentos quanto a existência, validade e eficácia dos contratos eletrônicos intersistêmicos.

Para concluir este ponto, e destacando que o maior volume de contratos intersistêmicos ainda são os chamados contratos empresariais e de lucro, rememoramos a frase precisa de Antonio Junqueira de Azevedo: “Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial; [...]. Uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode – ou até mesmo deve – ser expulsa do mercado, ao contrário da pessoa humana que merece proteção, por não ser ‘descartável’. [...] A nova dicotomia, própria do século XXI, procura conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana. Os três níveis do contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados.”¹⁶⁰

¹⁵⁹ Neste mesmo sentido é a posição de Renan Lotufo, conforme destacado na nota de rodapé nº 79 acima.

¹⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185-186

2.3. Formação do contrato eletrônico e sua prova

Quanto a formação, é comum observar a insegurança daqueles que pretendem realizar operações comerciais e econômicas com tal modalidade contratual, pois sempre resta a dúvida quanto a prova da efetiva vinculação obrigacional. Em última análise, diz-se que restam dúvidas quanto a validade do contrato formado pelo meio eletrônico.

Frente a tais dúvidas, nos questionamos com razoável frequência: qual é a diferença de um contrato de compra e venda que sempre foi reconhecido por ser plenamente válido na sua forma verbal e um contrato firmado por meio eletrônico? Em nosso entender, nenhuma diferença quanto a sua validade. Já quanto a sua prova, os contratos eletrônicos são ainda mais eficazes do que o simples contrato verbal, já que as transações eletrônicas, invariavelmente deixam “rastros”, indícios e provas documentais efetivas.

Mas, para validarmos tal afirmação, é oportuno analisar se o sistema jurídico tal como é conhecido, é capaz de nos apresentar respostas positivas ou negativas, devendo partir de uma análise quanto a forma dos negócios jurídicos, a qual, na expressão de Antonio Junqueira de Azevedo¹⁶¹ e Orlando Gomes¹⁶², encontra respaldo no plano da validade do negócio jurídico.

Vale aqui observar que, tal como destacado no ponto 1.3 acima ao tratarmos dos “b) os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada”, apontamos que, igualmente com fundamento em Antonio Junqueira de Azevedo, eventualmente o negócio diretamente visado, possa ser existente, válido e eficaz em relação as partes contratantes, porém, demandarão de forma especial para ter validade e eficácia em relação a terceiros (v.g. contrato de

¹⁶¹ “Não há negócio sem forma. Que haja negócios com forma prescrita em lei e negócios com forma livre, é questão que diz respeito ao plano da validade; aqui, porém, no plano da existência, importa é não fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, inexistiriam (plano da existência).” *Op. cit.* p. 126

¹⁶² “A validade do negócio jurídico não depende de forma especial, senão quanto a lei, expressamente, a exigir. Em princípio, pois, a forma é livre.” GOMES, Orlando. Atualização de BRITO, Edvaldo. BRITO, Reginalda Paranhos de. Introdução ao Direito Civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 343

transferência de tecnologia de um software). Assim, podemos igualmente afirmar que a forma do negócio jurídico poderá, também, fazer referencia ao plano da eficácia do negócio jurídico além do próprio plano da validade.

O nosso sistema de formação dos negócios jurídicos previsto no artigo 107 do Código Civil, à exemplo do que é verificado em diversos outros ordenamento jurídicos, adotou como regra geral, a forma livre de contratação “valendo como regra geral o princípio da liberdade declarativa, também chamado de consensualismo[...]”¹⁶³, cabendo à lei, nos casos que expressamente determinar, fixar uma forma específica, tal como se dá nos contratos de bens imóveis com valor superior a trinta salários mínimos (art. 108, CC), ou ainda, quando as partes de um determinado contrato, atuando nos termos e limites da autonomia privada, elegerem a necessidade de escritura pública para a validade dos negócios (art. 109, CC).

Mas antes de analisar as questões envolvendo a forma livre de contratação, entendemos ser pertinente superarmos o debate doutrinário quanto a função exercida pela forma dos negócios jurídicos, ou seja, se a forma será *ad probationem* ou se será *ad substantiam*, para na sequencia tecermos comentários quanto a forma livre de contratação e durante o desenvolvimento do presente capítulo, enfrentarmos as questões quanto as fases de formação do negócio jurídico.

Embora parte da doutrina¹⁶⁴ entenda ser despicienda tal distinção, uma vez que a forma adotada é a forma livre, acompanhamos a corrente de que o debate é necessário por trazer consequência práticas. Não só por estarmos desenvolvendo uma análise quanto ao plano da validade do negócio jurídico, os aspectos práticos ganham grande relevo e

¹⁶³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico. Coimbra: Almedina, 2003, p. 141

¹⁶⁴ *et. al.* GOMES, Orlando. *Op. cit.* “Outros eliminaram acertadamente a distinção sob o fundamento de que a forma é livre ou vinculada.” p. 344

importância devendo ser realizada a necessária análise quanto as formas *ad probationem* e *ad substantiam*.¹⁶⁵

Esclarecemos ainda, que não será objeto de análise a questão quanto a verdade formal e a verdade substancial, as quais pertencem a forma *ad probationem*, nem tão pouco as diversas teorias filosóficas sobre a verdade, tal como a teoria da comunicação e linguística de Habermas¹⁶⁶ de que a verdade não se descobre, mas se constrói pela argumentação, ou ainda, pela aplicação da Teoria dos Jogos em função da interferência dos elementos “poder”, “tempo”, “necessidade”, “interesses” etc. conforme nos lembra Márcio Pugliesi em seu livro Teoria do Direito¹⁶⁷.

Delimitada a questão que será objeto de estudo conforme as premissas assim, passamos a enfrentar a questão das formas e o negócio jurídico. A forma *ad probationem* é a forma necessária para a produção de prova, requisitos de validade para a produção da prova. Já a forma *ad substantiam*, se referente aos requisitos de validade do negócio jurídico. A diferença é total e deve sim ser analisada.

A forma *ad probationem* exige o cumprimento de certas formalidades e requisitos para que a prova seja admitida e útil, a ausência do cumprimento de qualquer de seus requisitos ou ainda, a ausência total de sua forma, não irá resultar na nulidade e/ou invalidade do negócio jurídico, apenas irá dificultar ou inviabilizar a prova de existência do negócio jurídico. “São, portanto, formalidades cuja falta pode ser suprida por outros meios de prova mais difíceis de conseguir. Praticamente, em razão desta dificuldade, a sua omissão quase equivale à da

¹⁶⁵ “A forma *ad substantiam* seria exigida pelo Direito para a própria consubstanciação do negócio em si; na sua falta, ele seria nulo. A forma *ad probationem* requer-se-ia, apenas, para demonstrar a existência do negócio; na sua falta, o negócio não poderia ser comprovado, por o Direito não admitir qualquer outro modo de prova quanto à sua existência.” MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral. v. I, t. I. Coimbra: Almedina, 2009, p. 566.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁶⁷ PUGLIESI, Márcio. Teoria do Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, Conjectura, Cap. 4 e 5, p. 185-212

formalidade substancial.”¹⁶⁸ A forma *ad probationem* é portanto a forma exigida para a prova de existência de determinado negócio jurídico, a qual poderá ser substituída por outras provas, ou até mesmo pelo silêncio (art. 111, Código Civil), tal como se opera na revelia em determinada ação constitutiva.

O artigo 227 do Código Civil ao vedar a prova exclusivamente testemunhal para os negócios jurídicos que suplantem o décuplo do maior salário-mínimo vigente no País ao tempo da sua celebração, trata de verdadeira forma *ad probationem*, uma vez que, havendo qualquer outro indício do referido negócio jurídico, a prova testemunhal será admitida, conforme determinar o parágrafo único do mesmo dispositivo.

Não se está interferindo na análise da validade e eficácia do próprio negócio jurídico, mas da sua prova de existência ou das condições estabelecidas e firmadas pelas partes no contrato, de maneira que, uma vez demonstrada a existência do negócio jurídico entabulado pelas partes, restará devidamente superada a questão quanto a forma *ad probationem*.

Nesse sentido é que restou decidido em 19 de dezembro de 2007 pela 16ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação nº 1.002406.1322160/002 com relatoria do Des. Nicolau Masselli em ação de cobrança movida pela Pontifícia Universidade Católica em face de um de seus alunos, para exigir o adimplemento das prestações pactuadas por meio de um contrato de prestação de serviços educacionais que foi celebrado pelo meio eletrônico. Do aresto destacamos os seguintes pontos:

Tendo em vista que o contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, deve prevalecer a vontade das partes no momento da contratação.

[...]

Atualmente, com os avanços da tecnologia são inúmeros os contratos firmados via internet, não cabendo as partes que contratam regularmente um

168 ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit., p. 145

serviço, alegarem a ausência de assinatura para se eximir de cumprir suas obrigações.

[...]

Ora, se o réu acessou o sistema da Universidade apelada e firmou um contrato se obrigando a atender as obrigações contratadas, deve cumpri-las. Mesmo porque em momento algum alegou ter a apelada se negado a prestar os serviços educacionais contratados. [...]

Portanto, superada a demonstração de existência do negócio jurídico (prova de existência – forma *ad probationem*), resta devidamente configurada a sua validade e eficácia em função da forma livre, restando apenas a análise quanto a sua substância, ou seja, se o negócio jurídico realizado entre as partes atendeu aos requisitos de validade, os quais pertencem a forma *ad substantiam*.

Assim, a forma *ad substantiam* tem por objeto resguardar que determinados negócios jurídicos sejam revestidos de formalidades, tal como se dá nos contratos em que o vulto econômico seja mais elevado, a exemplo dos contratos imobiliários. Com a exigência de determina forma solene – escritura pública – atende-se a pelo menos dois objetivos¹⁶⁹; o primeiro de índole psicológica, evitando que as partes tomem decisões precipitadas ou pelo simples impulso em um determinado negócio que poderá trazer grandes alterações no patrimônio do sujeito de direito. O segundo objetivo, é diretamente vinculado ao interesse de terceiros e a proteção da propriedade do bem imóvel, os quais são nitidamente vinculados os princípio da publicidade vinculado ao direito real.¹⁷⁰

¹⁶⁹ ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina. 2009. p. 99-102

¹⁷⁰ Sustentei em artigo publicado na Revista de Direito Imobiliário – RDI/RT 71/155 que “**princípio da publicidade ou da visibilidade**. A aquisição da propriedade imóvel é adquirida pelo registro no Cartório de Registro de Imóveis (artigo 1.227, CC), já os móveis pela tradição (artigos 1.226 e 1.267, CC) que tem a sua manifestação de exteriorização e publicidade pela posse. O princípio da publicidade ou da visibilidade é condição essencial para a sua garantia *erga omnes*, pois sem a sua publicidade, em princípio, não haveria como se exigir a sua proteção contra todos (obrigação passiva universal). O princípio da publicidade no direito brasileiro tem sua origem no direito alemão e no direito português.” REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Direitos Reais no Código Civil de 2002: inovações. Revista de Direito Imobiliário – RDI, v. 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. 2011.

No entanto, na maioria dos contratos do direito obrigacional, deveremos observar a forma livre, tal como consagrada na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais. As posições jurídicas de um determinado contrato, v.g. compra e venda de bem móvel ou uma locação, tem por hábito realizar documentos escritos, mesmo que não haja uma forma obrigatória definida em lei. Tal medida ocorre em função da segurança jurídica que as partes buscam se revestir, já que muitas vezes, os objetivos íntimos dos sujeitos de direito são no sentido de dar conhecimento à terceiros envolvidos na relação jurídica quanto ao que foi pactuado, ou ainda, dar conhecimento a terceiros que possam ser atingidos pelos efeitos externos do contrato, ou até mesmo o Juiz – Poder Judiciário – o qual, em última análise, é o destinatário de todo o clausulado de um contrato, já que em caso de litígio, seja ele o maior interessado em saber o que foi pactuado, para a definição quanto a um inadimplemento, uma mora, uma indenização etc.

Porém, nada impede que esta forma escrita, tradicionalmente conhecimento pelo meio físico do papel e respectivas assinaturas das partes, seja substituída pelo meio eletrônico, que poderá ser firmado por qualquer uma das características acima analisadas (contratos interpessoais, interativos ou intersistêmicos).

La conclusión de un contrato no precisa, por lo general, una forma determinada: es suficiente cualquier forma de declaración de la voluntad de contratar que sea comprensible para la otra parte (principio de la libertad de forma).¹⁷¹

A liberdade de forma aplicável aos contrato em geral nos concede este “poder”, pois conforme destaca Pontes de Miranda, os negócios jurídico bilaterais e plurilaterais não possuem, como regra geral, qualquer forma especial exigida por lei, devendo ser seguindo o

¹⁷¹ LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Drecho Privado. 1958, p. 91-92

princípio da liberdade de forma. A exceção a tal regra geral, são os casos em que a própria lei determinar uma forma especial ou um ato solene. Assim se dá, por exemplo, nas questões envolvendo a compra e venda de propriedade imóvel com valores superior a 30 salários mínimos (art. 108, CC).¹⁷² E arremata Lacerda de Almeida sustentando que “D’ahi a divisão dos contractos em contractos de fôrma livre e contractos de fôrma solemne, divisão que pressupõe a possibilidade de contractos sem fôrma legal determinada, ou em que a fôrma legal é a própria fôrma natural.”¹⁷³

Para Castro Mendes, em face do *princípio da liberdade de forma*, a regra dos negócios jurídico é a forma livre, sendo exceção a forma determina: [...]
Qualquer coisa que sirva para provar algum fato é documento, não importa de que material tenha sido confeccionado: papel, pedra, metal etc. ‘Documento deriva do latim: ‘decere’ (informar, fazer, saber, ensinar) e ‘mens’ (memória) e, em sua acepção geral, refere-se a toda e qualquer manifestação do homem, através de caracteres, fixando um pensamento, em determinado local e sobre assunto também determinado’ (Carlos Rodrigues Nogueira, Certidões para defesa de direitos, RT 290/38)¹⁷⁴

Portanto, a forma *ad substantiam* aplicável ao negócio jurídico deverá ser observada sobre dois enfoques, o primeiro é a regra geral de liberdade de forma, não sendo exigida nenhuma forma específica, e o segundo é justamente quando a lei ou a vontade das partes prevê que os negócios jurídicos devam observar forma especiais, v.g. a escritura pública (art. 108 e 109, do Código Civil), tais formas “são as exigidas sob pena de nulidade do negócio.

¹⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. t. XXXVIII – Direito das Obrigações Negócios Jurídicos Bilaterais. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 145-146

¹⁷³ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. Obrigações. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista do Tribunaes, 1916, p. 259-260

¹⁷⁴ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 ed., 2011, p. 336-424

Sem elas não é válido o negócio. A sua falta é de todo irremediável. São, em suma, absolutamente insubstituíveis por qualquer outro gênero de prova.”¹⁷⁵

Reforçando a teoria quanto a forma *ad substantiam* como elemento da validade e formação do negócio jurídico em oposição a forma *ad probationem* que diz respeito exclusivamente quanto a produção das provas, Moacyr Amaral dos Santos expõe a matéria da seguinte forma. O requisito de validade do negócio jurídico ou a forma do ato, é matéria atinente ao direito substantivo que resultará na produção da prova no direito adjetivo. “[...] a produção da prova influi sobre a forma dos atos jurídicos, porque ainda que as partes não sejam constrangidas a sujeitar-se a uma determina forma, ficam, todavia, induzidas a segui-la para acautelar-se a prova, a fim de, na hipótese de uma impugnação ou controvérsia, se acharem em situação de justificar solidamente a existência do negócio.”¹⁷⁶

A regra é a liberdade de forma; [...] Não se confunde a forma, todavia, coma solenidade, que é outro requisito de validade de alguns negócios jurídico (art. 166, V). [...]

Provar significa demonstrar a veracidade de um fato, e por vários meio a prova pode ser produzida. [...]

A forma correspondente a exteriorização do negócio jurídico, ou ao modo como se apresenta [...] Diz Clóvis Bevilacqua que a prova ‘é o revestimento jurídico que exterioriza a declaração da vontade’ [...]

Não só os escritos compreendem os documentos, mas também as imagens e expressões sonoras (art. 383 do CPC). Documentos, entretanto, não é sinônimo de instrumento, porquanto este, conforme define João Mendes Júnior, ‘é a forma especial, dotada de força orgânica para realizar ou tornar exequível um ato’ (Direito judiciário brasileiro, 5. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 183).¹⁷⁷

¹⁷⁵ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Op. cit., p. 145

¹⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. v. 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 43-44

¹⁷⁷ DUARTE, Nestor. PELUSO, Cezar – Coord. Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência. 4 ed., 2010, p. 99-171

Em recente decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso do Mandado de Segurança sob nº 29073/AC e de relatoria do Min. Benedito Gonçalves (DJe 28.06.2010)¹⁷⁸, em caso que decidiu quanto ao direito do recorrente em ser considerado como habilitado a seguir no concurso público ao Cartório Notarial e de Registros do Estado do Acre, podemos observar uma confirmação incidentalmente quanto a validade do e-mail como forma de prova escrita, obviamente não se está falando da forma *ad probationem*, mas sim, da forma *ad substantiam*, já que o e-mail foi admitido em substituição a juntado do próprio edital em documento físico (papel) do respectivo certame público. Do aresto, destacamos o seguinte trecho que é diretamente relacionado ao objeto da dissertação:

Relativamente à prova pré-constituída, é de ressaltar-se que o ato coator é consubstanciado na exclusão do recorrente do concurso público por não comprovação de requisito constante do edital, sendo certo que essa exclusão está devidamente comprovada através de comunicação eletrônica (*e-mail*) recebida, pelo recorrente, em sua caixa de correio eletrônico. Deveras, esse documento tem a propriedade de comprovar o ato coator e as consequências que dele derivam, o que torna despicienda a juntada do edital. Logo, ressoa inequívoco que o *writ of mandamus* está guarnecido de prova pré-constituída.

Finalmente, quanto a liberdade de forma¹⁷⁹ como regra geral para a validade dos contratos, destacamos os seguintes comentaristas ao Código Civil os quais já reconheciam a

¹⁷⁸ Deixamos de juntar esta decisão ao Anexo deste trabalho, uma vez que a matéria de fundo diz respeito apenas ao direito do recorrente de ser considerado habilitado para determinado concurso público, sendo que a matéria referente a equiparação do e-mail com o documento escrito, foi uma decisão incidental do próprio Acórdão que conta com mais de trinta laudas.

¹⁷⁹ “[...] i contratti mobiliari e per i contratti che non hanno ad oggetto cose, bensì prestazioni, non esiste, di regola, onere di forma, sì che essi sono validi, anche se stipulate verbalmente. È questa la principale applicazione del principio dela libertà dele forme in matéria contrattuale: principio, che, pur essendo di carattere generale, è tuttavia circondato di tant restrizioni, fuori dal campo dei contratti mobiliari, da far dubitare se, almeno dal punto di vista dela frequenza dell’applicazione, no sai soverchiato dal principio oposto, che esige l’osservanza dela forma solene, como onere per la perfezione stessa del contrato, o come onere agli effetti dela prova. Per di più, anche in matéria di contratti mobiliari, ve ne há taluni, per i quali la forma solene è elemento ad substantiam, così como é per i contratti immobiliari: que, la forma escrita la medesima funzione che per i

plena existência, validade e eficácia aos negócios jurídicos realizado sem uma forma especial, tal como as contratações verbais ou por simples troca de correspondência epistolar, de maneira que, se para as demais formas de contratação sempre foi reconhecida a sua plena existência, validade e eficácia, não há motivos jurídicos e lógicos para desconsiderar uma contratação por correspondência eletrônica (e-mail) ou ainda por sítios na Internet. Deve-se ainda observar que a análise dos artigos 107 a 109 do Código Civil se refere exclusivamente quanto a validade do negócio jurídico, sendo que as questões vinculadas à sua prova (*ad probationem*) são reguladas pelo Título V, do Livro III da Parte Geral do Código Civil.¹⁸⁰

A forma é o meio pelo qual se externa a manifestação da vontade nos negócios jurídicos, para que possam produzir efeitos jurídicos.

Nosso Código Civil inspira-se no princípio da forma livre ou do consensualismo, o que quer dizer que a validade da declaração da vontade só dependerá de forma determinada quando a norma jurídica explicitamente o exigir [...]

Serão particulares se feitos mediante atividade privada (RT, 488:190), p. ex., cartas, telegramas, fotografias, fonografias, avisos bancários, registros paroquiais.¹⁸¹

A declaração de vontade de estabelecer relação negocial é algo significativo para o mundo do Direito, pois revela o propósito efetivo de criar uma nova relação jurídica, à qual o proponente também ficará vinculado. [...]

Isso não implica que a vontade seja manifestada de forma oral ou escrita, ou mediante mímica, podendo vir a sê-lo pelo só comportamento expressivo de uma vontade de estabelecimento de relações negociais.

A declaração é uma manifestação de vontade em prol da validade do novo negócio jurídico, mesmo quando veiculada por um ato de comunicação

contratti immobiliari.” MESSINEO, Francesco. *Dottrina Generale del Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1948, p. 103-104

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Novo Código Civil – artigos 79 a 137*, v. II. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 217

¹⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 12 ed., 2006, p. 148-252

social, visto que o que se pretende é estabelecer uma nova norma que incidirá sobre os próprios emitentes. Não se reduz, pois, a um ato de comunicação, mas é também um ato de realização, como se refere Larenz (*Drecho civil; parte generale*, p. 450).

Refere o grande mestre alemão que a declaração traz em si a responsabilidade do declarante perante o receptor. Porque, como explica Betti, faz nascer a confiança.

A colocação de Emilio Betti parte da auto-responsabilidade e conclui que existirá responsabilidade só se a pessoa tiver consciência da transcendência social de sua própria atitude e assim puder conhecer a significação objetiva que se lhe atribui no âmbito social em que atua.

Do exame dos confrontos doutrinários e da análise da estrutura do negócio jurídico pode-se chegar a admitir a declaração como preceito. [...]

Logo, a *forma* pode ser uma declaração ou um comportamento. [...]

Por isso é que se começa falando de liberdade de forma, porque a exceção é a formalidade, e exceção mais estrita, a solenidade.¹⁸²

A norma positiva em apreço prestigia o princípio da informalidade do negócio jurídico, ressaltando, apenas, aqueles que, por força expressa de lei, devem atender formalidades especiais para que possam ser válidos. [...]

É pela atuação da vontade das partes que o consentimento, quando manifestado sem vício, transforma-se em elemento substancial para que o negócio jurídico não se apresente nulo ou anulável. A declaração de vontade do agente, desde que emitida de acordo com a lei, produz efeito jurídico. Essa é a razão pela qual, em qualquer negócio jurídico, a primeira investigação, para definir-se a sua existência e validade, é sobre o conteúdo da manifestação da vontade, buscando-se identificar se ela foi exposta de forma escorreita. [...]

A expressão ‘válida declaração de vontade’ deve ser entendida como abrangendo todos os meios pelos quais ela se manifesta: tácito (o silêncio) ou expreso (palavras escritas ou falada, esta em sinais). Não podemos ignorar os gestos.¹⁸³

Portanto, conforme aqui demonstrado e sustentado por sólida doutrina nacional e internacional, entendemos ter comprovado que a contratação por meio eletrônico, quanto a

¹⁸² LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2004, p. 289-292

¹⁸³ DELGADO, José Augusto; GOMES Jr., Luiz Manoel. ARRUDA ALVIM e THEREZA ALVIM Coord. Comentários ao Código Civil Brasileiro – dos fatos jurídicos. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 182-184

sua forma, terá plena validade, já que a lei preestabeleceu como regra geral a forma livre de contratação dos negócios, sendo a exceção, a formalidade.

Ademais, se estamos aqui sustentando que o contrato eletrônico não é uma nova classificação ou categoria contratual, mas mero meio de vínculo aos contratos típicos ou atípicos que sempre estiveram presentes no trato dos negócios, e considerando que sobre estes contratos (compra e venda, locação, concessão comercial etc.) não existe forma prefixada em lei, valendo a liberdade de forma, não há motivos para recusar a validade dos contratos eletrônicos.

A assertiva acima, é igualmente aplicável, mesmo com a previsão da Medida Provisória 2.200-2 de 2001 que instituiu o Certificado Digital, pois o que a Medida Provisória compreende é a *presunção de veracidade em relação aos seus signatários*, não estamos tratando de *validade* do documento eletrônico (forma *ad substantiam*), mas apenas a *presunção de veracidade na produção da prova* (forma *ad probationem*). Tanto assim é verdade, que o próprio parágrafo segundo do artigo 10 da MP 2.200-2, estabelece expressamente que “o disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documento em forma eletrônica [...]”, empregando ao referido ordenamento infraconstitucional, verdadeira qualidade de produção de prova e não de requisito de validade do negócio jurídico.

2.3.1. Fase pré-contratual

A formação do contrato, salvo nos contrato reais e nos solenes, parte da manifestação do consentimento, da vontade que será declarada e exteriorizada, sendo que nos contratos obrigacionais, como visto acima, impera a regra geral da liberdade da forma quanto a exteriorização do consentimento, podendo ser expressa ou tácita.¹⁸⁴

¹⁸⁴ BESSONE, Darcy. Do Contrato – Teoria Geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 147-155

No entanto, com a evolução da doutrina do direito obrigacional, em especial com a obra de Clóvis V. do Couto e Silva – *A obrigação como processo* – abandona-se a antiga visão dos chamados códigos oitocentistas, quanto ao contrato como um ato isolado, para assumir uma visão mais dinâmica e integrativa, ou seja, o contrato é precedido por uma fase anterior, a chamada fase pré-contratual, a qual poderá igualmente vincular as partes, em especial, já sendo um momento em que o sujeito de direito deve atuar conforme o standard de conduta da boa-fé objetiva, com os seus respectivos deveres laterais ou anexos (informação, proteção, lealdade, cooperação etc.).¹⁸⁵

A fase pré-contratual, tem igual importância ao meio eletrônico, como no meio tradicional de contratação, já que positivação do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil pela conjugação dos artigos 113, 187 e 422. Deixamos de tratar os deveres atinentes da boa-fé objetiva na fase pré-contratual como uma questão puramente doutrinária, elevando-os a categoria de norma de ordem pública e, portanto, inderrogável pelas partes (pelas posições jurídicas ativa e passiva).

Podemos afirmar que no meio eletrônico, a fase pré-contratual, especialmente quanto ao seu dever de informação ganha uma relevância maior ainda, pois, as partes não terão um contato físico, uma análise mais intimista do negócio jurídico que se pretender formalizar, resultando em um dever de conduta de ser prestado o maior grau de informação útil, desde que não se exagere, de forma que o excesso de informação pode gerar desinformação. Há de se ter uma dosimetria razoável, um justo meio, na expressão de Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*.

¹⁸⁵ “O processo obrigacional supõe, portanto, duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. Nas obrigações que não se endereçam à transmissão de propriedade, o adimplemento é realizado no plano do direito obrigacional. [...]”

O exame das fases da relação obrigacional leva-nos, assim à análise da teoria da causa, a fim de que os problemas dogmáticos decorrentes da separação entre o plano do direito das obrigações – em que se inserem o nascimento e o desenvolvimento dos deveres – e o do direito das coisas, em que o adimplemento se verifica, sempre que esse adimplemento importar na transferência de propriedade, possam ser tratados.” SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 43-44

Porém, a boa-fé objetiva a ser verificada na fase pré-contratual, não se reveste da mesma extensão e subjetividade que é verificada na fase de execução do contrato, ela é mais pontual quanto aos deveres de informação e de aconselhamento. “No momento de aproximação das partes e de tentativa de regulamentação de seus interesses, torna-se imperiosa a troca de informações, que pode levar ou não à concretização do negócio. [...] seja nos contratos paritários, seja nos contratos de adesão, releva-se a importância do aconselhar, recomendar e informar na fase pré-contratual [...]”.¹⁸⁶

Esta fase compreende as seguintes etapas: contato social, tratativas preliminares, oferta, proposta ou sollicitação e contraproposta, minutas ou punção, aceitação e contrato preliminar. Iremos nos ater apenas as mais relevantes para o presente estudo: proposta, oferta e contrato preliminar.

2.3.1.1. Proposta e seus elementos

A proposta consiste na declaração de vontade emitida para um sujeito de direito certo e determinado, com a finalidade de realização de um contrato futuro. Ou na expressão de Orlando Gomes “é a firma declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato [...]”.¹⁸⁷

Deve conter todos os requisitos para que o contrato se forme, ou seja, a proposta deve ser: (i) séria – que represente realmente a vontade com intenção de contratar; (ii) completa – conter a integralidade da intenção do proponente, indicando todos os aspectos de que se pretende com as informações relevantes para contratar ou não; (iii) clara – sem ambiguidades que dificultem a interpretação; (iv) inequívoca – expressa ou tácita, porém, que traduza de modo incontestável a vontade de contratar; (v) pessoal (*intuito persona*) – dirigida a pessoa

¹⁸⁶ AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Responsabilidade e Informação – efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 157-158

¹⁸⁷ GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. 26 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 73

que se destina (determinada ou determinável), não vinculado seus efeitos em relação a terceiros que não os seus destinatários.

A proposta é o primeiro momento de criação de um vínculo a um futuro contrato, salvo expressa previsão quanto ao direito de arrependimento. Não será um vínculo “para as partes, uma vez que ainda neste momento não há um contrato, mas para aquele que a faz, denominado policitante.”¹⁸⁸ Tal assertiva decorre do artigo 427 do Código Civil, no entanto “a regra da força vinculante da proposta não deve, contudo, ser compreendida de forma absoluta. As exceções estão previstas no próprio art. 427 e no art. 428. Em primeiro lugar, não é obrigatória a proposta se o contrário resultar de seus próprios termos. [...] A segunda exceção ao caráter obrigatório da proposta decore da própria natureza do negócio ao qual se refira, quando seja o caso de tal negócio, dadas as suas especificidades, não admitir a celebração definitiva sem que antes o proponente reformule os termos originalmente genéricos da proposta.”¹⁸⁹

Darcy Bessone, ainda na vigência do Código Civil de 1916, tratou dos efeitos da vinculação do proponente, observa que a proposta emitida com prazo para aceite, gera no seu destinatário uma justa expectativa de um futuro contrato, sendo o seu comportamento influenciado por tal expectativa, inclusive com a realização de investimentos, despesas ou recusa de outros negócios. No entanto, a doutrina tradicional, admitia que a proposta poderia ser retirada (retratação) antes do seu aceite, sem que isso gerasse qualquer dever indenizatório ao proponente, pois o contrato ainda não havia se formado. No entanto, já fundamentando sua opinião na boa-fé objetiva, entendeu que tais hipóteses, deveriam gerar uma responsabilização pelos prejuízos causados em função da justa expectativa do destinatário e da abrupta ruptura

¹⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – contratos. v. 3, 12 ed., Atualizador: Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado – conforme a Constituição da República. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40

das negociações.¹⁹⁰ Tal entendimento veio a ser confirmado pelo Código Civil de 2002, tanto pela aplicação da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, como pela aplicação do artigo 187 do Código Civil ao tratar do abuso do direito.

Trazendo tal questão ao objeto deste estudo, temos que os meios eletrônicos em geral, criaram uma facilitação quanto a emissão e envio de propostas comerciais para todo e qualquer interessado, não raro presenciamos departamentos comerciais emitido propostas como se fossem simples folhetos explicativos com a convicção de que não estão se obrigando a uma futura contratação. No entanto, tais propostas irão vincular os seus proponentes, além de gerar justas expectativas aos seus receptores, inclusive com a possibilidade de eventual ação indenizatória.

Portanto, é fundamental que as propostas eletrônicas sejam muito precisas e claras, cumprindo o dever de informação quanto ao direito de retratação (cláusula de não vinculação), prazo de validade, e na hipótese de retratação, necessária divulgação pelos mesmos meios e destinatários, conforme previsão do artigo 428, IV do Código Civil. O mesmo se dá com a aceitação, pois, se esta for realizada de forma indevida ou em dissonância com a real vontade, deverá o aceite realizar a imediata retratação conforme prevê o artigo 433 do Código Civil.

Devemos ainda analisar as questões envolvendo a proposta “entre presentes” e a proposta “entre ausentes”, bem como as situações de contraproposta.

Conforme veremos abaixo, a maioria das contratações eletrônicas é realizada “entre ausentes”, sendo assim relevante destacar que, se o aceite for expedido fora do prazo, ou tiver decorrido tempo suficiente para o seu aceite nas propostas sem prazo certo, a proposta deixa de ser vinculante ao proponente (art. 428 II e III, Código Civil). O conceito indeterminado de “tempo suficiente” aplicado pelo legislador deve ser complementado pelo operador do direito

¹⁹⁰ BESSONE, Darcy. Do Contrato – teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 157-167

para cada caso concreto e de acordo com os usos e costumes (art. 113, Código Civil), no entanto, acreditamos que tal questão é motivo para infundáveis debates jurídicos no Poder Judiciário, justamente pela ausência de uma padrão de comportamento, sendo altamente recomendável que todas as propostas (eletrônicas ou não) contenham uma cláusula expressa do seu prazo de validade.

Ainda quanto a proposta, temos duas hipóteses peculiares, mas que no meio eletrônico podem ser mais corriqueiras. São as hipóteses previstas nos artigos 430 e 432 do Código Civil.

Na primeira situação, temos a hipótese em que a aceitação chega ao conhecimento do proponente de forma intempestiva por circunstâncias imprevistas (aceite tardio involuntário – art. 430, Código Civil). Tais circunstâncias podem ser facilmente identificadas pela ocorrência de falhas do provedor que tarda no envio de mensagens ou ainda, pela retenção da resposta em softwares de proteção, tal como firewall e sistemas antispam. Em tais situações, não havendo o interesse em manter a proposta, ou sendo esta impossível de ser cumprida, tão logo tenha conhecimento do aceite, deverá imediatamente comunicar o aceitante quanto ao ocorrido sob pena de responsabilização.

Podemos levantar a seguinte dúvida: o conhecimento tardio foi efetivamente involuntário e capaz de excluir a responsabilidade pela frustração da justa expectativa do aceitante conforme visto na lição de Darcy Bessone acima citado? Lembrando da premissa de que este estudo não se destina a análise das relações de consumo, entendemos que na maior parte das situações a resposta é negativa, ou seja, não resultaria no dever indenizatório. Tal afirmação se faz, em função da necessidade de aplicação da boa-fé objetiva como um princípio a ser observado, ou melhor, uma regra de conduta a ser observada por ambas as posições jurídicas. Assim, se o aceitante não recebeu nenhuma notícia de sua tempestiva resposta, caba a ele, igualmente colaborar (dever anexo a boa-fé objetiva) e indagar/certificar-

se com o proponente quanto o recebimento de seu aceite. Aliás, nos parece que esta proposta está em consonância com os usos e costumes, já que é frequente a constatação de situações em que as partes questionam umas as outras sobre o efetivo recebimento de suas manifestações.

A segunda situação (aceite tácito), se dá pela conjugação do artigo 432 com o artigo 111, ambos do Código Civil, ou seja, a formação do contrato e o aceite da proposta encaminhada será verificado pelo silêncio do destinatário, e nesta situação, não havendo interesse na proposta, a resposta deverá ser expressa e inequívoca, de forma a não gerar uma justa expectativa inversa, ou seja, uma expectativa ao proponente, que igualmente poderá resultar em perdas e danos pela ruptura abrupta das negociações. Essa situação é facilmente identificável nos contratos intersistêmicos acima analisados, e portanto, torna-se mais comum nos meios eletrônicos do que nos meios tradicionais.

Finalmente, nos resta a análise das situações em que o destinatário da proposta emite um aceite condicionado a alterações na proposta original, ou ainda, a simples emissão de uma contraproposta. Em tais situações, sejam elas eletrônicas ou não, devemos aplicar o artigo 431 do Código Civil e reconhecer a natureza jurídica da contraproposta como sendo uma *nova* proposta.

Esta matéria ganha total relevância quando estamos frente a situação de definição do local da contratação, pois na forma do artigo 435 do Código Civil o lugar da celebração é o da emissão da proposta. Assim, invertendo-se o emitente da proposta, por meio de uma contraproposta, estaremos igualmente invertendo a presunção quanto ao local em que foi firmado o contrato.

No entanto, Araken de Assis adverte que “resta o problema do contrato eletrônico. É assaz difícil precisar o lugar em que se foram um contrato *on line*, pois ele se realiza, na verdade, num espaço virtual. Há a figura de um intermediário – o provedor. E o acesso ao

correio eletrônico, graças aos modernos aparelhos de telefonia portátil e ao *laptop*, na prática ocorre em qualquer lugar do mundo. [...] Em relação aos contratos internacionais, o direito pátrio agasalha regra expressa (art. 9º, §2º, do Dec.-Lei nº 4.657/42, Lei de Introdução). E, para os contratos internos, a solução coerente com a teoria da recepção indica que o contrato se forma no lugar em que o proponente se encontra estabelecido ou fixou seu domicílio.”¹⁹¹

Neste sentido foi a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no Agravo de Instrumento nº 677.025-4/1-00 da 03ª Câmara de Direito Privado, em que se debatia quanto a ao foro competente para decidir uma lide envolvendo a contratação eletrônica junto a Fundação Miguel de Cervantes de Apoio a Pesquisa e a Leitura da Biblioteca Nacional situada no Rio de Janeiro. Da decisão, restou configurada a contratação eletrônica entre ausente e pela aplicação do artigo 435 do Código Civil em função da ausência de eleição de outro foro de eleição. Do aresto, destacamos o seguinte trecho:

Partindo da premissa de que a *Internet* é um meio de comunicação - e não um lugar propriamente dito - , logo se conclui que as transações através dela processadas estão sujeitas aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos contratos celebrados no mundo material.

[...]

Na hipótese dos autos, é exatamente esta a relação entre os pólos litigantes. A solicitação dos números de identificação do *ISBN* é realizada via *Internet*, sendo as informações ofertadas em caráter permanente através do *website* da fundação (<http://www.bn.br/portal/?nujpagina=46>). Nesse contexto, em se tratando de uma relação contratual civil (ou *não-consumerista*) devem ser observadas as regras de fixação de competência territorial dispostas no CPC artigos 94 a 100.

[...]

In casu, patente tratar-se de contrato entre ausentes. A inexistência de um colóquio direto entre as partes contratantes, bem como a de uma transmissão recíproca de dados, impede que a conclusão seja outra.

¹⁹¹ ASSIS, Araken de. ANDRADE, Ronaldo Alves de. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Comentários ao Código Civil Brasileiro – do direito das obrigações. v. V. Coord. ALVIM, Arruda. ALVIM, Thereza. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 236-237

[...]

Assim definido o presente contrato, possível responder à indagação *supra*: reputa-se celebrado o contrato entre ausentes no local em que foi proposto, conforme dispõe expressamente o CC art. 435.

Mas especificamente, adota a doutrina o entendimento de que se reputa celebrado este contrato no local em que a proposta foi expedida, sendo irrelevante o local de expedição da aceitação - por mais que o consentimento apenas esteja formado e, portanto, perfeito o contrato com esta [...]

Tal debate somente será justificável quando as partes não optaram pela eleição de um foro em especial, o qual terá prevalência a regra do artigo 435 do Código Civil, de forma que é recomendável, em especial para os contratos eletrônicos, a eleição de um foro competente, evitando-se inúmeros recursos desnecessários e custosos.

2.3.1.2. Oferta e seus elementos

A Oferta consiste na proposta e todos os seus elementos e características acima analisados, porém terá como diferencial o fato de ter como destinatário um público incerto e indeterminado. “O tipo por excelência da *proposta ‘ad incertam personam’* é a oferta ao público.”¹⁹²

Nesse sentido é o escólio de Renan Lotufo ao exemplificar uma questão envolvendo a oferta pública em um vitrine de um estabelecimento físico. Embora o ilustre Professor tenha se referido ao longo do texto em “proposta”, temos que na verdade se trata de “oferta”, justamente pela definição acima apresentada. Vejamos:

Quando manifestamos a um comerciante, por exemplo, a intenção de compra de um móvel, que por ele está exposto na vitrine, temos que já havia um convite dele à coletividade quanto aos artigos expostos à venda na vitrine e nas dependências da loja, para que quem quiser compre, nas condições por

¹⁹² GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 74

ele oferecidas: de preço, forma de pagamento, forma de entrega etc. Existia, portanto, uma vontade declarada, mas não a pessoa determinada, e sim, à coletividade, composta de sujeitos que, até o momento em que tomam conhecimento, recebem a proposta, erram indeterminados. [...] ¹⁹³

Entendemos que a oferta estará presente nos denominados contratos eletrônicos interativos, uma vez que teremos um proponente que apresenta/oferece uma gama de bens móveis e serviços para serem adquiridos por aqueles que interagirem com o seu sistema eletrônico, com seu site, atingindo assim um público indeterminado e muitas vezes incerto. Semelhante paralelo é traçado por Caio Mario da Silva Pereira, ao citar a situação de aquisição de mercadorias em aparelhos automáticos (“vending machine”) que, embora não se confunda com a contratação eletrônica objeto deste estudo, temos a situação onde o proprietário do aparelho disponibiliza a mercadoria para um público incerto e indeterminado que irá adquirir a mercadoria pela simples inserção de moedas ou cédulas de notas de dinheiro nos respectivos coletores. ¹⁹⁴

Cumpra apenas fazer a necessária observação que os sites institucionais, assim entendidos como aqueles em que são expostos e apresentados os serviços e produtos de determinada empresa, sem que haja a opção de compra *on line*, não configuram uma oferta, já que não foram atendidos os requisitos necessários e devidamente analisados quanto a proposta (séria; completa; clara; e, inequívoca), tratando-se no máximo de um convite a contratar ¹⁹⁵. “A solução deve ser buscada em cada caso concreto, ainda que, em linhas gerais, será

¹⁹³ LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. v 1. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2004, p. 289

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. cit.*, p. 40-41

¹⁹⁵ “O convite a contratar –é uma declaração pela qual uma pessoa se manifesta disposta a iniciar um processo de negociação com vista à futura eventual conclusão de um contrato, mas sem se vincular, nem à sua conclusão, nem a um seu conteúdo já completamente determinado. É um acto finalisticamente orientado à abertura de uma negociação.” VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.468

decisivo verificar se a página dispões da possibilidade de aceitar, com o que estará programada como uma oferta, ou se possibilita, de algum modo, a conclusão do contrato.”¹⁹⁶

Conforme comando do artigo 429 do Código Civil, toda a matéria aplicável a proposta deverá ser refletida sobre a oferta, portanto, fazemos expressa referência às nuances acima analisadas quanto a proposta, as quais são aplicáveis à oferta.

2.3.2. Contrato Preliminar – preliminariedade mínima, média e máxima.

Superada a análise quanto a proposta e a oferta na fase pré-contratual e sua relação com os contratos eletrônicos, passamos a analisar o contrato preliminar¹⁹⁷, porém, partindo da premissa de que não será objeto deste estudo qualquer tentativa e esgotar a matéria, pois esta, por si só, mereceria um estudo monográfico integralmente dedicado ao tema, tal como, entre outras obras, o realizado por Alcides Tomasetti Júnior em sua tese de doutoramento em 1982 pela Faculdade de Direito da USP.¹⁹⁸

O contrato preliminar ou contrato-promessa conforme consta da literatura jurídica portuguesa por força do artigo 410º do respectivo Código Civil¹⁹⁹, tem relevante importância no trato das relações negociais e no escoamento da produção (material ou imaterial), em regra, envolvendo os contratos de maior relevância econômica e financeira.

¹⁹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Op. cit.*, p. 309

¹⁹⁷ “Contrato preliminar é o contrato mediante o qual as partes se obrigam a concluir no futuro um ulterior contrato já inteiramente determinado em seus elementos essenciais. [...] O contrato preliminar representa um contrato autônomo em relação ao contrato definitivo. Sua principal característica é o fato de ter como objeto um outro contrato, ou seja, o contrato definitivo.” Giovanni Gabrielli. *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 1/2 – in NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 580

¹⁹⁸ TOMASETTI Jr. Alcides. *Execução do Contrato Preliminar*. 1982. Tese de Doutorado, FDUSP.

¹⁹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 306 e segs.
ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 379 e segs.
LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. v. I. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 216 e segs.

Tem por objetivo garantir a formação de um negócio futuro, criar um vínculo entre as partes (posições jurídicas ativa e passiva) seja pela momentânea indisponibilidade de capital ou de requisitos necessários e exigidos por lei, ou seja, por motivos diretamente relacionados ao objeto pleiteado, tal como se daria, na situação de pendência de uma cláusula resolutiva ou suspensiva, para somente após o implemento da condição, ser viável a contratação final.

O contrato preliminar também pode ser utilizado como técnica para desenvolver agilidade comercial no trato das negociações, fixando-se desde logo todas as principais questões envolvendo o contrato (objeto, preço, forma e condição de pagamento) para, em um segundo momento, pactuarem todas as demais condições e obrigações usualmente inerentes ao clausulado de um contrato definitivo e de obrigações complexas.

Embora parte doutrina sustente que os contratos eletrônicos primem pela agilidade e formação instantânea, acreditamos que este posicionamento não é de boa técnica em função das próprias características acima analisadas (interpessoais, interativos e intersistêmicos), podendo facilmente serem contratos de duração ou de execução diferida.

Acreditamos que os contratos preliminares podem ser perfeitamente formados e aplicados ao meio eletrônico. Identificamos tais atos jurídicos, tanto de forma isolada, ou seja, ocorrerá apenas a formalização eletrônica do contrato preliminar sendo o contrato definitivo firmado de forma tradicional como por exemplo em uma operação societária de incorporação, quanto a possibilidade de ambos os negócios (preliminar e definitivo) serem formados pelo meio eletrônico, v.g. em uma operação comercial de compra e venda de um software de gestão empresarial²⁰⁰.

Neste ponto, vale a mesma observação realizada quanto a emissão “descontrolada” de propostas, já que para o leigo, um contrato preliminar poderá dar a impressão de que se trata de ato jurídico não vinculante. Pleno equívoco, pois, se para o contrato definitivo temos,

²⁰⁰ Neste segundo exemplo, temos dois contratos eletrônicos (um contrato preliminar e um contrato definitivo), sendo que o contrato definitivo, além de eletrônico, será informático.

como regra geral, a forma livre, muito mais razão haverá para o contrato preliminar, já eu o artigo 462 do Código Civil estabelece que o contrato preliminar, *ressalvada a sua forma*, deve observar todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado, e o artigo 463 aponta para a sua obrigatoriedade e irrevogabilidade, salvo expressa disposição em contrário.

A forma dos pré-contratos não está ligada, no direito brasileiro, à forma do contrato prometido, nem o está a promessa de promessa unilateral. A regra jurídica não se estende, porém, aos pressupostos essenciais para a conclusão do contrato prometido, ou da promessa unilateral prometida, como se o que se promete somente teria validade se outrem autorizasse, ou admitisse, ou suportasse.²⁰¹

Quanto a força vinculante do contrato preliminar, trazemos a transcrição parcial da apelação nº 498.581-4/3-00 julgada pela 04ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo com relatoria do Des. Francisco Loureiro, a qual, embora não trate de um negócio jurídico formado pelo meio eletrônico, é extremamente relevante para apontar que, independente do “nome” atribuído ao contrato preliminar, havendo elementos suficientes para a formação do contrato definitivo, deverá ser aplicada a regra do artigo 463 do Código Civil.

Celebraram as partes em 01 de novembro de 2.001 contrato preliminar, denominado *protocolo de intenções*, que ultrapassa em muito a fase de mera punção, e vincula os contratantes, pelo qual a autora seria admitida como sócia na recém criada pessoa jurídica SHOWLIVRE COMPANY LTDA, mediante alteração do contrato social a ser promovida no prazo de sessenta dias, mediante inversão de recursos, no valor de R\$ 450 000,00.

O contrato, bem escrito, regula minuciosamente os direitos e obrigações das partes, assim como as consequências de eventual inadimplemento. Note-se que foi o celebrado em caráter irrevogável e irretratável. Ficou convencionado que caso se negasse o direito da autora ser admitida na

²⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. t. XXXVIII – Direito das Obrigações Negócios Jurídicos Bilaterais. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 147

sociedade, caberia execução específica, com concessão de liminar. Além disso, foi a autora investida, desde a data da celebração, de poderes de administradora e gerente da pessoa jurídica, juntamente com o sócio.

[...]

A troca de correspondência eletrônica e de notificações extrajudiciais entre as partes, no início do mês de abril de 2.002, revela que os réus insistem para que a autora assine a alteração do contrato social e inverta na sociedade os recursos faltantes. A autora, por seu turno, diz que como não foi admitida oportunamente, deseja resolver o contrato preliminar e reaver os valores já pagos.

[...]

Não basta, diante de tal quadro, a autora notificar os réus dando por resolvido o contrato preliminar. A resolução deve ser temperada com o princípio da boa-fé objetiva, que limita o exercício abusivo de direitos. A resolução do contrato somente pode ser a resposta a inadimplemento grave, que comprometa de modo substancial a prestação devida.

[...]

Em outras palavras, o exercício do direito potestativo de resolução do contrato deve guardar correlação com a relevância do inadimplemento, sob pena de se converter em abuso de direito.

[...]

O caminho é outro. Deve a autora, em atenção ao que consta do contrato preliminar irretratável, ingressar na sociedade e, na qualidade de sócia, pedir eventualmente os seus haveres, apuráveis segundo os ativos hoje existentes, abatidas as dívidas.

Tratando-se de um contrato preliminar de grau médio ou máximo e não havendo cláusula de direito de arrependimento, o contrato preliminar somente deixará de ser exigível, para a hipótese de inadimplemento absoluto, perecimento do objeto ou pelo distrato, do contrário, deverá ser dada sequência ao que foi pactuado entre as partes.²⁰²

²⁰² “De fato, o Código Civil, em seu art. 463, concede a qualquer das partes o direito de exigir da outra a realização do contrato definitivo, desde que o acordo preliminar contenha todos os elementos essenciais e não tenha sido prevista cláusula de arrependimento. Para tanto, a parte interessada deverá estabelecer um prazo para que seja fechado o negócio final.” WALD, Arnoldo. *Direito Civil*. v 2. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 275

Quanto a divisão do contrato preliminar em distintos graus conforme proposta de Alcides Tomasetti Jr., temos que: (i) será considerado de grau máximo ou “estádio mais completo” quando o contrato definitivo já estiver integralmente compreendido no contrato preliminar, tal como ocorre no compromisso de compra e venda de um imóvel em que determinado herdeiro (=comprador) firma com os demais herdeiros (=vendedores), fazendo constar do contrato preliminar todos os elementos do contrato definitivo e da respectiva escritura, o qual só não foi firmado desde o primeiro momento em sua forma definitiva, face a necessidade de aguardar o desfecho do inventário; (ii) será considerado de grau médio ou “termo médio” quando estiver pendente de apenas algum elemento específico, sem que a sua ausência impacte no contrato definitivo, seria a situação da necessidade de um segundo contrato, tal como se dá na hipótese em que um negócio auxilia o outro, v.g. a hipoteca em relação ao mútuo; e, (iii) será considerado de grau mínimo ou “termo mínimo”, o contrato preliminar em que foram fixadas apenas as regras básicas do negócio, tal como o objeto, valor, forma de pagamento. Nesta hipóteses o contrato preliminar necessitará da definição de “acordos residuais ulteriores” a serem fixado no contrato definitivo.²⁰³

Deve ainda ser observado que o legislador previu uma série de ferramentas jurídicas para que o contrato preliminar possa ser exigido por meio da tutela jurisdicional em caso de recusa injustificada de uma das partes. Nesse sentido é o comando do artigo 464 do Código Civil²⁰⁴, que conta ainda com os respectivos instrumento processuais do Código de Processo Civil, em especial pelos artigos 461, 639 a 641²⁰⁵, sendo que tal solução jurídica é igualmente aplicável aos contratos eletrônicos.

²⁰³ TOMASETTI Jr. Alcides. Execução do Contrato Preliminar. 1982. Tese de Doutorado, FDUSP, p. 22-25

²⁰⁴ Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

²⁰⁵ "O Código de Processo Civil vigente assegura a execução específica das obrigações de fazer que consistem em proferir declaração de vontade nos arts. 639 a 641, substituindo-se o juiz ao devedor e equivalendo, no caso, a sentença à declaração de vontade não proferida pelo devedor. Esse mecanismo processual é reforçado com o instituto da tutela específica assecuratória da obrigação de fazer, que poderá ser concedida

2.3.3. A declaração de vontade – autonomia privada

Nas chamadas codificações oitocentistas, entre elas o nosso antigo Código de 1916 (sendo seu projeto do ano 1899), há a influência direta e certa dos princípios da Revolução Francesa, especialmente quanto aos princípios da igualdade e da liberdade e seus reflexos no direito obrigacional.

A igualdade consagrada em tais codificações é a igualdade presumida/formal, já que a história da civilização vinha de um longo período nebuloso, com claras distinções de direitos, poderes e deveres. Tal igualdade não observa qualquer relação de hipossuficiência, os sujeitos de direito eram presumidamente iguais.

Já a liberdade, era a consagração do direito igualmente presumido de que as partes poderiam livremente expressar suas vontades ao firmar obrigações, direitos e/ou deveres, resultando na aplicação direta e inquestionável do *pacta sunt servanda*, pois, sendo as partes presumidamente iguais e livres, poderiam decidir a sua vontade que deveria prevalecer nas respectivas cláusulas contratuais.

Então, esse princípio *pacta sunt servanda*, nos quadros do liberalismo, assumia que os contratantes eram iguais – todos são iguais perante a lei -, e os negócios ou o confronto dos indivíduos haveria de ocorrer dentro desse espaço amplo de liberdade, pressuposta sempre a igualdade dos contratantes. Nessa quadra histórica não se cogitava do contratante forte e do fraco, dado que, por causa da igualdade formal, que permeou os sistemas jurídicos, o legislador assumia que todos eram iguais (formalmente iguais) e assim os tratava.²⁰⁶

A declaração de vontade exteriorizada pelo contrato fazia lei entre as partes, conforme sustentava a doutrina tradicional. Durante um longo período na história da civilização

liminarmente, na hipótese de haver fundado receio de ineficácia da decisão final (art. 461 do CPC)” WALD, Arnoldo. *Op. cit.*, p. 275

podemos verificar a influência da autonomia da vontade extremada, com inúmeras situações de verdadeiros abusos do direito, abusos da parte economicamente mais poderoso sobre o mais fraco (garantias e multas despropositadas, usura etc.), entre inúmeras outras distorções, brilhantemente representadas na literatura pela disputa em Shylock, Antônio e Bassanio na obra *O Mercador de Veneza*.

Com o surgimento dos chamados direitos sociais na Constituição de Weimar (1919)²⁰⁷ e especial após a segunda guerra mundial, passamos a ver uma influência direta dos requisitos de socialidade e eticidade sobre as posteriores codificações do direito privado, resultando nas contemporâneas formas de interpretação do negócio jurídico.

Podemos dizer que tais influências resultaram nas mudanças principiológicas do nosso Código Civil de 2002 (eticidade, socialidade e operabilidade), em especial, pela positivação dos princípios da boa-fé objetiva (artigos 113 e 422, Código Civil) e da função social do contrato e da propriedade (artigos 421, 1.228 §1º e 2.035 §ún., Código Civil) com os seus respectivos reflexos, entre eles, a positivação do abuso do direito previsto no artigo 187 do Código Civil.

Como resultado direto de tais influências, podemos afirmar que a autonomia da vontade passou a sofrer fortes mitigações quanto ao campo de sua atuação, com a interferência do Estado pela criação de normas de ordem pública da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Assim, não há mais que se falar em autonomia da vontade, mas sim, em autonomia privada, que é o resultado do que as partes desejam contratar, dentro de certos limites e princípios delimitados pelo Estado.²⁰⁸

²⁰⁶ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil *in* Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. Org. TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 640

²⁰⁷ Para parte da doutrina deve igualmente ser considera a Constituição Mexicana de 1917.

²⁰⁸ “E é exatamente essa mutação de valores – especialmente implicados na transição do *individualismo* para a *socialidade* – que acaba explicando, a meu ver, os pontos chaves do novo Código Civil, a começar pelo art. 420 desse novo Código e outros dispositivos que, vamos dizer, são tributários desse art. 420, onde se expressa essa função social do contrato.” ARRUDA ALVIM, *Op. cit.*, p. 636

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. [...] *Autonomia privada* não se confunde com *autonomia da vontade*. Esta tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto aquela exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real. Por isso mesmo, a autonomia da vontade é a causa do ato jurídico (CC, art. 185), enquanto a autonomia privada é a causa do negócio jurídico (CC, art. 104), fonte principal de obrigações.²⁰⁹

Assim, vemos que a declaração da vontade exteriorizada pelo sujeito de direito, embora continue sendo o pilar fundamental do direito privado, deve seguir tais limites da vontade de contratar (autonomia privada), sendo igualmente obrigatória a observância quanto a função social do contrato e a boa-fé objetiva, pois “[...] o direito subjetivo, embora limitado, no seu exercício, pela boa-fé, pelos bons costumes e pela sua função econômica e social (art. 187), continua a privilegiar e atender, de forma imediata, ao interesse (privado) do respectivo titular.”²¹⁰

Vistos os limites de atuação da declaração de vontade, devemos rememorar que tal declaração não deverá ser interpretada de forma subjetiva, mas sim, dentro da justa expectativa gerada na outra parte contratante e na sociedade – teoria da confiança. Fazemos aqui expressa referência ao que foi dito acima quanto as teorias subjetivas e objetivas, observando que pela análise e interpretação sistêmica do Código Civil, não vemos outra possibilidade que não seja a conjugação da teoria da declaração (objetiva) combinada com a teoria da confiança. Nesse sentido reiteramos que:

No direito positivo contemporâneo o dogma da vontade, como fundamento supremo, está superado, sem que com isso se diga que a vontade não tenha

²⁰⁹ AMARAL, Francisco. Direito Civil – introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 77-78

²¹⁰ BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. in Aspectos Controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 127

relevância no plano contratual. O contrato não é entendido como expressão do âmbito interno das pessoas, mas como um fato social, onde se identifica uma decisão tomada pela parte perante a ordem jurídica, [...] Com esta característica objetiva se tem que o comportamento em iter da celebração do contrato já leva à autorresponsabilidade, razão pela qual foi desenvolvido o estudo quanto ao negócio jurídico, evidenciando que a confiança do receptor da declaração não pode ser afetada por subjetivismo do declarante, se objetivamente o que foi entendido é o que levou à confiança.²¹¹

Portanto, toda as formas de expressar uma declaração de vontade²¹², seja expressa ou tácita, tal como se verá abaixo, devem ser consideradas para a validade da formação do contrato eletrônico, já que o sujeito que declara uma vontade (expressa ou tácita) passa a ter uma responsabilidade sobre a sua declaração frente a sociedade e ao terceiro. Não se admite mais situações individualistas e em prejuízo aos valores da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da teoria da confiança.

Como nos questiona Arruda Alvim: “Aquele que quer e que declara o que quis, não tem uma responsabilidade em relação àquele a quem a declaração se endereça?”²¹³ Obviamente a resposta é no sentido de que terá total responsabilidade por seus atos e declarações, pois a boa-fé objetiva e seus deveres anexos ou laterais, a função social do contrato e a justa expectativa gerada em relação ao terceiro e a sociedade não podem ser frustradas sobre a frágil alegação de que a vontade deve prevalecer sobre a declaração.

Ainda sobre a declaração de vontade na contratação por meio eletrônico como uma dos requisitos integrantes da validade do contrato, destacamos a experiência europeia por meio da diretiva 2000/31/CE, a qual, objetivando gerar maior segurança jurídica, aponta para

²¹¹ LOTUFO, Renan. Teoria Geral dos Contratos *in* Teoria Geral dos Contratos. Coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. 2011, São Paulo: Atlas e IDP – Instituto de Direito Privado, p. 15

²¹² “As ordens jurídicas da actualidade vivem, em teoria, dominadas pelo princípio da consensualidade na formação dos actos jurídicos: a simples exteriorização da vontade das pessoas, efectuada por qualquer meio idóneo, é suficiente para integrar as previsões normativas relacionadas com a autonomia privada.” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da Boa-Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2007, p.771

²¹³ ARRUDA ALVIM. *Op. cit.*, p. 631

a necessidade de confirmação da declaração de vontade, ou seja, caberá ao proponente encaminhar uma confirmação de recebimento da encomenda/aceite, conforme é descrito por Pedro Pais de Vasconcelos:

Nos últimos anos, principalmente em virtude da divulgação da Internet, desenvolveu-se enormemente a contratação electrónica. O chamado *e-business* nasceu e cresceu num ambiente inicialmente livre de específica regulação jurídica. Porém, alcançou uma tal dimensão que veio a suscitar a necessidade de consagrar em texto de lei a prática mais divulgada e considerada correcta pelos participantes no comércio electrónico (*e-commerce*). Neste comércio, é usual distinguir dois grandes sectores: o das relações entre comerciantes, ou entre profissionais, designado pela sigla *B2B* (*business to business*); e o das relações destes com os consumidores, designados pela sigla *B2C* (*business to consumer*). [...]

A especificidade do processo de conclusão do contrato está no artigo 29º do diploma (Directiva 2000/31/CE): logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente electrónica, o contratante deve confirma-la de modo a identificar a ordem e a permitir ao ordenante o controlo do seu conteúdo. Essa confirmação é desnecessária, por redundante, quando haja imediata satisfação da ordem; também pode ser dispensada convencionalmente, caso o ordenante não seja um consumidor (B2B). Normalmente o contratante procede à confirmação por mensagem de correio electrónico enviada para o endereço electrónico fornecido pelo ordenante. Recebida a confirmação, o ordenante pode revogar a ordem, nos moldes previstos no regime de contratação à distância.²¹⁴

Portanto, entendemos igualmente válido o contrato eletrônico quanto às diversas formas de declaração da vontade das partes sem que haja a necessidade de uma regulamentação específica, já que a teoria geral dos contratos é suficiente para a segurança jurídica da contratação. Passemos a tecer breves comentários sobre as principais formas de declaração da vontade atualmente praticadas e conhecidas, adotando como ponto de partida as

²¹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra: Almedina, 5ª ed., 2008, p. 485

categorias acima analisadas (contratos eletrônicos interativos, interpessoais e intersistêmicos) para na sequência também abordarmos breves considerações sobre outros meios expressos ou tácitos de exteriorização da declaração de vontade.

2.3.3.1. Por meio eletrônico – interatividade.

Nas chamadas contratações interativas, dissemos acima, que haverá uma direta interatividade entre o sujeito de direito e um sistema pré-programado, normalmente um site disponibilizado na Internet (de acesso público ou privado/limitado), onde o interessado na contratação irá optar pelo serviço e/ou produto que deseja e está procurando, sendo na maioria dos casos considerada como entre ausentes.

Há uma relação direta entre a oferta e a manifestação de vontade do sujeito, sem a qual não haveria o que se falar em qualquer contratação, e, portanto, devendo ser prontamente repelida pelas partes e pelo Poder Judiciário qualquer manifestação em sentido contrário. Não cabe ao sujeito que livremente exerceu a sua escolha pela contratação, simplesmente nega-la com o propósito de se ver desobrigado de seus atos, condutas e declarações. Admitir o contrário, resultará em grave agressão aos institutos acima analisados quanto a autonomia da vontade e à toda a sistemática do Código Civil.

O adquirente dos produtos ou serviços eletronicamente ofertados, por seu turno, estaria expressando sua vontade quando, após acessar o sistema aplicativo e com ele interagir [...], preenche o campo eletrônico que solicita a indicação de sua plena aceitação aos termos e condições de fornecimento constantes da oferta. Pode-se dizer que é nesse instante que o contrato de adesão é efetivamente celebrado.²¹⁵

²¹⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.* p. 105 e segs.

Nesse sentido foi a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Acórdão da Apelação 1.002406.1322160/002 parcialmente transcrita às páginas 97 e 98 acima²¹⁶ e integrante do Anexo deste estudo.

Nas contratações eletrônicas, incluindo as interativas, não há que se questionar quanto a validade da forma da contratação – forma *ad substantiam* – justamente por ser livre. O máximo de questionamento que podemos admitir, é o questionamento quanto ao seu conteúdo, ou seja, quais foram as cláusulas efetivamente contratadas – forma *ad probationem* – e, havendo dúvidas, caberá as partes demonstrarem o conteúdo do respectivo contrato pela remessa e/ou exibição deste, mesmo que tenha que se recorrer a simples impressão para o papel de uma cópia do contrato eletrônico. Não estamos aqui sustentando que a validade dependerá a impressão do contrato (forma *ad substantiam*), mas apenas que, esta impressão poderá ser realizada para demonstrar o que constituiu o objeto, direitos e obrigações do clausulado do contrato (forma *ad probationem*).

Nesse sentido foi a decisão da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 9076483-06.2009.8.26.0000, em medida cautelar de exibição de documento proposta pela correntista que firmou um contrato de mútuo bancário por meio eletrônico, o fato da manifestação de vontade e a efetiva formação do contrato, terem sido realizadas por tal meio, não representa impedimento para a instituição financeira exibir ao seu cliente uma cópia impressa do referido contrato (forma *ad probationem*), de forma que a correntista consiga apurar se o contrato está sendo adimplido corretamente ou não; isso considerando que a correntista não tenha salvo em seu computador uma cópia eletrônica do contrato.

²¹⁶ “Tendo em vista que o contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, deve prevalecer a vontade das partes no momento da contratação. [...] Atualmente, com os avanços da tecnologia são inúmeros os contratos firmados via internet, não cabendo as partes que contratam regularmente um serviço, alegarem a ausência de assinatura para se eximir de cumprir suas obrigações. [...] Ora, se o réu acessou o sistema da Universidade apelada e firmou um contrato se obrigando a atender as obrigações contratadas, deve cumpri-las. Mesmo porque em momento algum alegou ter a apelada se negado a prestar os serviços educacionais contratados. [...]”

Embora a decisão tenha confundido a existência de documento eletrônico que possa ser convertido para o meio físico com a existência do próprio instrumento físico original, trata-se de situação relevante para o objeto deste estudo ao considerar plenamente válida a contratação e a respectiva manifestação de vontade pelo meio eletrônico, inclusive pela confirmação de que o contrato eletrônico poderá ser simplesmente impresso para a demonstração judicial do seu conteúdo, direitos e obrigações que foram pactuados. Vejamos o seguinte trecho do aresto:

Nem se argumente com a impossibilidade de exibição de contratos eletrônicos em razão da inexistência de “instrumentos físicos”.

Ora, ao afirmar que a autora poderia obter impressão dos contratos em caixas eletrônicos ou via internet, o Banco-réu admitiu a existência física dos documentos solicitados.

[...]

O dever de guarda dos documentos é das entidades financeiras, em razão das atividades que exercem, e não do correntista.

É evidente a necessidade de se entregar à correntista as cópias dos contratos havidos entre as partes, para que aquela possa ter ciência de todos os termos da avença e verificar seu cumprimento por parte do Banco contratado.

Tal como nas demais formas de declaração de vontade, no caso da contratação interativa, normalmente, estaremos frente a uma contratação por adesão, de forma que há um intercâmbio uma interatividade entre os interesses envolvidos, há uma conjugação de fatores de interesses econômicos que resultam na justa expectativa criada entre os polos da relação contratual, os quais devem ser considerados e validados para a confirmação da vontade de contratar. “Como se disse, existe uma pluralidade de fatores de atribuição de efeitos obrigacionais no contrato, que podem advir da autonomia da vontade, mas também da aparência, a boa-fé, ou da ação da parte.”²¹⁷

²¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.* p. 280

2.3.3.2. Por troca de correspondência eletrônica (e-mail)

As correspondências eletrônicas representam um dos meios mais utilizados na atualidade para as tratativas entre empresas, em muitos casos sendo uma forma de substituição de ligações telefônicas, seja por representar um meio mais rápido e de menor custo, ou ainda, por ser mais fácil de realizar registros quanto ao que foi efetivamente tratado entre os diversos participantes das tratativas. Por este meio, é possível contratar, transacionar, distratar, obter informações e esclarecimentos, notificar eventual mora ou inadimplemento, dar conhecimento etc.

Inúmeras seriam as situações em que o e-mail é considerado pelo Poder Judiciário como meio válido e eficaz de comunicação e exteriorização da declaração de vontade entre as Partes, sendo que já tivemos a oportunidade, ao longo deste estudo, de destacar vários trechos de Acórdãos em que a forma de comunicação utilizada foi o e-mail.

No entanto, dentre todos os casos e situações aqui apresentadas, o que nos parece ainda ser o mais relevante é justamente a Apelação nº 966.200-0/7 da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo transcrita na página 78 acima e integrante do Anexo a este estudo, onde houve o reconhecimento da formalização de um aditivo ao contrato de locação por troca de correspondência eletrônica, capaz de dar ensejo a ação renovatória de locação não residencial, ou seja, reconheceu o status de documento escrito ao aditivo firmado por e-mail.

Assim, sob o prisma probatório, os negócios gerados pela internet podem perfeitamente ser catalogados como espécie de prova proveniente de documento.

E isso, porque na clássica lição de Carnelucci, documento é uma coisa que tem em si a virtude de fazer conhecer, e essa qualidade é devida ao seu conteúdo representativo; *“perció documento é una cosa in quanto serve a*

rappresentarne un'altra". De outro lado, "visto que a representação é sempre obra do homem, o documento constitui o resultado de um *opus*". [...] Conclui-se, pois, que a eficácia probante dos contratos eletrônicos deve ser autorizada sem quaisquer óbices e subordinada à prudente análise do julgador, que, poderá por certo, quando se fizer necessário (art. 383, parágrafo único, CPC), recorrer aos demais meios de prova, em especial, à prova pericial para certificar-se da autenticidade do respectivo documento.²¹⁸

Resta assim caracterizada a natureza da forma *ad probationem* ao contrato eletrônico constituído pela troca de correspondência eletrônica. "Não há norma legal, substantiva ou adjetiva, tratando da prova documental, que se possa ter como definitivamente incompatível com o documento que resulta de um processo totalmente informatizado, tenha ele suporte magnético, ótico, ou outro qualquer."²¹⁹

2.3.3.3. Forma de automatização

A forma de declaração da vontade automatizada ocorrerá nas chamadas contratações intersistêmicas que, conforme visto, são em maior número voltadas para as relações interempresariais, porém, com a possibilidade de que em um curto espaço de tempo, tal modalidade de contratação também seja viável e economicamente acessível às relações ditas de consumo.

A exteriorização da vontade de contratar será realizada automaticamente entre dois sistemas interligados, seja por meio da Internet ou por meio de uma rede privada de transmissão de dados. Não há a interferência direta e interativa do sujeito de direito, apenas o contato entre dois sistemas. "Existe um intercâmbio de mensagens eletrônicas automáticas que podem ser consideradas documentos, mas não a assinatura digital. A voluntariedade do

²¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia Probatória dos Contratos Celebrados pela Internet. Revista Forense 353, Jan.-Fev. 2001. Rio de Janeiro: Forense, p. 205-206

²¹⁹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 35

sujeito é manifestada por haver ele instalado o serviço informático em sua empresa, porém não no ato concreto, já que o computador funciona automaticamente.”²²⁰

Conforme destacado na página 89 e nota de rodapé 152 acima, uma das principais formas de exteriorização da vontade automatizada, ocorre pela utilização dos chamados EDI – *Electronic Data Interchange*, que, por representar uma complexa infraestrutura de tecnologia da informação, composta por softwares previamente programados para esta finalidade, hardwares de alta performance, rede de comunicação entre diversos outros equipamentos e serviços, minimiza drasticamente o risco pela ocorrência de falhas e erros.

Assim, quando todas as entidades da cadeia comercial estão interligadas a um sistema de EDI, a passagem de um produto pela leitora óptica da caixa registradora de um supermercado emite um comando eletrônico para o sistema de estoques da empresa, o qual está programado para, ao atingir determinado nível, emitir um comando eletrônico para o sistema de compras que, por sua vez, emite um comando para o sistema de vendas do fornecedor daquele produto. Este, também em razão de prévia programação, emite comando de resposta ao primeiro e, em dele recebendo a ordem de fornecimento eletrônica, emite comandos aos sistemas de controle de faturamento e de entregas, os quais emitirão os respectivos comandos para o sistema de contas a pagar do supermercado, e para os sistemas de fornecimento de empresa transportadora e de seguradora, e assim sucessivamente, os sistemas aplicativos das diferentes entidades se intercomunicarão até que todas as operações envolvendo o fornecimento, pagamento e entrega do produto estejam consumadas.

Nesse contexto, as ações humanas dos representantes das entidades envolvidas ocorreram quando os sistemas aplicativos foram programados e atualizados para operarem na forma acima. Nenhuma ação humana ocorre quando da emissão dos documentos que efetivam as relações jurídicas. Assim, há que se admitir que a manifestação volitiva de cada parte envolvida nas operações efetuadas - supermercado, fornecedor, transportadora, seguradora, banco e outras, conforme o caso - ocorre no momento em que os

²²⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos Eletrônicos. Trad. Edson L. M. Bini. *in* Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes. v. II. São Paulo: Quartier Latin. 2008, p. 557

sistemas aplicativos são programados para a realização de cada uma das comunicações eletrônicas.²²¹

Relevante observar, que ressalvadas as possibilidade de relação de consumo, usualmente esta forma de declaração de vontade é precedida por um outro contrato que será formalizado entre as duas empresas ou pessoas contratantes, de forma que eventuais problemas e/ou dúvidas quanto a efetiva contratação ou a emissão de ordens de compra equivocadas, deve ser tratada diretamente neste primeiro contrato, onde as partes poderão expressar as suas intenções e definir as consequências para cada uma das respectivas situações, sem que restem dúvidas quanto as atos praticados de forma automatizada, os quais deverão ser considerados como existentes, válidos e eficazes.

2.3.3.4. Utilização de Assinatura e certificado digital.

Quanto tratamos de exteriorização da declaração de vontade, além da necessária análise das formas que tal exteriorização poderá assumir, igualmente torna-se relevante a segurança jurídica das partes contratantes quanto a certeza de se saber com quem está sendo firmado um contrato, bem como, quanto a integridade de dados, documentos e informações, além das questões atinentes a representação. Para mitigar tais riscos, torna-se importante o uso da chamada assinatura digital e do respectivo certificado digital.

Inicialmente deve-se ter em mente que a *assinatura digital* não se confunde com a *assinatura digitalizada*.

A *assinatura digitalizada* é o resultado da reprodução eletrônica de uma assinatura física do sujeito de direito, que será inserida em um documento eletrônico, em uma correspondência eletrônica etc. Para os efeitos deste estudo, esta assinatura digitalizada não possui qualquer valor probante de um contrato e da vinculação das partes, já que poderá ser

²²¹ SANTOS, Manoel J. Pereira. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.* p. 105 e segs.

fruto de fraude ou utilização indevida de uma imagem digital de uma assinatura física. Transportando tal situação para o mundo físico, seria a hipótese em que um terceiro de má-fé, obtém uma cópia reprográfica (xerox) da assinatura de uma pessoa e, após recortar a imagem reproduzida na cópia reprográfica, utiliza-se de uma simples cola escolar para inserir esta assinatura em um contrato v.g. de fiança. Obviamente se tratará de uma fraude, e mesmo que não seja uma fraude, não haverá qualquer meio de comprovar a legitimidade da assinatura ou da exteriorização do consentimento.

A *assinatura digital* consiste em uma forma de garantir a integridade de determinado documento eletrônico, pelo emprego de métodos de criptografia²²²⁻²²³ e utilização de “chaves” (códigos) públicas e privadas²²⁴, ou ainda, “trata-se de um esquema que permite a uma entidade dotada de uma ‘chave’, reconhecer e autenticar uma sequência digital proveniente do autor duma missiva electrónica, de modo a autenticá-la.”²²⁵

A assinatura eletrônica é, portanto, uma chave privada, ou seja, um código pessoal e irreproduzível que evita os riscos de fraude e falsificação. Para o Direito Digital, uma chave criptográfica significa que o conteúdo transmitido só pode ser lido pelo receptor que possua a mesma chave e é reconhecida com a mesma validade da assinatura tradicional.²²⁶

²²² “Em termos técnicos, a criptografia é uma ferramenta de codificação usada para envio de mensagens seguras em redes eletrônicas.” PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215

²²³ “Criptografar é ‘tornar incompreensível, com observância de normas especiais consignadas numa cifra ou num código, o texto de (uma mensagem escrita com clareza)’. Ou seja, uma determinada mensagem é submetida a uma codificação (chave) que a torna incompreensível para um leitor comum. Somente a pessoa que tiver o código adequado (chave) poderá submeter o incompreensível à decodificação e tornar novamente compreensível a mensagem.” GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética. 2000. p. 41

²²⁴ “Esse método se caracteriza pela utilização de processo de chave pública e de chave privada, atribuídas a uma pessoa, onde a primeira é objeto de divulgação pública, na Internet, e a segunda é conhecida apenas pelo seu titular. Tais chaves se compõem de elementos criptográficos. Assim, ao enviar uma mensagem, seu emitente usa sua chave privada e a chave pública do destinatário, de modo que tal mensagem somente poderá ser decriptografada mediante a utilização da chave pública do emitente e da chave privada do destinatário. Mediante este método de combinações criptográficas o emitente da mensagem tem a segurança de que ela somente será acessível pelo titular da chave pública utilizada juntamente com sua chave privada. Por outro lado, ao decriptografar a mensagem utilizando sua chave privada e a chave pública do emitente, o receptor terá a segurança de que o titular daquela chave pública é, efetivamente, o autor da mensagem recebida.” SANTOS, Manoel J. Pereira. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.* p. 105 e segs.

²²⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.*, p. 588

²²⁶ PINHEIRO, Patricia Peck. *Op. cit.*, p. 216

O emprego de qualquer um dos métodos de exteriorização da vontade, associado a uma assinatura digital, faz com que o receptor de uma mensagem ou de uma declaração de vontade tenha confiança e segurança quanto a integridade e autenticidade do seu conteúdo.

Porém, a assinatura digital não é suficiente para o reconhecimento quanto ao seu emitente, não caracteriza uma forma segura de confirmação da representação e de possíveis fraudes. A solução para esta questão está na utilização de certificado digital. “A certificação é feita por uma terceira parte (entidade certificadora), que confirma a identidade do autor [...]”²²⁷

O certificado digital é uma estrutura de dados sob a forma eletrônica, assinada digitalmente por uma terceira parte confiável que associa o nome e atributos de uma pessoa a uma chave pública. O fornecimento de um certificado digital é um serviço semelhante ao de identificação para a expedição de carteiras de identidade, só que o certificado é emitido com prazo de validade determinado. O interessado é identificado mediante a sua presença física pelo terceiro de confiança – com a apresentação dos documentos necessários – e este lhe emite o certificado digital.²²⁸

Cumpra observar que o Certificado Digital tem a sua previsão legal na Medida Provisória 2.200-2²²⁹ de 24 de agosto de 2001 que está em vigência por força da Emenda Constitucional nº 32 de 2001. A MP 2.200-2 instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil e o Comitê Gestor da ICP-Brasil vinculado ao Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI.

A conjugação da formalização do contrato por meio eletrônico com o uso de assinatura e certificado digital, resulta na presunção de autenticidade e identificação das partes

²²⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.* p. 105 e segs.

²²⁸ MENKE, Fabiano. Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49

²²⁹ Até a data da conclusão e revisão deste estudo 26.08.2012, não havia sido editada nenhuma nova norma para regular a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

contratantes, inclusive sendo instrumento hábil para dar ensejo a ação de execução de títulos extrajudiciais conforme decidiu a 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação 0146223-38.2008.8.26.0002. Na decisão, o Desembargador Relator – Francisco Loureiro – destaca a desnecessidade de exibição do documento físico, já que o contrato eletrônico formalizado entre as partes é plenamente válido, inclusive com previsão no próprio Código de Processo Civil em seu artigo 365, IV²³⁰ (forma *ad probationem*). Destacamos, por julgar oportuno, o seguinte trecho do aresto.

No tocante à nulidade supostamente decorrente da apresentação de cópia do título ora executado, mais uma vez não assiste razão à apelante.

Com efeito, a Medida Provisória nº 2.200/01, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), determina em seu artigo 10, §1º que "*as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários*".

O contrato que se pretende a execução, por sua vez, apresenta certificação digital em conformidade com as exigências legais, o que demonstra a verossimilhança das alegações do apelado.

Conforme destacado na transcrição acima, o artigo 10 da Medida Provisória 2.200-2 que já foi objeto de análise em diversos momentos deste estudo, determinar que os documentos eletrônicos que foram instruídos com o Certificado Digital serão presumidos como verdadeiros em relação aos seus signatários, vejam que não estamos falando propriamente de validade do negócio jurídico, mas sim, de presunção de autoria.

Com a sua utilização, é possível identificar se a autoria e a assinatura são efetivamente da pessoa que se diz ser, ou seja, havendo divergência entre a pessoa (natural ou

²³⁰ Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais:

VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

jurídica) que consta do contrato e a pessoa que consta do certificado digital, estaremos frente a um documento de validade questionável, a qual poderá ser suprida pela conduta reiterada das partes. Mesmo que haja tal divergência, porém as partes dão sequência as tratativas e a execução das obrigações contratuais, com o cumprimento de uma determinada obrigação de fazer e com a sua contrapartida, o pagamento, não há que se falar em futuro questionamento quanto a validade ou não do contrato, pois tal alegação resultaria na indevida atuação contrária aos seus próprios atos – *venire contra factum proprium*²³¹.

Quanto a eventual distinção entre a autoria do documento e o “proprietário” do certificado digital, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar por inúmeras e reiteradas vezes em todas as suas turmas, no sentido de que as petições assinadas digitalmente por advogados distintos daqueles que constam dos autos como procuradores das partes e respectivos signatários dos recursos, deverão ser desconsideradas, ou melhor, consideradas como atos jurídicos inexistentes, face a divergência da identificação.

Embora o caso referido envolva questões puramente processuais, entendemos caracterizar um importante precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a utilidade e a validade dos documentos eletrônicos com assinatura e certificação digital. Vejamos o seguinte trecho do aresto de relatoria da Ministra Nancy Andrighi na decisão dos Embargos Declaratórios no Ag. Reg. no Ag. em Recurso Especial nº 90.406-BA.

Conforme certidão de fl. 249 (e-STJ), verifica-se que o subscritor da petição do presente recurso, Dr. Marcelo Cintra Zarif (e-STJ fl. 247), não é o titular do certificado digital utilizado para assinar a transmissão eletrônica do documento.

²³¹ “O *venire contra factum proprium* aparece assim, ao lado de outras figuras, como um modelo concreto de comportamento contrário à boa-fé, específico na sua própria generalidade. [...]”

Cumprir lembrar ainda que o próprio *nemo potest venire contra factum proprium* se apresenta como uma fórmula de certa amplitude – um princípio, no sentido aqui adotado – que, embora mais próximo do caso concreto que a boa-fé objetiva, não se pode considerar aprisionador da avaliação particular de cada hipótese *sub judice*. Também na inadmissão de comportamento incoerente, o último passo da concretização caberá sempre ao juiz.” SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 126

A assinatura eletrônica destina-se à identificação inequívoca do signatário do documento. Desse modo, não havendo identidade entre o titular do certificado digital usado para assinar o documento e o nome do advogado indicado como autor da petição, deve esta ser tida como inexistente, [...]

Portanto, as formas de exteriorização da vontade acima analisadas, por si só, já podem ser consideradas como plenamente válidas para a formação de um contrato eletrônico, no entanto, com o emprego conjunto de sistemas de segurança da assinatura e do certificado digital, as partes que desejarem contratar pelo meio eletrônico poderão ter mais segurança jurídica. Tais afirmação não descartam o que foi visto quanto a teoria da confiança, a autonomia privada, boa-fé objetiva e seus deveres laterais ou anexos, os quais são igualmente formas de confirmação e validade dos negócios jurídicos firmados pelo meio eletrônico.

2.3.3.5. Pagamento digital – Digital Money (Pay Pass, Google Wallet, etc.)

O pagamento digital, embora não seja diretamente vinculado a uma forma de declaração da vontade na fase de formação do contrato, acaba assumindo a figura de um importante fato jurídico como requisito de validade do contrato eletrônico em função das circunstâncias negociais.

Tal afirmação é realizada na conjectura da aplicação da boa-fé objetiva, em especial pela incidência dos institutos da *suppressio*²³², *surrectio*²³³, *tu quoque*²³⁴ e do *venire contra factum proprium*²³⁵.

²³² “Diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé.” MENZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Op. cit.* p. 797

²³³ “Para Jürgen Schmidt, as regras codificadas quanto ao influxo da efetividade sobre a regulação jurídica constituem, até pela sua diversidade, *lege speciales*. Sobre elas, como complementação do Direito legislado, ergue-se, a *lex generalis*, susceptível de revestir dois aspectos: ora faz desaparecer um direito que não corresponda à efetividade social – é a *suppressio* – ora faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, era tido como presente – é a *surrectio*.” *Ibid.* p. 816

²³⁴ “A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído.

O pagamento digital aqui referido é frequentemente verificado nas contratações interativas, muitas delas para concretização de relações envolvendo consumidores, onde após a escolha do produto, com as respectivas qualidades e quantidades, o usuário de um site opta por realizar o pagamento direto pelo mesmo site de compras.

As formas de pagamento podem ser as tradicionalmente conhecidas no mundo físico, tal como pagamento por um boleto bancário ou um depósito em conta bancária, bem como pelo uso de cartões de crédito e/ou débito. Nesta última hipótese haverá uma distinção quanto a sua forma, sendo que no mundo físico, teremos que portar o cartão físico (também conhecido como “plástico”), sem o qual não é possível realizar uma transação de pagamento. No entanto, para a compra eletrônica, caberá ao próprio usuário do site informar eletronicamente por meio de preenchimento de dado, o número do cartão de crédito ou débito, o nome de seu titular tal como consta do “plástico”, a data de validade e um código de segurança que é impresso no próprio “plástico”. Somente com a conjugação de todas estas informações, será possível concluir a operação.

Observe-se que tais dados são exigidos cumulativamente para evitar fraudes, pois quanto mais completo e complexo o número de informações, menor será o grau de fraudes, como também, pela presunção de que somente o titular do cartão, terá acesso de todas estas informações. Se um terceiro utilizar-se de tais informações, acreditamos que será devido a uma das duas hipóteses: ou o terceiro obteve de boa-fé diretamente do titular do cartão de crédito/débito com a devida anuência de seu titular para realizar operações de pagamento; ou o terceiro obteve de má-fé, seja pelo furto ou roubo do cartão (“plástico”), seja por qualquer meio fraudulento. Para a segunda hipótese, o comportamento do titular do cartão que se

[...] Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento.” *Ibid.* p. 837

²³⁵ “A locução *venire contra factum proprium* traduza o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível. [...] *Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos

seguirá após a conclusão da operação, ou ainda, o histórico de outras transações semelhantes, poderá ser decisivo para a identificação se uma situação real de fraude ou não. Exemplificando, se um pai de família teve por meses sucessivos um lançamento de débito em seu cartão referente a aquisição de jogos virtuais que são utilizados por seu filho, porém, de um momento para o outro passa a questionar junto a administradora do cartão tais lançamentos, teremos uma situação no mínimo suspeita de violação da boa-fé objetiva – *tu quoque e venire contra factum proprium*. No entanto, se na primeira operação já há a reclamação, a conclusão inverte-se por completo.

Tem-se avançado muito no desenvolvimento de tecnologias que diminuam o número de fraudes no sistema de pagamento por via digital. Neste sentido, têm surgido cartões de dinheiro eletrônico com limitação de aproveitamento por parte de terceiros.²³⁶

Adicionalmente a tais situações, também podemos caracterizar o pagamento digital como forma de anuência a um contrato eletrônico, pois, se o sujeito realizou determinada compra, confirmou o seu pagamento, e tempos depois opta por simplesmente negar o prévio e anterior conhecimento às condições contratuais, teremos igualmente uma situação desafiadora da boa-fé objetiva, e neste caso, da boa-fé subjetiva também.

É neste sentido que entendemos que a forma de pagamento digital também resulta como demonstração da declaração de vontade de contratar em função das circunstâncias negociais ao longo de todo o processo obrigacional.

Maior relevância ainda, teremos nas situações do denominado *Digital Money*²³⁷ entre eles destacamos o *Pay Pass*²³⁸, o *Google Wallet*²³⁹ e outros meios de pagamento que se

da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo.” *Ibid.* p. 742-745

²³⁶ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Direito do Comércio Eletrônico. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2011, p. 203

²³⁷ Em tradução livre “dinheiro digital”.

assemelhem, pois seria absolutamente impossível esgotar tal tema frente a diária evolução das tecnologias e dos meios de pagamento, no entanto, temos em todas estas formas de pagamento, pelos menos um fato jurídico em comum, o expresso consentimento dos usuários em realizar o pagamento eletrônico em função de cadastros previamente realizados.

O *Pay Pass*, representa uma forma de pagamento por cartão de crédito, porém sem o contato físico do próprio cartão de crédito (“plástico”) com qualquer equipamento, ou seja, o proprietário do “plástico” simplesmente aproxima o seu cartão de um receptor de sinal, e automaticamente haverá o reconhecimento de seus dados e a autorização do pagamento. O sujeito que desejar utilizar desta forma de pagamento, deverá obter previamente um cartão de crédito com esta opção, havendo assim uma manifestação de vontade prévia quanto a forma de pagamento à futura contratação.

O *Google Wallet* representa uma solução eletrônica desenvolvida pela Google que conta com o intercâmbio de informações entre um banco, uma administradora de cartões de crédito, um equipamento de aparelho celular do tipo *smartphone* ou diretamente no próprio computador pessoal, a adesão e prévio cadastramento pelo proprietário do cartão de crédito, uma entidade certificadora e um lojista. Basicamente, a pessoa interessada em utilizar esta forma de pagamento, irá implantar o software disponibilizado pela Google para tal finalidade em seu celular ou em seu computador pessoal, posteriormente realizará o cadastrar os seus cartões de crédito, de débito e eventuais cartões de fidelidade com fornecedores.²⁴⁰

Realizado o cadastramento e habilitada a função para transmissão de dados, a pessoa não irá mais carregar consigo qualquer um destes cartões físicos (“plásticos”), sendo que ao realizar uma compra, simplesmente irá utilizar as informações previamente cadastradas, ocasião em que a transação de pagamento com o cartão de crédito/débito selecionado será

²³⁸ Em tradução livre “pague de passagem”.

²³⁹ Em tradução livre “carteira Google”.

²⁴⁰ Disponível em: http://www.google.com/wallet/#utm_source=RE&utm_medium=re-wal

concluída, inclusive com a eventual identificação do cartão de fidelidade do cliente junto ao fornecedor.

Todas estas operações são realizadas automaticamente, podendo ser utilizado para a aquisição de produtos em estabelecimentos comerciais físicos ou virtuais (sites de compras), ou até mesmo pelo uso das chamadas *Smart TV*, onde um telespectador que desejar adquirir uma roupa semelhante a que está sendo utilizada pelo ato, por exemplo, poderá com um simples toque no equipamento de televisão acessar a loja virtual que disponibilize esta roupa, adquirindo-a de imediato e com o pagamento pelos dados que estão cadastrados no *Google Wallet*.²⁴¹

Assim, nos parece correto afirmar que havendo um contrato eletrônico de compra e venda de determinado bem móvel ou simplesmente do *download* de uma música ou um filme, embora o contrato seja válido, o fornecedor poderá ter dificuldades em demonstrar o consentimento do adquirente. No entanto, com o uso de meios eletrônicos de pagamento, tais como os vistos aqui, haverá uma maior certeza quanto a real intenção e consentimento na aquisição, pois não é crível que alguém de boa-fé realize uma compra e venda com o pagamento por meio digital e venha no futuro sustentar que não anuiu ou que não tinha conhecimento/discernimento de suas ações. A validade de qualquer contrato, em especial pelo meio eletrônico, é fundada em uma íntima relação com os institutos derivados da boa-fé objetiva e a análise das circunstâncias negociais (operabilidade, eticidade e socialidade).

2.3.3.6. O silêncio como comportamento contudente (conduta tácita)

O silêncio como forma de manifestação de vontade para a formação do contrato, ganha maior relevância com o Código Civil de 2002, já que anteriormente não havia a sua

²⁴¹ Até onde a pesquisa deste mestrando alcançou, todo este sistema descrito acima ainda não está disponível no Brasil, sendo atualmente possível em alguns Estados dos Estados Unidos da América do Norte e para os clientes do Citibank.

positivação em nosso ordenamento, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial pela interpretação dos artigos 1.079 e 1.084, ambos do Código Civil de 1916.²⁴²

O artigo 111 do Código Civil estabelece que *o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*. Da leitura do artigo, identificamos de plano dois requisitos para caracterizar o silêncio como anuência da contratação: i) circunstâncias negociais ou os usos (conceitos indeterminados); e, ii) não houver obrigação de declaração expressa.

Aqui, tal como nas demais situações acima analisadas, identifica-se de plano a expressa opção do legislador por potencializar a função interpretativa das circunstâncias negociais como forma de preservar a validade do negócio jurídico. E mais, utiliza-se de dois conceitos indeterminados, que foram aplicados de forma seguida e complementar “circunstâncias” e “usos”; garantindo assim, um maior espectro para a autonomia privada na declaração de vontade.

Ambos os requisitos seguem uma das diretrizes que regula e permeia o atual diploma civil brasileiro, que é, justamente, a valorização das “circunstâncias do caso” como elemento hermenêutico fundamental para a compreensão das relações civis. Conquanto opere com conceitos, não podendo prescindir da abstração e da generalidade, as normas jurídicas, visando a ordenar a realidade social, não podem estar rigidamente presas a padrões estanques e pré-determinados, abstraídas das circunstancialidade que cerca as situações da vida.²⁴³

Podemos, portanto, identificar a possibilidade do silêncio como comportamento contundente e representativo da declaração de vontade na contratação eletrônica, especialmente nas situações de contratos intersistêmicos e interpessoais. Vejamos.

²⁴² TUTIKIAN, Priscila David Sansone. O Silêncio na Formação dos Contratos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 106-111

²⁴³ *Ibid.* p. 115

Nos contratos intersistêmicos, como vimos, haverá duas fases, sendo a primeira de definição de um contrato (físico ou eletrônico), v.g. de fornecimento de produtos para a rede de distribuição, como se dá com os supermercados em relação aos produtores industriais. A segunda fase é representada por uma sequência de sucessivos contratos de compra e venda realizados diretamente entre os respectivos sistemas de informática de cada uma das empresas, onde, havendo saída do estoque da distribuidora (o supermercado), haverá a imediata realização de uma nova compra do produtor industrial para a sua reposição. Toda a transação se dá de forma automatizada, sem que exista qualquer formalização de propostas e/ou aceites, apenas um pedido de remessa com a posterior entrega e faturamento do pedido. Não houve qualquer aceite e/ou manifestação expressa quanto a contratação.

Este ciclo contratual estabelecido pelos usos e pelas circunstâncias desta contratação, resulta na aplicação direta do artigo 111 do Código Civil, onde, enquanto não houver a manifestação expressa do distribuidor (o supermercado) para cessar o fornecimento de novas remessas, ou ainda, a manifestação expressa do produtor industrial de que não atenderá mais pedidos daquele produto, haverá a continuidade de sucessivos contratos de compra e venda.

Já para os interpessoais, poderemos ter semelhante situação da acima apontada, porém, realizada pela troca de e-mails. Como exemplo, podemos citar a hipótese de uma pessoa enviar um e-mail ao seu advogado questionando quanto a possibilidade de prestar serviços para a revisão de determinadas cláusulas contratuais. Como a relação entre este cliente e seu advogado já existia anteriormente, poderá não ter um aceite expresso da contratação, simplesmente o advogado executa o trabalho e devolve o e-mail ao cliente com as cláusulas já revisadas e o posterior faturamento dos honorários. Aqui, igualmente não houve qualquer aceite expresso, muito pelo contrário, houve o silêncio quanto a proposta inicial com a subsequente execução do serviço. Houve, na hipótese, uma “conduta recognoscível”, conforme expõe Renan Lotufo.

É evidente que não pode haver negócio jurídico sem manifestação de vontade.

Não se deve, porém, confundir a ausência de manifestação de vontade com a conduta recognoscível, pois esta é aceita como expressão de vontade.

[...]

O silêncio, pois, é uma forma de comunicação expressiva da vontade na conclusão dos negócios jurídicos, quando o tipo de negócio estiver submetido a um regime jurídico específico, quer pela lei, quer pelas circunstâncias ou usos, que não exija a declaração expressa.²⁴⁴

O silêncio, sempre que resultar das circunstâncias e do uso das relações contratuais, incluindo as eletrônicas, e não havendo vedação legal, poderá ser interpretado como manifestação de aceite da contratação, principalmente se tal condição constar expressamente de um determinado contrato ou de uma proposta.

Em sentido semelhante foi a decisão proferida pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no conhecido “caso dos tomates” referenciado na nota de rodapé 42 acima (páginas 29-30), que embora a decisão tenha sido proferida na égide do Código Civil de 1916, foram aplicados os princípios da boa-fé objetiva e da função social, bem como, restou reconhecido que as circunstâncias do caso e os usos praticados entre as partes (produtores de tomates e indústria alimentícia), demandaria da expressa manifestação quanto a vontade de NÃO contratar, sendo o silêncio interpretado, naquele caso, como intenção em dar seguimento ao contrato tal como sempre tinha sido realizado.

E concluindo ente ponto, destacamos o escólio de Eduardo Ribeiro de Oliveira, para quem “O silêncio revela, enquanto capaz de significar manifestação de vontade, tendo em vista as circunstâncias e os usos. Se apto a criar a convicção de que houve anuência, é o que importa. Trata-se de circunstância que há de ser aferida em face do caso concreto. [...] Claro

²⁴⁴ LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. v. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 300-305

está que, havendo texto de lei ou, como previsto no direito português, convenção estabelecendo que a falta de manifestação explícita será entendida como concordância, não há o que discutir, sendo desnecessário, em princípio, indagar de outras circunstâncias.”²⁴⁵

2.3.3.7. O uso das cláusulas gerais

Como último ponto a ser tratado dentro da declaração da vontade – autonomia privada – conforme nossa proposta, passamos a analisar o uso das cláusulas gerais, as quais, nos parecem que podem ser facilmente identificadas nas três modalidades de contratações eletrônicas (interpessoais, intersistêmicas e interativas), tendo em vista a necessidade de agilidade no trato das relações comerciais²⁴⁶, “fenómeno no qual o consensualismo, com a sua exigência de estipulação elaborada, deliberada e consciente de ambas as partes, cede a uma espécie de ‘legislação privada’, com poderes de coordenação atribuídos à parte que predispõe os termos contratuais [...]”²⁴⁷.

As cláusulas contratuais gerais são estipulações pré-estabelecidas, contratos inteiros e completos, elaborados unilateralmente e, em regra, pelo proponente, com o objetivo de atender a um número indeterminado de relações jurídicas, as quais irão observar o mesmo conteúdo e forma de contratação por adesão.²⁴⁸ Em regra, não se admite alteração de qualquer

²⁴⁵ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Comentários ao Novo Código Civil. v. II. Cood. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 240

²⁴⁶ “As cláusulas contratuais gerais devem-se às necessidade rapidez e de normalização ligadas à moderna sociedade técnica, como foi referido. Não há que perder tempo em negociações relativas a actos correntes, enquanto as entidades que actuam com recurso às cláusulas devem, por razões que se prendem com o seu funcionamento, conhecer de antemão o tipo o tipo de vinculações a que vão ficar adstritas. Elas devem-se, ainda, à procura de maiores lucros, generalizada pela concorrência.

O poder que o recurso às cláusulas coloca nas mãos dos seus utilizadores é considerável: muitas cláusulas contratuais gerais são mais relevantes para a comunidade jurídica do que múltiplos diplomas legais.” MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português – parte geral. v. I, t. I. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 599

²⁴⁷ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina. 2007. p. 461

²⁴⁸ “Não é somente no seio dos contratos de adesão, das relações entre produtores e consumidores, que há lugar ao uso de cláusulas contratuais gerais, ao uso de formulários e de estipulações standardizadas – sendo que elas aparecem também nas relações contratuais entre produtores, nas relações comerciais entre empresas, e aparecem frequentemente de forma assaz curiosa, dando origem à ‘guerra dos formulários’ (‘battle of the forms’) [...]” ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.* p. 473-474

cláusula, mas nada impede que as negociações de cada sujeito de direito resultem em pequenas alteração com efeitos *inter parts*. “Visam *moldar a vontade* dos intervenientes nos negócios jurídicos a que as cláusulas respeitam. Estes, subcrevendo-as, como proponentes, ou aceitando-as, como destinatários, assumem posições negociais. São pré-elaboradas, estando disponíveis antes de surgir a declaração que as perfilha. Apresentam-se de maneira generalizada, ou seja, podem ser utilizadas por pessoas indeterminadas, quer como proponentes, quer como destinatários. [...] Não representam fenômeno exclusivo dos contratos de consumo, podendo surgir, também, nos contratos civis e empresariais.”²⁴⁹

É usual que os contratos de cláusulas gerais sejam registrados em cartórios de títulos e documentos, evitando-se alterações indevidas por um representante ou qualquer outro interessado que esteja na cadeia da distribuição do produto ou serviço.

A maior parte da doutrina, defende que as cláusulas gerais são usualmente aplicadas aos contratos de massa e nas relações de consumo. Descordamos de tal posicionamento, uma vez que a estratégia empresarial pode determinar a sua adoção, seja para o objetivo do quanto destacado no parágrafo anterior, como para o objetivo de padronização de suas contratações com clientes igualmente empresariais (relações de lucro conforme será visto no próximo ponto), facilitando a gestão administrativa dos contratos por seus respectivos departamentos internos. Assim, podem ser aplicados em diversos segmentos de atuação, sendo alguns exemplos: licenciamento de software; contrato de *Help Desk*; contratação de provedores de Internet; fornecimento de equipamentos, transporte; editoração; instituições financeiras; seguradoras; franquias, shopping center (contrato com os lojistas) etc.

Por se tratar de forma de contratação por adesão e sendo as cláusulas pré-dispostas unilateralmente, cabe ao operador do direito responsável pelo desenvolvimento de tal modelo contratual, cuidados especiais com a clareza do texto, a elaboração de condições, direitos e

²⁴⁹ MELO, Diogo L. Machado de. Cláusulas Contratuais Gerais. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 50-51

obrigações de forma equilibrada e o mais equânime quanto possível, bem como, com os requisitos atrelados a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Tais medidas são fundamentais em relações envolvendo consumidores em função das disposições do Código de Defesa do Consumidor que resultem na nulidade de cláusulas abusivas e em descompasso com suas determinações. Mas o cuidado é igualmente necessário nas relações cíveis e empresariais, pois os artigos 423 e 424 do Código Civil representam verdadeiro comando legal de proteção ao aderente de tais formas contratuais, inclusive com a determinação de interpretação mais favorável ao aderente.

Portanto, embora as cláusulas gerais sejam plenamente válidas e eficazes, devem ser utilizadas com cautela, sob pena de serem afastadas pelo Poder Judiciário em casos de abuso da forma ou do direito, perdendo-se a oportunidade de serem interpretadas pela sua importância objetiva e pelos investimentos e riscos que as partes se sujeitaram.²⁵⁰

3. Contrato eletrônico – quanto aos interesse econômicos.

Usualmente, a doutrina clássica de Direito Civil dividia a análise hermenêutica quanto aos efeitos de um contrato sob a ótica da qualidade das pessoas envolvidas (análise subjetiva) no negócio jurídico, ou melhor, pela qualidade e quantidade de pessoas envolvidas, aplicando uma interpretação mais rigorosa para as relações cíveis e de consumo, e uma interpretação mais flexível no que concerne às relações empresariais ou interempresariais. Como exemplo do que está aqui se pontuando é o escólio de Vicente Ráo em sua clássica obra *O Direito e a Vida dos Direitos*.

²⁵⁰ ALPA, Guido. *L'interpretazione Del Contratto – orientamenti e tecniche dela giurisprudenza*. 2 ed. Milano: Giuffrè Editore. 2001, p. 88-89. “Se ‘interpretare’ significa non solo dare um senso alle espressioni letterali usate dalle parti, ma anche apprezzare nella sua oggettiva rilevanza il regolamento contrattuale, le regole interpretative diventano (come diffusamente si è osservato in premessa) una serie di strumenti che il giudice adopera per ripartire il rischio contrattuale.” Em tradução livre: “Se ‘interpretar’ não só é dar um sentido de expressões literais usadas pelas partes, mas também apreciar suas regras contratuais de importância objetiva, regras interpretativas tornam-se (como observou-se diffusamente na introdução) um conjunto de ferramentas que o Tribunal trabalha para distribuir o risco contratual.”

Em princípio, já dissemos, todos os direitos subjetivos, sejam quais forem, encontram lugar próprio na classificação que os distingue e divide sendo o seu objeto; é o que também sucede, pois, com os direitos de tipo social, ou direitos-funções e, mesmo, com os direitos corporativos.

Autores há, no entanto, que, ao classificarem os direitos, preferem adotar, como ponto de partida, a diferença existente entre os direitos puramente ou predominantemente individuais e os que se originam da vida corporativa ou, então, entre os direitos individuais e os direitos-funções; e, procurando justificar tais critérios, ora afirmam que as relações entre as corporações e seus membros jamais poderiam equiparar-se às relações externas que surgem entre as pessoas físicas ou jurídicas independentes, ora invocam a necessidade de se considerar a diversidade de comportamento produzida, de um lado, pelos direitos corporativos (inclusive pelos referentes ao Estado, havido como corporação política) e, de outro lado, pelos direitos individuais. Na verdade, não se contesta, nem se poderia contestar, que diferenças existem entre os deveres e as faculdades dos membros dos grupos ou corpos sociais ou políticos, e as obrigações e poderes a cada qual pertencentes de modo singular, ou autônomo. Nem haveria como contestar-se que uns direitos são, acentuadamente, representativos de interesses grupais ou gerais, enquanto outros representam interesses precipuamente individuais, embora ao interesse geral também se ligue – e de modo fundamental – a coexistência pacífica do exercício destes últimos, como condição de sobrevivência da própria ordem social e jurídica.²⁵¹

No entanto, a proposta que adotamos é considerada contemporânea e ainda pouco desenvolvida em nosso direito privado, a qual consiste em uma análise objetiva por critérios econômicos, ou seja, analisa-se se determinado contrato tem por finalidade o lucro ou não. Tal forma de pensar foi originalmente apontada por Antonio Junqueira de Azevedo, à quem a morte precipitada não permitiu aprofundar o seu estudo, mas não impede que seja aplicada. Semelhantes estudos também encontramos na obra de Teresa Negreiros²⁵².

²⁵¹ RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 2 vol. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 443

²⁵² NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato – novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

Com algumas poucas manifestação efetivamente publicadas por Antonio Junqueira de Azevedo, a teoria de uma nova dicotomia aos contratos (contratos de lucro x contratos relacionais) vêm a demonstrar que o foco não é o indivíduo e/ou grupo de indivíduos que praticam determinado negócio jurídico, nem tão pouco a qualidade destes, mas sim, o interesse social-econômico que fundamenta o negócio jurídico formalizado entre as posições jurídicas ativa e passiva de um dado contrato. Ou seja, deve ser buscado a identificação se se estamos frente a um contrato com finalidade de lucro ou não, devemos realizar a análise de acordo com a estrutura do negócio jurídico firmado entre as partes.

Tal teoria, em nosso entender contribui de forma fundamental, como um verdadeiro divisor de águas, entre o que se entende por relação empresarial, relação cível e relação de consumo, resolvendo uma questão que até a presente data não se mostrou suficientemente solvida na doutrina de Direito do Consumidor frente ao embate travado pelos seguidores das correntes maximalista e finalista. Muito embora a atuação do Superior Tribunal de Justiça esteja sendo decisiva para prevalecer a posição finalista, em especial após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando a posição maximalista sofreu forte redução.

Obviamente, por defendermos a ideia de Antonio Junqueira de Azevedo quanto a categoria de contratos de lucro, defendemos a posição finalista, tal como destacado por Cláudia Lima Marques.

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante empresário, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção *subjetiva* de consumidor, a qual excluiria totalmente do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais e entre duas pessoas jurídicas comerciais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.

[...]

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produtor, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida ‘destinação final’ do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

[...] Após 14 anos de discussões, o STJ manifestou-se pelo finalismo e criou inclusive um finalismo aprofundado, baseado na utilização da noção maior de vulnerabilidade, exame *in concreto* e uso das equiparações a consumidor conhecidas pelo CDC.²⁵³⁻²⁵⁴

Observe-se que a análise aqui tem que ser realizada inclusive sob o aspecto econômico-social e da estrutura do negócio jurídico, e não pelo seu aspecto subjetivo. Nesse sentido se manifestou o Juiz de Direito Dr. Fernando Bueno Maia Giorgi, ao sentenciar os autos de Processo sob nº 583.00.2003.138.789-6 da 29ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo em que o objeto da lide era um *software* de gestão empresarial.

[...] Note-se, ainda, que a inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, não pode ser aplicada, já que não existe relação de consumo entre as partes. A autora adquiriu o produto para utilização em seu processo produtivo empresarial, o que afasta a condição de destinatário final. Assim, a relação jurídica discutida nos autos é empresarial e não de consumo. [...]

²⁵³ MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 68-70

²⁵⁴ Nesse sentido destacamos os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça referenciados por Cláudia Lima Marques, além de outras decisões que serão destacadas ao longo do presente ponto: REsp 476.428/SC, rel. Min. Nancy Andrighi; AgRg nos EDcl no REsp 561.853/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; REsp 541.867/BA, rel. Min. Barros Monteiro; REsp 296.516, rel. Min. Nancy Andrighi.

Assim, um contrato que venha a ser firmado e que tenha um cunho profissional, que tenha utilidade para o incremento da produção e/ou profissionalismo, tal como se dá quando busca-se melhorar a gestão e administração de uma empresa (*lato sensu*) com o nítido objeto de auferir lucro, resultará na configuração de uma verdadeira relação de meio e não uma relação de usuário final.

Vejamos as considerações de Antônio Junqueira de Azevedo, que, conforme dito acima, veio a inaugurar a tese de uma nova categoria contratual, a categoria de contratos de lucro, tendo constado em Parecer publicado sob o número 17 *in* Estudos e Pareceres de Direito Privado, 2004, que tratando exatamente da questão distintiva de relação de consumo e relação empresarial na concessão de sistemas de informática, assim se manifestou:

15. Ademais, essa atividade da Santa Casa de Itapeva – é a própria inicial que afirma – visava à obtenção de recursos para as suas atividades habituais (cf. item n. 2 desse parecer). Tratava-se, pois, de atividade empresarial comum e, ainda que se diga que a Santa Casa de Itapeva tem como finalidade última atender doentes, a atividade contratual, objeto da ação, era atividade-meio. Com ela visava a autora obter lucros ou vantagens. Não há, no contrato, nada que revele ‘relação de consumo’, como se a autora estivesse a adquirir remédios ou leitos para suas atividades-fins! [...]

16. Essas considerações, que afastam conclusivamente a qualificação de ‘relação de consumo’, também nos levam inexoravelmente à 2ª questão: a autora não era ‘destinatária final’, para ser considerada consumidora na *res in judicio deducta*.

[...]

18. O critério do CDC, na qualificação de consumidor, é o finalista. É o mesmo que ocorre na França (cf. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Nathalie Sauphanor, Paris, LGDJ, 2000, n. 5, p. 4), na Espanha, de onde tiramos nosso art. 2º, no Uruguai, que, por sua vez, copiou nosso Código, e em vários outros países do mundo.

[...]

Apesar dessa tendência expansiva, o CDC, evidentemente, não eliminou noções teóricas do direito contratual, como a de função ou causa final, caracterizadora dos tipos contratuais. Nessas condições, o contrato de fornecimento de serviços do CDC não é simplesmente, como vimos, todo contrato em que alguém realizada uma atividade devida contratualmente. [...] O exame da função do contrato é indispensável;²⁵⁵

Neste mesmo sentido foram as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais que tenham por objeto o lucro, conforme se observa dos Acórdãos no Agravo de Instrumento sob nº 1.230.009-0/0 e na Apelação Civil com Revisão sob nº 941.042-0/5, dos quais destacamos os seguinte trechos.

Agravo de Instrumento nº 1.230.009-0/0 – TJ/SP:

Conforme interpretação do art. 2º do CDC, considera-se consumidor a pessoa, física e jurídica, que adquire produtos ou utiliza-se de serviços como destinatário final, vale dizer, sem incorporação do bem ou serviço na cadeia produtiva de sua atividade econômica.

A autora, indústria de cosméticos, adquiriu programas de informática a serem utilizados “para melhor aproveitamento de seu processo produtivo” (fls. 13), firmando contrato tipicamente mercantil, sendo, pois, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Apelação Civil com Revisão sob nº 941.042-0/5 – TJ/SP:

Infere-se que a autora contratou com a ré o desenvolvimento e a instalação de um sistema informatizado de controle de imagens visando o aprimoramento de suas relações comerciais, já que atua no ramo de criação, planejamento e produção de campanha publicitárias.

Logo, o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao caso em tela, visto que o artigo 2º caracteriza consumidor, como **“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”**, conceito em que não se enquadra a demandante.

²⁵⁵ AZEVEDO. Antonio Junqueira de. Estudos e Pareceres de Direito Privado. 2004, São Paulo, Saraiva, p. 230-232

Como se nota, o litígio diz respeito a serviço adquirido para implementar o trato comercial da autora, de forma que não é destinatária final do produto e sua atividade pode ser caracterizada como de meio e não de consumo final.

Para que fosse aplicada a Lei 8.078/90, necessário tivesse a qualidade de consumidor, ou seja, destinatário final, o que não se vislumbra na hipótese “sub judice”.

Nesse diapasão, o extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil já decidiu que: “quem adquire ou se utiliza de bem ou produto para realização de lucro, não pode ser tido como consumidor.” (Ap. c/ Ver. 558.040-00/7 – 4ª Câ. – Rel. Juiz Moura Ribeiro – J. 14.3.2000).

Analisando as circunstâncias negociais e o objeto do negócio jurídico existente (caso *in concreto*), combinado com a aplicação dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que norteiam todo o novo Código Civil, resta inequívoco a necessidade de aplicação da nova categoria contratual proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, qual seja, o contrato de lucro, sob o qual não se aplicam os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor.

Em palestra proferida no VI Simpósio Nacional de Direito Civil realizado em 22 de outubro de 2010 pelo Centro de Extensão Universitária / IICS – Instituto Internacional de Ciências Sociais (São Paulo – SP), o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao analisar a proposta da dicotomia aqui referenciada, ponderou que:

Pode-se dizer que o contrato é de lucro quando celebrado entre empresas no exercício de sua atividade econômica. Como a empresa é constituída para o fim de obter benefícios de sua atividade, o negócio que realiza nessa sua atividade para atingir os fins que lhe são próprios tem de ordinário a finalidade de obter lucro.

Leva-se em conta aqui não o objeto da prestação contratada, mas a função econômica a que o contrato está apostado.

Desinteressa a intenção subjetiva das partes e o resultado concreto a final obtido, pois nem se pode definir o contrato com base no elemento

psicológico, nem a partir de um resultado que poderá não acontecer. Isto é, o contrato pode ser de lucro, embora tenha efetivamente causado prejuízo à parte.

Também é contrato de lucro o celebrado por pessoa física que atua no mercado como investidor ou aplicador de capitais, esperando o benefício da sua aplicação. O profissional que atua no mercado para obter lucro pode celebrar contrato com essa característica.

Trata-se de contrato ordinariamente negociado, com fase de tratativas e negociações preliminares. São os contratos “de gré à gré” mencionados pelos franceses, em oposição aos contratos de adesão. Mas não necessariamente: os contratos de aplicação em bolsa são de lucro, mas não são negociados.

[...]

Conforme preconizam o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo e Teresa Negreiros, esses contratos existenciais admitem maior participação do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social.

Já nos contratos empresariais e nos de lucro, essa intervenção heterônoma seria de menor força. Como se cuida de atividade de risco, que objetiva o lucro, com propósito eminentemente patrimonial, o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo atribui às partes os cuidados que devam adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão.

Portanto, caberá ao operador do direito, no momento da elaboração e da interpretação de um contrato eletrônico, seja quanto a sua validade ou quanto a sua formação, levar em consideração a nova dicotomia da classificação geral dos contratos, qual seja, contratos de lucro regidos pelo Código Civil e os contratos relacionais que são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

4. Contrato eletrônico – quanto ao tempo e local de formação.

Neste ponto quatro, trataremos do último requisito que nos propomos a enfrentar, a questão envolvendo o tempo e local de formação dos contratos. Questões que para o mundo

virtual ganham maior relevância em função do meio que é utilizado para a contratação, com respectivas consequência jurídicas e práticas.

Antes dos meios eletrônicos, as contratações ou eram efetivamente presenciais (“entre presentes”) ou eram realizadas à distância (“entre ausentes”) tal como ocorria com a troca de correspondência epistolar. Com a invenção do telefone, iniciou uma nova fase a ser enfrentada pela doutrina, já que as partes estavam fisicamente distantes, porém interagindo sem interferências e em tempo real, tal como fariam se estivessem frente a frente.²⁵⁶

A solução dada, foi o reconhecimento de que para as contratações por telefone, deveriam ser consideradas as regras entre presentes, uma vez que o critério a ser considerado não é presença e/ou proximidade física, mas sim, a interatividade e interrupção temporal entre a oferta e o aceite – instantaneidade.

Partindo do pressuposto de que o elemento diferenciador dos dois tipos de contrato é a *imediatidade* da resposta ou consenso, tem sido sustentado que os contratos eletrônicos devem ser considerados como realizados entre presentes quando realizados por transmissão instantânea e entre ausentes quando a formação do vínculo é diferida no tempo. Nos contratos realizados por transmissão instantânea, a proposta deve ser imediatamente aceita, exceto se o proponente tiver fixado prazo para sua aceitação, reputando-se concluído o contrato no momento em que o proponente recebe a aceitação da proposta. Nas contratações em que há oferta pública de contratação eletrônica, o contrato reputa-se perfeito e acabado a partir do momento em que a aceitação é expedida pelo usuário via Internet.²⁵⁷

²⁵⁶ “Dai o problema das transmissões telefônicas, que tinha de ser resolvido ou pela mais atenção ao espaço que ao tempo e, então, seria entre ausentes a manifestação de vontade, ou pela maior atenção ao tempo, que aí se encurta até quase ao ponto de tempo, como entre pessoas espacialmente presentes. A solução foi no último sentido (art. 1.081,1, alínea 2 “Considera-se também presente a pessoa que contrata por meio de telefone”). Pode uma estar no Brasil e outra em Londres, ou no Japão. Duas pessoas na mesma sala podem não estar em situação de correr o tempo para a recepção imediata, como se A oferta a B e B está, há duas horas, em conferência com C, ou com C e D. A ciência jurídica muito lucra em que se trate a dicotomia “entre presentes e entre ausentes” como dois conceitos que atendem à relatividade das relações espaço-temporais. Já a solução dada às manifestações de vontade pelo telefone foi típica (cp. E. Koppers, *Die Vollendung einer mündlichen Willenserklärung*, *Gruchots Beiträge*, 46, 226).” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. parte geral, t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, §§ 223, p. 403-404

²⁵⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. *Op. cit.* p. 105 e segs.

Assim, a distinção e correta identificação da contratação “entre presentes” e “entre ausentes” irá trazer consequências diretas quanto a obrigatoriedade das propostas e ofertas, bem com, a definição do local em que foram firmados os contratos em eventual disputa judicial quando o contrato for omissivo ao foro de eleição. Esta última questão, tem relevância para os contratos regidos pelo Código Civil, já que nas relações de consumo, por expresse comando do Código de Defesa do Consumidor, o foro deverá sempre ser o mais acessível ao consumidor.

4.1. Entre presentes

São considerados como contratos entre presentes, todo contrato em que possa ser verificada a instantaneidade entre a proposta e o aceite (possibilidade de resposta imediata), sendo que o artigo 428, inciso I do Código Civil equipara a presentes os contratos formalizados por telefone ou outro meio de comunicação semelhante.

[...] o art. 428, I, segunda parte, considera entre presentes o contrato formado através da linha e comunicação instantânea, apesar da distância que separa o proponente e o destinatário. É o caso dentre outros, do telefone e do contrato formado com o auxílio de *webcam*.²⁵⁸

Carlos Roberto Gonçalves destaca que o contrato firmado entre presentes, restará impossibilitada a retratação e as partes contratantes deverão executar o contrato, sob pena de responderem pelos eventuais prejuízos que ocasionarem a outra parte.²⁵⁹

Assim, em todo contrato que se permita a formação instantânea e sem interrupções entre o momento da emissão da proposta e do aceite, deveremos tratar como um contrato entre presentes, sendo que pela equiparação prevista no artigo 428, inciso I do Código Civil,

²⁵⁸ ASSIS, Araken de. ANDRADE, Ronaldo Alves de. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Op. cit.*, p. 234

²⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 58

também poderão ser considerados como contratos entre presentes, aqueles formados em salas de bate papo (*chats*), teleconferências ou conexões que permitam a comunicação *on line* e instantânea, tal com ocorre com os sistemas de mensageria instantânea quando as duas partes integrantes de cada uma das posições jurídicas, estão conectadas – *on line* - e interagindo, do contrário, não será considerado como entre presentes.

4.2. Entre ausentes

Serão considerados entre ausente, os contratos formados sem a presença e interação física das partes, bem como, toda forma de contratação em que exista um elemento/interregno temporal, por menor que seja, entre a emissão da proposta e do aceite. Tradicionalmente a doutrina apresentada as hipóteses de correspondência epistolar, telegramas, telégrafos etc. Para os contratos eletrônicos, podemos fazer referência ao e-mail, aos sistemas de mensageria instantânea quando uma das partes interessadas não estiver conectado – *off line* – sistemas de mensagens pelo telefone celular (“torpedos”), ou qualquer outro meio que tenha um interregno temporal entre o envio da proposta e o aceite pelo oblato.

Em relação aos contratos realizados entre ausentes, dos quais se destacam aqueles por correspondência epistolar ou telegráfica e os celebrados via e-mail, resta claro que o proponente não pode pretender resposta instantânea. Nesses casos, a espera se exige, pois será o tempo necessário para que a oferta seja recebida pelo oblato, ponderada e respondida. Não existe um prazo certo, mas um certo prazo (chamado de prazo moral), visto que variável com o vulto do negócio envolvido.²⁶⁰

Pela regra do artigo 434 do Código Civil, aparentemente foi adota a teoria da expedição do aceite pelo oblato para configurar a formação do vínculo contratual. No entanto, pela análise sistêmica do Código Civil, em especial pelas possibilidade de retratação antes do

recebimento da resposta, nos parece mais acertada a afirmação de que entre nós vigora a teoria da recepção. “Ora, se sempre é permitida a retratação antes de a resposta chegar às mãos do proponente, e se, ainda não se reputa concluído o contrato na hipótese de a resposta não chegar no prazo convencionado, na realidade o referido diploma filiou-se à teoria da recepção, e não à da expedição.”²⁶¹

Ricardo L. Lorenzetti, reconhece que na Argentina vigora a teoria da expedição, porém se posiciona de forma categórica no sentido de que a teoria da recepção seria mais correta, adequada e justa para as partes contratantes pelo meio eletrônico, sendo que a recepção esta na esfera de controle do destinatário (proponente) e, portanto, coma a aplicação de um critério objetivo – a recepção e não a informação. “No direito argentino aplica-se a regra da expedição: o contrato se perfectibiliza a partir do momento em que o aceitante exterioriza sua vontade, o que, no caso, significa que se deve provar o envio de uma mensagem eletrônica de aceitação. Esta regra é inconveniente para o contrato eletrônico e dever ser substituída, como o faz o projeto de reformas do Código Civil argentino, pela regra da recepção.”²⁶²

Assim, entendemos que, embora o artigo 434 do Código Civil faça referência a teoria da expedição, na prática o que efetivamente vigora entre nós é a teoria da recepção, por ser a única capaz de integrar harmonicamente com a sistemática dos artigos 427 a 433 do Código Civil.

4.3. Código Civil – Teoria da recepção quanto ao lugar

Quanto ao local em que se forma o contrato, Orlando Gomes ao tratar da proposta e sua aceitação, assim expõe a matéria: “Proposta e aceitação não constituem negócios

²⁶⁰ MELO, Diogo L. Machado de. *Op. cit.* p. 189

²⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 60

²⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.* p. 323

jurídicos, classificando-se como atos pré-negociais, de efeitos prefigurados na lei. São, entretanto, declarações receptícias de vontade, somente eficazes no momento em que chegam ao conhecimento da pessoa a quem se dirigem. O vínculo contratual nasce quando a proposta e a aceitação se integram.”²⁶³

Tal assertiva foi confirmada pelo Conselho da Justiça Federal ao editar o Enunciado 173 nas Jornadas de Direito Civil com a seguinte redação: “Art. 434: A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.”

Em sentido contrário, foi a decisão já analisada neste estudo no Recurso de Apelação nº 903.935-0/4 da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que aplicou a teoria da emissão em contraposição a teoria da recepção. Vejamos o trecho do aresto:

Se a proposta é feita entre presentes, o vínculo contratual surge no exato momento em que é emitida a aceitação com seu imediato conhecimento pelo seu destinatário. Já se a proposta é feita entre ausentes reputa-se formado o contrato quando o aceitante emite a respectiva aceitação ao proponente, independentemente da ciência deste (art. 1086, CC/16 e 434 CC/02 - teoria da agnição na modalidade expedição).

Não nos parece que a decisão acima transcrita foi a mais acertada, já que pela regra do artigo 435 do Código Civil o contrato será considerado como celebrado no lugar em que foi proposto, ou seja, na recepção do aceite da proposta originalmente encaminhada conforme consta do Enunciado 173 das Jornadas de Direito Civil.

²⁶³ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 68

No entanto, em consonância com a decisão acima, é o posicionamento de Pontes de Miranda, para quem, a recepção da mensagem é diretamente vinculada ao plano da eficácia, sendo a emissão vinculada ao plano da validade. Vejamos.

O suporte do ato jurídico, por manifestação receptícia de vontade, perfaz-se com a direção a alguém; a recepticidade somente concerne à eficácia, não a sua validade, nem, com mais forte razão, a sua existência como ato jurídico. Se ninguém está no ponto a que ela se dirige, ou se não se dirigiu a quem se deveria dirigir, é ineficaz. Se só se dirigiu a uma, ou a algumas pessoas, daquelas a que se deveria dirigir, é relativamente ineficaz. Bem assim se se dirigiu a quem era incapaz de recebê-la (W. Koehne, *Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen*). Se falta a direção, *e.g.*, o manifestante não a quis dirigir, se bem que houvesse manifestado a vontade, então, sim, não se fez o ato jurídico. A recepção só é pressuposto da *eficácia* da manifestação receptícia de vontade (E. Zitelmann, *Allgemeiner Teil*). Não se confunda a existência da oferta e a existência do negócio jurídico bilateral.²⁶⁴

Embora respeitáveis posicionamentos no sentido de dar prevalência à teoria da expedição para a formação dos contratos “entre ausentes”, conforme já adiantado, acompanhamos o posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira e Carlos Roberto Gonçalves quanto a aplicação da teoria da recepção. “Optou o legislador, pois, pelo local em que a proposta foi feita. Aparentemente, tal solução encontra-se em contradição com a expressa adoção da teoria da expedição, no dispositivo anterior. Entretanto, para quem, como nós, entende que o Código Civil acolheu, de fato, a da recepção, inexiste a apontada contradição.”²⁶⁵

Ademais, tal posicionamento está alinhado com o comando do artigo 9º, § 2º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC, Decreto-Lei nº 4657/1942), ou seja,

²⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. parte geral, t. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, §§ 223, p. 403-404

“a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

Considerando que a questão quanto a aplicação da teoria da expedição ou da recepção é controvertida na doutrina e na jurisprudência, não havendo um posicionamento conclusivo nos manuais de direito civil e nas obras monográficas destinadas ao estudo do comércio eletrônico e dos seus contratos, como forma de concluir tudo quanto se disse neste ponto, trazemos a lição da doutrina clássica de Oscar Tenório, em nossa opinião, a melhor obra de comentários a lei de introdução ao código civil, que como sabemos, é a norma de regência e de aplicação às regras gerais do direito privado, sendo nela que devemos buscar a solução para tal impasse.

A lex loci contractus é a regra fundamental que rege as obrigações. Entretanto, torna-se difícil, às vezes, determinar o lugar onde elas se constituíram. A lavratura do ato serve apenas para provar a obrigação. Não a cria. [...]

Já os contratos entre ausentes impõem ao legislador a necessidade de uma regra que forneça, de maneira segura, o princípio determinador do lugar da constituição do contrato. [...]

A fórmula do §2º do artigo 9º da Lei de Introdução é geral; abrangendo todas as obrigações que emanam de contratos. Tem o mérito de afastar as controvérsias sobre contratos entre ausentes, o que acontece, por exemplo, quanto aos contratos por telefone. [...]

*É no momento da recepção da carta de aceitação das condições expressas na proposta que se opera a coexistência das vontades, cujo concurso determina a constituição da obrigação. Na residência do proponente é que se realiza este fato essencial, justificando-se, pois, que a lei da residência do proponente qualifique e reja o ato. Nada mais lógico.*²⁶⁶ (g.n.)

²⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 60

²⁶⁶ TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 339-342

Conclusões

A formalização de contratos sob a forma eletrônica, vem crescendo exponencialmente a cada ano, podendo representar em um futuro próximo, mais da metade de todos os contratos formalizados em todo o planeta, não havendo motivos para crer que possamos retroagir neste caminho da era digital.

Inobstante o vulto das operações contratuais eletrônica formalizadas, não temos ainda em nosso país um regulamento que possa garantir uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados, porém, conforme analisado neste trabalho, os atuais institutos e ordenamentos jurídicos aplicáveis aos meios tradicionais (analógicos), em especial pela aplicação da contemporânea teoria geral dos contratos, suprem a falta de regulamentação própria, havendo grande arcabouço jurídico no ordenamento vigente para fundamentar e defender a plena segurança jurídica e validade dos contratos eletrônicos.

O advento do Código Civil de 2002, veio a facilitar as assertivas aqui apontadas, uma vez que trata-se de diploma legislativo dinâmico e moldável às situações atuais, ao contrário do que se dava com as codificações ditas oitocentistas.

Tal dinamismo e modulação é fundamentado pelos seus princípios norteadores da *eticidade*, *operabilidade* e *socialidade*, em especial pela aplicação dos institutos da boa-fé objetiva, do abuso do direito e da função social do contratos, esta última aqui entendida sob o enfoque social-econômico; os quais, aplicados de forma harmônica e em conjunto, colaboram para a superação de questões tormentosas para tais modalidades de contratação, entre elas: a identidade, a legitimação, a declaração de vontade e sua manifestação, a prevalência pela autonomia privada, o equilíbrio econômico das relações jurídicas como nos contratos de lucro, entre inúmeras outras questões apontadas no presente estudo.

Todos estes elementos foram devidamente analisados sob o enfoque da estrutura do negócio jurídico (existência, validade e eficácia), porém com um enfoque especificamente destinado a do plano da validade (requisitos de validade), os quais, foram amplamente identificados de forma positiva nos contratos eletrônicos, não haverá motivos para alegação de insegurança jurídica, sendo que os contratos eletrônicos não representam uma nova categoria e/ou classificação contratual, mas sim, apenas uma nova modalidade de contratação.

Em todas as oportunidade que encontramos, foram confrontadas as situações fáticas e dogmáticas com a casuística tal como vem sendo enfrentado pelos tribunais pátrios, tendo ainda tomado a cautela de anexar a este estudo, todos os principais dissídios dos Tribunais que foram referenciados no desenvolvimento deste estudo, com exceção daqueles que não reproduziam uma temática diretamente vinculada ao objeto do estudo (Anexos 01 a 16).

Entre outras conclusões que chegamos ao final de cada ponto enfrentado, destacamos que nenhum doutrinador questiona a existência, validade e eficácia de um contrato de compra e venda de bem móvel formalizado pelo meio verbal, não havendo, em nosso entender e conforme sustentado na presente dissertação, qualquer motivo para se questionar quanto a existência, validade e eficácia de um contrato formalizado por meio eletrônico, o qual, inclusive, é mais seguro e de comprovação mais simples do que se dá com as contratações verbais, ou ainda, as contratações por adesão tal como a contratação de um cartão de crédito, situação na qual as partes envolvidas não trocaram mensagens eletrônicas e nem tão pouco deixaram qualquer registro formal de existência de tal contratação.

Os deveres laterais ou anexos da boa-fé objetiva, ganham maior relevância nas contratações eletrônicas, tal como se dá nas contratações entre ausentes em geral, uma vez que as circunstâncias negociais serão enaltecidas pelos usos e costumes provenientes dos deveres de informação, confirmação, segurança, confiança e lealdade.

A boa-fé objetiva torna contornos de “super-direito”, sendo exigida como um *standard* de conduta durante toda a fase obrigacional, ou na expressão de Clovis do Couto e Silva ao longo de todo o processo obrigacional, assim entendido, como as fases: pré-contratual, contratual (execução) e pós-contratual.

Os meios digitais, entre eles os contratos eletrônicos, fazem com que países vinculados ao *civil law* como o nosso, passam a ter um enfoque mais próximo ao *common law* e vice e versa, com uma grande ênfase a análise econômico-social do direito, não havendo mais o que se falar em separação de ciências como direito e economia (macro e microeconomia).

É dever do operador do direito passar a analisar tais meios de contratação sob o enfoque econômico-social, dentro da esfera de dinamismo e objetividade que a sociedade reivindica, não havendo mais espaço para análises isoladas e estáticas.

A tendência moderna para a análise da obrigação contratual (pré-contratual, contratual e pós-contratual), conforme ensinamento de Teresa Negreiros, requer e exige um *enfoque conteudístico*, uma *abordagem dinâmica*, deveres de *cooperação e coletivismo*, além de uma *abordagem voltada para a pessoa* (para a eticidade e socialidade).

Assim, o contrato eletrônico, seja pela falta de regulamentação própria, ou pela realidade social, deve ser analisado em seus planos de existência, validade e eficácia, sob o ângulo do *tipo social de contratação* na expressão de Pedro Paes de Vasconcelos.

Não se deve buscar a manifestação de vontade pelos meios tradicionais e já superados dentro da realidade social, mas sim, sob a ótica do que é socialmente praticado, dos usos e costumes, incluindo aqui as questões de capacidade, onde devemos superar a análise fria de capacidade civil para identificar, na expressão de Arruda Alvim, o *discernimento das partes envolvidas* em determinado negócio jurídico.

Bibliografia.

- AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil – da extinção dos contratos arts. 472 a 480, Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. v. VI, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Responsabilidade e Informação – efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das Obrigações. 12 ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ALPA, Guido. L'Interpretazione del Contratto – orientamenti e tecniche della giurisprudenza. Milano: Giuffrè Editore, Seconda Edizione, 2001.
- ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMAD, Emir Iscandor. Contratos de Software “Shrinkwrap Licenses” e “Clickwrap Licenses”. Biblioteca de Teses, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II – Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico. Coimbra: Almedina, 2003.
- ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARISTÓTELES. Trad. António de Castro Caeiro. Ética a Nicômaco. São Paulo: Atlas, 2009.
- ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. Comentários ao Código Civil Brasileiro, Livro Introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil, 2009.
- _____. A função social dos contratos no novo código civil. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, v. III. Coord. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ASSIS, Araken de. ANDRADE, Ronaldo Alves de. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Comentários ao Código Civil Brasileiro – do direito das obrigações. v. V. Coord. ALVIM, Arruda. ALVIM, Thereza. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça, Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos, 2 ed. 2004, Atlas.
- _____. Contratos Inominados ou Atípicos, Coleção Jurídica JB, v. 12, São Paulo: Bushatsky, 1975.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO Jr., José Osório de. A dispensa de escritura na venda de imóvel loteado. Crítica da orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 20, p. 152, Jul/2007

_____. Compromisso de compra e venda. Troca de e-mails. Manifestação de vontade por escrito, in *Revista dos Tribunais*, vol. 893, p. 125, Mar/2010

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOULOS, Daniel Martins. *Abuso do Direito no Novo Código Civil*. Coleção Prof. Arruda Alvim. São Paulo: Método, 2006.

_____. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. in *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003

CANARIS, Claus-Wilhelm. Trad. A. Menezes Cordeiro. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

DELGADO, José Augusto; GOMES Jr., Luiz Manoel. ARRUDA ALVIM e THEREZA ALVIM Coord. *Comentários ao Código Civil Brasileiro – dos fatos jurídicos*. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Tratado teórico e prático dos contratos, v. 5. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Código Civil Anotado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

DUARTE, Nestor. PELUSO, Cezar – Coord. *Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência*. 4 ed. Barueri: Manole, 2010.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Trad. João Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Coord. ADAMEK, Marcelo Vieira von. Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Direito do Comércio Eletrônico. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus Jurídico, 2011.

FRANÇA, Pedro Arruda. Contratos Atípicos. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GAIO. Trad. J. A. Segurado e Campos. Instituições – Direito Privado Romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

GAGLIARDI, Rafael Villar. Exceção do Contrato no Cumprido. Col. Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. Atualizador: BRITO, Edvaldo. Obrigações. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Atualizadores: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Atualizadores: BRITO, Edvaldo; BRITO, Reginalda Paranhos de. Introdução ao Direito Civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v. I. Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito Civil Brasileiro, v. II. Teoria geral das obrigações. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Direito Civil Brasileiro, v. III. Contratos e atos unilaterais. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Marco Aurelio. Internet e Direito. São Paulo: Dialética, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Trad. Margarida Lima Rego. Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

- JORGE Jr., Alberto Gosson. Aspectos da formação e interpretação dos contratos eletrônicos in *Direito e Internet*. Coord. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Revista do Advogados – AASP* v. 115, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar – duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes – parte I princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunaes, 1916.
- LARENZ, Karl. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. *Derecho Civil – parte general. Tratado de Derecho Civil Alemán*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- _____. Trad. José Lamego. *Metodologia da ciência do direito*. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- _____. Trad. Jaime Santos Briz. *Derecho de Obligaciones*. Tomos I e II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LAWAND, Jorge José. *Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos Eletrônicos – validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Trad. Fabiano Menke. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- _____. *A dogmática do contrato eletrônico, in Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*, v II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. Trad. Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. *Teoria da Decisão Judicial – fundamentos de direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. *Fundamentos de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Tratado de Los Contratos – parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- _____. *Tratado de Los Contratos*, T. III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

- LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, Coordenadores. Teoria Geral dos Contratos, São Paulo: Atlas e IDP – Instituto de Direito Privado, 2011.
- LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. v 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004
- LUCCA, Newton. Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática. São Paulo: Saraiva, 2003
- LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito & Internet – aspectos jurídico relevantes. Bauru: Edipro, 2000.
- _____. Direito & Internet – aspectos jurídico relevantes, Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- LUMIA, Giuseppe. Trad. Denise Agostinetti. Elementos de Teoria e Ideologia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Coord. PEREIRA Jr., Antonio Jorge. JABUR, Gilberto Haddad. Direito dos Contratos. São Paulo: Quartier Latin e Centro de Extensão Universitária, 2006.
- MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11>>. Acesso em: 4 dez. 2010
- MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins. Uma breve introdução ao direito. São Paulo: RT, 2010
- MELO, Diogo L. Machado de. Cláusulas Contratuais Gerais. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª Parte. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da Boa Fé no Direito Civil, Coimbra: Almedina, 2007.

- _____. Tratado de Direito Civil Português – parte geral. v. I, t. I. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. Tratado de Direito Civil Português – direito das obrigações. v. II, t. II. Coimbra: Almedina, 2010
- MENKE, Fabiano. Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MESSINEO, Francesco. Dottrina Generale Del Contratto. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1948
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano, v. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971
- _____. José Carlos. Direito Romano, v. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972
- MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 3. Contratos. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato – novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. notas de atualização do Tratado de Direito Privado, Tomo VII, PONTES DE MIRANDA, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NERY Jr. Nelson. Contratos no Código Civil – apontamentos gerais. O Novo Código Civil – homenagem ao Professor Miguel Reale. Coord. FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.
- NONATO, Orosimbo. Curso de Obrigações. v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1959
- NUSDEO, Fábio. Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2010.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Comentários ao Novo Código Civil – artigos 79 a 137, v. II. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense. 2008.
- PEREIRA Jr., Antônio Jorge e Gilberto Haddad Jabur, Direito dos Contratos, Quartier Latin e Centro de Extensão Universitária, 2006.
- _____. Direito dos Contratos II, Quartier Latin e Centro de Extensão. Universitária, 2008.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador: FICHTNER, Regis. Instituições de Direito Civil, v. III, contratos. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956
- PUGLIESI, Márcio. Teoria do Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 1 vol., Tomos I e II. São Paulo: Max Limonad. 1952
- _____. O Direito e a Vida dos Direitos. 2 vol. São Paulo: Max Limonad. 1960.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito, São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. História do Novo Código Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. Lições Preliminares de Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. GAZZI, Fabio Pinheiro. GUERREIRO, André. AGUIAR, Ana Laura F. de M. Coord. PEREIRA Jr., Antonio Jorge e JABUR, Gilberto Haddad. Direito dos Contratos II. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Quartier Latin, 2008
- REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Direitos Reais no Código Civil de 2002: inovações. Revista de Direito Imobiliário – RDI, v. 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. 2011.
- _____. O Bem comum e a Função Social da Propriedade. Revista de Direito Privado – RDPriv, v. 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2011.
- _____. Uma Análise do Mandamentos Constitucionais que Influem no Direito Obrigacional. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo RIASP, v. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez. 2011.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Contrato de Adesão no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, *in* Contribuição ao Estudo do Novo Direito Civil. Coord. PASCHOAL, Frederico A.; SIMÃO José Fernando. Campinas: Millennium, 2003.
- ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROUBIER, Paul. Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 2005.
- SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador. São Paulo: Saraiva, 1995.

- SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico – contratos de adesão. Revista de Direito do Consumidor, V. 36, São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/2000
- SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. v. 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983
- SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SEN, Amartya. A ideia de justiça. Coimbra: Almedina, 2010.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Lesão nos Contratos Eletrônicos na Sociedade da Informação – teoria e prática da juscibernética ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. Contratos Eletrônicos & Validade da Assinatura Digital. Curitiba: Juruá, 2009.
- TENORIO, Oscar. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955
- TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson, Org. Doutrinas Essenciais – obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TOMASETTI Jr. Alcides. Execução do Contrato Preliminar. 1982. Tese de Doutorado, FDUSP
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia Probatória dos Contratos Celebrados pela Internet. Revista Forense 353, Rio de Janeiro: Forense. Jan.-Fev. 2001.
- TUTIKIAN, Priscila David Sansone. O Silêncio na Formação dos Contratos – propostas, aceitação e elementos de declaração negocial. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. v. I, 10 ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. Das Obrigações em Geral. v. II, 7 ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- VASCONCELOS, Pedro Pais. Contratos Atípicos. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. Teoria Geral do Direito Civil. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros; SZTAJN, Rachel. Curso de Direito Comercial, v. 4, t. I. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIANA, Marco Aurelio S. Curso de Direito Civil – Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008

WALD, Arnoldo. Direito Civil, v. 2. Direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Códigos Comentados:

ARRUDA ALVIM; TEREZA ALVIM, Coord. Comentários ao Código Civil Brasileiro. XVII vol. Rio de Janeiro: Forense/FADISP.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, Coord. Comentários ao Código Civil. 22 vol. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Britto; GRINOVER, Ada Pellegrini; BANJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; WATANABE, Kazuo; NERY Jr., Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. 7 vol. São Paulo: Saraiva.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

NEREY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil Comentado. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PELUSO, Cezar, Coord. Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência. 4 ed. Barueri: Manole, 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Coord. Comentários ao Novo Código Civil. XXII vol. Rio de Janeiro: Forense.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, Coord. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. IV vol. Rio de Janeiro: Renovar.

Jornais, Revistas e Sites:

Entrevista do Ministro Paulo Bernardo ao IDG NOW! Disponível em:

<<http://idgnow.uol.com.br/internet/2011/10/25/brasil-tera-70-milhoes-de-lares-conectados-a-internet-em-2015/>>. Acesso em 29 out. 2011

IDG NOW! Internet pela rede elétrica no Brasil depende de fabricação local. Disponível em:

<<http://idgnow.uol.com.br/mobilidade/2010/12/04/internet-pela-rede-eletrica-no-brasil-depende-de-fabricacao-local/>>. Acesso em 01.10.2011

IDG NOW! E-commerce no Brasil cresce 26% e fatura R\$ 18,7 bilhões em 2011. Disponível em <<http://idgnow.uol.com.br/mercado/2012/03/13/e-commerce-no-brasil-cresce-26-e-fatura-r-18-7-bilhoes-em-2011/>>. Acessado em 13.05.2012.

ESTADÃO.COM.BR/CIÊNCIA. Cristal de carbono com 1 átomo de espessura leva Nobel de Física. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,cristal-de-carbono-com-1-atomo-de-espessura-leva-o-nobel-de-fisica,620566,0.htm>>. Acessado em 01.10.2011

Revista IDGNOW! Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/ti-corporativa/2008/08/13/cloud-computing-entenda-este-novo-modelo-de-computacao/#&panel2-1>>. Acesso em 20.04.2012

Revista Exame. Disponível em:

<http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/varejo/noticias/b2w-e-multada-pelo-procon-sp-e-tera-que-suspender-seus-websites>. Acesso em 30.04.2012.

Portal G1 - Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1160798-6174,00->

FALHA+EM+SITE+VENDE+TVS+DE+PLASMA+E+NOTEBOOKS+POR+R.html. Acesso em 12.05.2012.

Youtube – Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=am8t6iZ7up0>. Acessado em 13.05.2012.

Referência.

- ALBERTIN, Alberto Luiz. Comércio Eletrônico – modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- ALVES, Paula Ribeiro. Contrato de Seguro à Distância – o contrato electrónico. Coimbra: Almedina, 2009.
- AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. Autonomia da Vontade nos Contratos Eletrônicos Internacionais de Consumo. Curitiba: Juruá, 2008.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. I – Sujeitos e Objeto. Coimbra: Almedina, 2003.
- ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de. Soluções Práticas de Direito – pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. Direito Privado v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Direito Privado v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. Direito Civil Teoria Geral, v. 1 – introdução as pessoas e bens. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____. Direito Civil Teoria Geral, v. 2 – acções e factos jurídicos. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. Direito Civil Teoria Geral, v. 3 – relações e situações jurídicas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ASSIS, Araken. Resolução do Contrato por Inadimplemento. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BDINE Jr., Hamid Charaf. Efeitos do Negócio Jurídico Nulo. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BETTI, Emilio. Teoria Generale del Negozio Giuridico, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1943.
- BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Obrigações. 2 ed. Bahia: Livraria Magalhães, 1910.

- BIFANO, Elidie Palma. O Negócio Eletrônico e o Sistema Tributário Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant-Anna. Coletânea de Legislação de Comunicação Social. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BOBBIO, Norberto. Da estrutura à Função – novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. Contrato e Deveres de Protecção. Coimbra: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. Contratos no Direito Civil Brasileiro, Tomo I e II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955
- CORREIA, António de Arruda Ferrer. Êrro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1939.
- CUNHA, Daniela Moura Ferreira. Responsabilidade Pré-Contratual Por Ruptura das Negociações. Coimbra: Almedina, 2006.
- DANZ, Erich. Trad. Fernando de Miranda. A Interpretação dos Negócios Jurídicos – contratos, testamentos, etc. São Paulo: Saraiva, 1941
- DINIZ, Maria Helena. Conflito de Normas, São Paulo: Saraiva, 2008.
- DONNINI, Rogério Ferraz, Responsabilidade Pós-Contratual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ELIAS, Paulo Sá. Contratos Eletrônicos – e a formação do vínculo. São Paulo: Lex Editora, 2008.
- ESPINOLA, Eduardo. Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.
- FACHIN, Luiz Edson. Soluções Práticas de Direito – pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. A Conversão dos Negócios Jurídicos Cíveis. Lisboa: Quid Juris, 1993.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Destino do Contrato. Revista do Advogado – Ano III, v. 9, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, 1982.

_____. Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.

FESSEL, Regina Vera Villas Bôas. Os Fatos que Antecederam e Influenciaram a Elaboração do Atual Projeto de Código Civil. Revista de Direito Privado, v. 7, p. 187, São Paulo: Revista dos Tribunais.

FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos – direito civil e empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de Direito Civil v. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. Hermenêutica Jurídica. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GARCIA Jr., Armando Alvares. Contratos via Internet. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2007

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato, Coleção Agostinho Alvim, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade, Coleção Agostinho Alvim. 2 Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Direito Contratual – temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

LAMBERTUCCI, Pietro. Efficacia Dispositiva del Contratto Collettivo e Autonomia Individuale. PADOVA: CEDAM - Pubblicazioni Dell'Istituto di Diritto Privado Dell'Università di Roma – La Sapienza. v. XLII, 1990.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Garantias das Obrigações, Coimbra: Almedina, 2008.

_____. Direito das Obrigações. v. I. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Direito das Obrigações. v. II. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

LEONARDI, Marcel. Tutela e Privacidade na Internet. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e Coletivos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, Coordenadores. Teoria Geral do Direito Civil, São Paulo: Atlas e IDP – Instituto de Direito Privado, 2008.

_____. Obrigações, São Paulo: Atlas e IDP – Instituto de Direito Privado, 2011.

LUCCA, Newton. Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Interpretação do Negócio Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Contratos Coligados no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. A Nova Crise do Contrato – estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito das Obrigações – parte especial contratos. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith, Boa Fé no Direito Privado, São Paulo: RT.

MARTINS DA SILVA, Américo Luís. Contratos Comerciais, V. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004

MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da Justiça Contratual, São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. Atualizada Osmar Brina Corrêa-Lima. Contratos e Obrigações Comerciais. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo via Internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos, Hermenêutica e Aplicação do Direito. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MIGUEL, Carlos Ruiz; PEREIRA, Alexandre Dias; LUELMO, Andrés Domínguez; GUIMARÃES, Maria Raquel; PLAZA, Anxo Tato; MARTÍN, Ricardo M. Mata. Y. Temas de Direito da Informática e da Internet. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais e Direito Privado – uma perspectiva do direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 1. Parte Geral. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Curso de Direito Civil, v. 2. Obrigações. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Vínculo Obrigacional: Relação Jurídica de Razão – técnica e ciência de proporção*. Tese de Livre-Docência, São Paulo: PUC – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade; FIGUEIREDO, Fernando Vieira de; GAGO, Viviane Ribeiro. *Advocacia Corporativa – desafios e reflexões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY Jr., Nelson. *Soluções Práticas de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, Org. *Doutrinas Essenciais – responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações 1*, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais – autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PAESANI, Liliana Minardi. Coord. *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Comércio Eletrônico na Sociedade da Informação: da Segurança Técnica à Confiança Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obrigações e Contratos – pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Lesão nos Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

_____. *Direito Civil – alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001

_____. Atualizador: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Instituição de Direito Civil*, v. I, introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Atualizador: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Instituições de Direito Civil*, v. II, teoria geral das obrigações. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Manuel das Neves. *Introdução ao Direito e às Obrigações*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Atualização: MONTEIRO; António Pinto; PINTO, Paulo Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. I e II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- PIZARRO, Sebastião Nóbrega. Comércio Electrónico – contratos eletrônicos e informáticos. Coimbra: Almedina, 2005.
- POTHIER, Robert Joseph. Trad. M. C. de las Cuevas. Tratado de los Contratos, Tomos I e II. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1948
- RADBRUCH, Gustav. Trad. Vera Barkow. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RAMOS, Eduardo; ANTUNES, André; VALLE, André Bittencourt do; KISCHINEVSKY, Andre. E-Commerce. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2011.
- REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Imposto de Importação e Software Adquirido por Meio do Sistema de Download – Internet. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 27, São Paulo: Lex-Magister, jul.-ago. 2011.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Contratos, 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ROBERTO, Wilson Furtado. Dano Transnacional e Internet – Direito aplicável e competência internacional. Curitiba: Juruá Editora. 2010.
- ROCHA, Manuel Lopes; CORREIA, Miguel Pupo; RODRIGUES, Marta Felino; ANDRADE, Miguel Almeida; CARREIRO, Henrique José. Leis do Comércio Electrónico – notas e comentários. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira, Coord. O Direito e a Internet. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. Dos Vícios do Consentimento, São Paulo: Saraiva, 1989.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, v. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho. 1943.
- _____. Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, v. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho. 1944.
- _____. Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil, v. III. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho. 1946.

- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. Adimplemento e Extinção das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. Extinção dos Contratos – limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TEIXEIRA, Glória. Coord. O Comércio Electrónico – estudos jurídico-económicos. Coimbra: Almedina, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. Soluções Práticas de Direito – pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Temas de Direito Civil. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. Temas de Direito Civil, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, v. II Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, São Paulo: Atlas, 2007.
- VENTURA, Luis Henrique. Comércio e Contratos Eletrônicos – aspectos jurídicos. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2010.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros D. Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos – o Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- VILLAS BÔAS, Regina Vera. Perfis dos Conceitos de Bens Jurídicos. Revista de Direito Privado, v. 37, p. 209, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- VILLEY, A formação do pensamento jurídico moderno, São Paulo: Martins Fontes, 2005
- WALD, Arnoldo. Direito Civil, v. 1. introdução e parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- _____. Direito Civil, v. 3. Contratos em espécie. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Anexos:

- Anexo I – p. 184 a 189 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 9181693-80.2008.8.26.0000 da 30ª Câmara de Direito Privado e Relatoria do Des. Andrade Neto
- Anexo II – p. 190 a 191 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 7.339.928-1 da 14ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Cardoso Neto
- Anexo III – p. 192 a 199 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação sob nº 966.200-0/7 da 35ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Mendes Gomes
- Anexo IV – p. 200 a 204 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação 7.156.911-6 da 12ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Rui Cascaldi
- Anexo V – p. 205 a 212 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 903.935-0/4 da 27ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des.^a Beatriz Braga
- Anexo VI – p. 213 a 224 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação com Revisão nº 1.221.137- 0/1 da 26ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Carlos Alberto Garbi
- Anexo VII – p. 225 a 230 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação n.º 9098531- 56.2009.8.26.0000 da 19ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. João Camillo de Almeida Prado Costa
- Anexo VIII – p. 231 a 236 – Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação nº 1.002406.1322160/002 da 16ª Câmara de Direito Civil, com relatoria do Des. Nicolau Masselli
- Anexo IX – p. 237 a 240 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 9076483-06.2009.8.26.0000, com relatoria do Des. Álvaro Torres Júnior
- Anexo X – p. 241 a 246 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no Agravo de Instrumento nº 677.025-4/1-00 da 03ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Igídio Giacoia
- Anexo XI – p. 247 a 256 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 498.581-4/3-00 da 04ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Francisco Loureiro
- Anexo XII – p. 257 a 263 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 0146223-38.2008.8.26.0002 da 37ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Francisco Loureiro

- Anexo XIII – p. 264 a 267 – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Espacial nº 90.406-BA da 03ª Turma, com relatoria da Min. Nancy Andrighi
- Anexo XIV – p. 268 a 269 – Sentença nos autos de Processo sob nº 583.00.2003.138.789-6 da 29ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo-SP, proferida pelo Juiz Fernando Bueno Maia Giorgi
- Anexo XV – p. 270 a 274 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo no Agravo de Instrumento nº 1.230.009-0/0 da 30ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Andrade Neto
- Anexo XVI – p. 275 a 283 – Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação nº 941.042-0/5 da 26ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Des. Andreatta Rizzo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000232433

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9181693-80.2008.8.26.0000, da Comarca de Urupês, em que é apelante B2W COMPANHIA GLOBAL DO VAREJO sendo apelado FABIANA ANGELICA PORTARI.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), ORLANDO PISTORES E LINO MACHADO.

São Paulo, 23 de maio de 2012.

Andrade Neto
PRESIDENTE E RELATOR
Assinatura Eletrônica

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2****30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO****Apelação n.º 9181693-80.2008.8.26.0000****Apelante:** B2W Companhia Global do Varejo**Apelado:** Fabiana Angélica Portari**Comarca:** Urupês – Vara Única (Autos n.º 1475/07)**Juíza prolatora:** Gislaine de Brito Faleiros Vendramini

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA CUMULADA COM REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS – CONTRATO ELETRÔNICO DE COMPRA E VENDA DE CÂMERA FOTOGRÁFICA – DEMONSTRAÇÃO DE PAGAMENTO – NÃO RECEBIMENTO DO PRODUTO – OPERAÇÃO NÃO REGISTRADA PELO SISTEMA ELETRÔNICO DA RÉ – INADIMPLEMENTO IMPUTÁVEL À VENDEDORA, QUEM TEM A RESPONSABILIDADE DE ZELAR PELA ADEQUADA MANUTENÇÃO DOS REGISTROS DE COMPRA E VENDA – OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR A COISA CONTRATADA OU DEVOLVER O DINHEIRO – NÃO CUMPRIMENTO – DANOS MORAIS – CARACTERIZAÇÃO – FRUSTRAÇÃO DA JUSTA EXPECTATIVA DA CONSUMIDORA DE RECEBER O BEM CONTRATADO COM A RETENÇÃO INDEVIDA DO DINHEIRO DESPENDIDO – FATO QUE EXTRAPOLA A NORMALIDADE DOS RELACIONAMENTOS COMERCIAIS – CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS – CABIMENTO NA ESPÉCIE

APELAÇÃO DESPROVIDA, COM OBSERVAÇÃO

VOTO N.º 14057

Trata-se de recurso de apelação contra sentença que julgou procedente ação de dar coisa incerta cumulada com reparação civil por danos morais fundada em contrato eletrônico de compra e venda de câmera fotográfica, condenando a requerida a entregar à autora o bem objeto do pacto no prazo de 30 dias, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 3****30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO****Apelação n.º 9181693-80.2008.8.26.0000**

A apelante afirma que não conseguiu localizar o pedido da autora em seu sistema eletrônico, supondo que a compra tenha sido cancelada por algum erro e que, portanto, não pode ser compelida a pagar danos que não deu causa. Argumenta que os danos morais não foram comprovados, devendo a condenação ser afastada ou, subsidiariamente, diminuído o valor da indenização.

O recurso foi recebido e processado no duplo efeito, com contrarrazões.

É o relatório.

A insurgência não prospera.

O simples fato de a requerida não encontrar em seu sistema de dados o pedido efetuado pela autora não a exime do cumprimento do contrato que, consoante farta documentação acostada com a inicial, foi devidamente celebrado. Ora, se o sistema de compras eletrônicas da empresa não registrou o pedido da autora, a culpa pelo inadimplemento só pode ser imputada à ré, quem tem a responsabilidade pela adequada manutenção dos registros.

Nesse contexto, impossível atribuir o inadimplemento da obrigação descrita na inicial a outro fato que não à negligência da ré. Ademais, ainda que assim não fosse, a responsabilidade da empresa requerida pelo não cumprimento da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 4
30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
Apelação n.º 9181693-80.2008.8.26.0000

obrigação é objetiva, nos termos da legislação consumerista em vigor.

Como bem ressaltou o magistrado prolator da sentença “*a relação contratual entre as partes é típica relação de consumo, aplicando-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor e, sob essa ótica, o documento de fls. 19, do qual consta 'sua compra foi efetuada com sucesso!', com número do pedido referente à aquisição e, ainda, o comprovante de pagamento (fls. 17), demonstram claramente que, para a consumidora, a compra estava perfeita e acabada, restando tão somente a entrega do bem.*

A afirmação do representante legal da requerida de que houve falha no sistema não basta para desqualificar as provas documentais produzidas nos autos, aliadas aos efeitos da revelia, observando que a requerida nada comprovou quanto à restituição do valor pago pela autora ou a entrega do bem”.

O dano moral, por outro lado, está devidamente caracterizado, não pelo do descumprimento do contrato propriamente dito, mas sim em razão do tratamento desrespeitoso e mesmo leviano dado à consumidora. Várias foram suas tentativas de receber o produto pelo qual pagou (além de seis contatos telefônicos com a central de vendas da empresa, chegou a promover sua notificação extrajudicial), todas ignoradas pela ré, em clara demonstração não apenas de desrespeito à pessoa da consumidora, mas de desprezo e indiferença aos seus reclamos, em grau capaz de atingir-lhe a dignidade pessoal.

Não se há olvidar que a questão era absolutamente

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 5****30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO****Apelação n.º 9181693-80.2008.8.26.0000**

simples, bastando à ré providenciar o bem ou devolver-lhe o valor pago. Preferiu, no entanto, o caminho da porfia, da emulação, em flagrante manifestação de arrogância e desdém aos anseios legítimos manifestados pela cliente de sanar o prejuízo sofrido ou receber o que lhe era devido.

Com relação ao montante indenizatório, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) fixado na sentença situa-se em patamar justo e razoável frente ao abalo moral sofrido pela autora, uma vez sopesadas as circunstâncias fáticas dos autos, traduzindo compensação pelo dissabor experimentado sem, contudo, enriquecê-la, ao mesmo tempo que inibe a reiteração de condutas semelhantes por parte da requerida, não havendo, por conseguinte, motivo para majoração ou redução do valor da indenização.

Por fim, anoto que, embora a autora tenha atribuído à ação o *nomen iuris* de obrigação de fazer, trata-se em realidade de obrigação de dar coisa incerta (uma máquina fotográfica), a qual em nenhum momento foi individualizada (nome, marca, modelo, etc.) e, considerada a assertiva da ré de não dispor mais do produto em estoque (fls. 107/108), inviabilizando a obtenção da tutela específica, perfeitamente cabível, nos termos do art. 461, §1º, do CPC, a conversão da obrigação em perdas e danos, aqui representados pelo valor que a autora pagou pelo produto (R\$379,00 – trezentos e setenta e nove reais), corrigido monetariamente desde a data do desembolso, 20 de dezembro de 2006, e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês contados a partir da citação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 6

30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Apelação n.º 9181693-80.2008.8.26.0000

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**, convertendo, porém, a obrigação de dar coisa incerta em perdas e danos, com correção monetária e juros de mora de contados nos moldes do acima exposto.

ANDRADE NETO

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



02432543

ACÓRDÃO

Monitória – Contrato eletrônica por e-mail – Validade – “Causa petendi” que reside em tal contrato – Cobrança procedente – Sentença de improcedência reformada – Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO 7.339.928-1, da Comarca de Catanduva, sendo apelante Pacar Transportes Ltda. e apelado Companhia de Bebidas das Américas - Ambev.

ACORDAM, em Décima Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Recurso à r. sentença de acolhimento dos embargos opostos pela recorrida à ação monitória que lhe move a recorrente. Recorre a vencida buscando reverter o resultado em recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

A “causa petendi” remota do pedido inicial repousa no contrato entabulado entre as partes por meio eletrônico “e-mail”. E os documentos anexados a inicial demonstram efetivamente a celebração do ajuste e os valores devidos pela r. apelada (em especial, fls. 24, 26 e 28). O contrato feito por meio eletrônico é absolutamente válido, mesmo porque sua feitura não proibida em lei. “Mutatis mutandis” o código civil autoriza o contrato por telegrama (art. 222) e também por meio de comunicação semelhante (art. 428, inc. I do mesmo codex).

Assim, irrelevantes para o exame do caso o exame da validade ou não dos conhecimentos de transporte anexados ao processo: em primeiro lugar porque não está neles a causa de pedir remota. Em segundo lugar, porque a recorrida nunca negou a troca de e-mails. E num deles ressalva “estar de acordo com a documentação apresentada” para as estadias chamando-as de procedentes (fls. 24). Em terceiro lugar, a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, assegura presunção de veracidade a qualquer “documento eletrônico” com assinatura digital.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

A questão ligada ao conhecimento de transportes (CTRC), sem embargo dos aspectos até aqui analisados não tem a relevância emprestada pela recorrida uma vez que ela própria instruiu a recorrente no sentido de que emitisse "um único CTRC no valor de R\$ 9.368,00" determinando o encaminhamento do mesmo documento ao departamento financeiro na cidade do Rio de Janeiro (documento de fl. 24).

Segue daí que os conhecimentos de transporte sobre serem acessórios do principal (e o acessório segue o principal, que no caso é o contrato por via eletrônica) representam o valor da dívida da apelada.

Não se discute que o contrato eletrônico não comporta ação de execução, mas aqui se trata de ação monitória com **pelo menos** indícios de prova escrita.

O direito não é uma ciência estática deve sim acompanhar "pari passu" os intermináveis progressos globais e de sofisticada tecnologia.

Assim, não resta a menor dúvida de que o contrato por via eletrônica é mais um passo dessa modernidade que tem de ser aceita pelos mais velhos e sempre aplaudida pelos mais jovens.

Destarte e tendo em vista o princípio da boa fé subjetiva dos contratos, consagrado no art. 113 do Código Civil e bem assim da boa fé objetiva insculpida no art. 422 do mesmo "codex".

E como "pacta sunt servanda" **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO** para ao decreto de procedência do pedido inicial.

Presidiu o julgamento, com voto, o Desembargador **PEDRO ABLAS** e dele participou o Desembargador **JOSÉ TARCISO BERALDO**.

São Paulo, 01 de julho de 2009.


CARDOSO NETO
Relator

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

35ª Câmara

APELAÇÃO C/ REVISÃO
Nº 966200- 0/7

Comarca de SÃO PAULO 11.V.CÍVEL
Processo 24634/05

APTE LUIZ CARLOS GOMES PEDREIRA

APDO LUIZ SILVEIRA ADVOCACIA EMPRESARIAL S/C

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 35ª Câmara
RELATOR : DES. MENDES GOMES
REVISOR : DES. ARTUR MARQUES
3º JUIZ : DES. JOSÉ MALERBI
Juiz Presidente : DES. ARTUR MARQUES

Data do julgamento : 29/01/07



DES. MENDES GOMES
Relator



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 966200-0/7

APELANTE : LUIZ CARLOS GOMES PEDREIRA

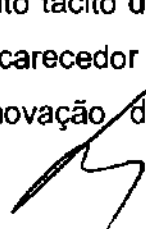
APELADO : LUIZ SILVEIRA ADVOCACIA EMPRESARIAL S/C

VOTO Nº 12.364

EMENTA: Estando o contrato vigorando por prazo determinado e havendo tempo de locação superior a cinco anos, preenche o locatário os requisitos do artigo 51, I e II, da Lei nº 8245/91, tendo direito à renovação.

Trata-se de ação renovatória de locação não residencial, julgada procedente pela r. sentença de fls. 67/70, cujo relatório se adota, agregada pelos embargos de declaração de fls. 75.

Irresignado apela o réu (fls. 76/80). Aduz, em prol do seu inconformismo, não ter cabimento a renovação da locação, porquanto a lei exige a existência de contrato escrito com prazo mínimo de cinco (05) anos, o que não ocorreu no caso, já que o contrato era pelo prazo de quatro (04) anos, não podendo ser completado o requisito temporal mínimo com o período de prorrogação automática, posto que decorreu de mero consentimento tácito do locador. Pede a reforma da r. sentença, julgando-se o autor carecedor da ação, por não preencher os requisitos de lei para a renovação da locação, conseqüentemente





PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 966200-0/7

extinguindo-se o processo, sem exame do mérito, com inversão da sucumbência.

Recurso processado, sendo respondido (fls. 84/89).

Anoto o preparo (fls. 81).

É o relatório.

Luiz Silveira Advocacia Empresarial S/C ajuizou ação Renovatória de Locação contra Luiz Carlos Gomes Pedreira, objetivando, na forma da Lei n. 8245/91, a manutenção do pacto locatício para fins não residenciais, firmado em 15 de setembro de 1999 e término em 15 de setembro de 2003, prorrogado para 15 de setembro de 2005. Aduziu que o valor do aluguel deve permanecer o mesmo que estava pagando (R\$ 3.200,00); que o reajuste do aluguel e a periodicidade deverão ocorrer conforme disposição contratual; que permanece a mesma garantidora das obrigações, destacando ter direito à renovação, eis que observou todas as condições estipuladas. Descreveu sua proposta, pugnando, por fim, o acolhimento do pedido deduzido.

Citado, o réu contestou a ação, arguindo, em preliminar, carência da ação, posto não preencher os requisitos do art. 51, e incisos I e II, da Lei nº 8.245/91. Diz jamais ter concordado com o aditamento do contrato elaborado pela administradora do imóvel, a qual, de resto, não detinha poderes especiais para agir em seu nome. No mérito, rechaçou o valor do locativo oferecido, reputando-o inferior ao de mercado, mencionando, ao final, o que considera devido - R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Sobreveio sentença acolhendo o pleito inaugural, renovando o contrato por um período de 24 (vinte e quatro)



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 966200-0/7

meses, mantidas integralmente suas cláusulas e condições, porém fixando o aluguel em R\$ 3.500,00.

Estes os fatos.

Em que pesem as bem lançadas alegações apresentadas pelo recorrente, tenho para mim que sua súplica não merece amparo.

Para o deslinde da pendenga indispensável, desde logo, é definir:

(1) a legitimidade da Administradora do Imóvel para, em nome do locador, propor aditamento ao contrato, alterando seu prazo de vigência de quatro para mais dois (02) anos, perfazendo, assim, seis (06) anos de vigência;

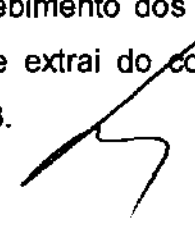
(2) a eficácia do Termo de Aditamento ao Contrato de Locação, realizado por meio eletrônico, por isso não contando com a assinatura dos contratantes.

Analisa-se a primeira questão, pois agitada nas razões do inconformismo.

Diferentemente do sustentado pelo apelante, tinha, sim, a Administradora, legitimidade para propor o aditamento ao contrato.

Por disposição expressa do locador, ora apelante, ao ato da assinatura do contrato fez-se representar pela Administradora indicada no Quadro III (equivoco flagrante, pois reportava-se, em verdade, ao Quadro IV), ou seja, por *SURVEY NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA*.

Enfatize-se que a Imobiliária era responsável por todos os atos relativos à locação, desde a assinatura do contrato, como acima se disse, até o recebimento dos aluguéis e expedição dos respectivos recibos, conforme se extrai do contrato de fls. 17/21, com destaque para a sua cláusula nº 3.





PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 966200-0/7

Destarte, claro está que a Administradora poderia praticar os atos necessários, em nome e no interesse do seu representado.

Mas não é só. É dos autos que a Administradora, ao proceder a policitação, dela deu a conhecer ao locador. É verdade que a prova da sua resposta, não existe nos autos. E, em contestação, veementemente, negou sua concordância com o pré-falado aditamento. Porém, seu silêncio quanto a proposta formulada, aliado à sua atitude que se seguiu, admitindo a permanência do locatário no imóvel, inclusive concordando com o novo valor do aluguel, estão a revelar, sem sobra de dúvida, sua aquiescência ao termo de aditamento proposto por sua representante.

E tendo a Administradora recebido a concordância do policitado, concluído estava o Aditamento.

Assunta: não houve celebração de novo contrato, porém, aditamento ao primitivo, com alteração do seu prazo de vigência e do valor do locativo.

Nestes termos, é incontroverso que agiu a Adminitradora como procuradora do locador, evidenciando-se a sua legitimidade para propor e firmar o Aditamento ao Contrato de fls. 23.

A segunda questão diz com a forma de sacramentação do Aditamento - por via eletrônica -, por isso não contendo as assinaturas dos contratantes.

Acerca da matéria relativa à validade dos contratos eletrônicos, trago à colação, por bem lançados e congruentes, o excelente artigo veiculado pela Internet, de autoria da advogada paulista Luciana Borges da Costa, que assim escreveu sobre os contratos eletrônicos:

"Este novo contrato atípico, conforme veremos a seguir, submete-se às mesmas regras jurídicas que são aplicadas aos



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 966200-0/7

contratos típicos, somente diferenciando-se destes no tocante ao meio pelo qual são realizados, no caso, o meio eletrônico, ou ainda, o meio virtual.

"A grande questão que se discute na área contratual é a validade dos negócios jurídicos firmados eletronicamente. Apesar da idade dos nossos Códigos (Civil – 1916 e CCom – 1850), o Direito Brasileiro é bastante flexível quanto à forma de contratar validamente, pois exige somente a capacidade das partes contratantes, a licitude e possibilidade do objeto contratado e a forma não defesa em lei, se nenhuma forma especial for exigida.

"Preceituam os artigos 82 e 129 do Código Civil, respectivamente:

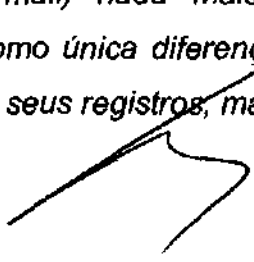
*"Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e **não defesa em lei.**"*

*"Art. 129. A validade das declarações de vontade **não dependerá de forma especial**, senão quando a lei expressamente a exigir." (com grifo no original)*

"Nosso ordenamento jurídico, inclusive, permite a contratação através da simples aceitação de uma proposta por correspondência, conforme dispõe o artigo 1.086 do Código Civil:

"Art. 1.086. Os contratos por correspondência epistolar, ou telefônica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, (...)."

"Assim, interpretando-se o artigo supra-referido, podemos dizer que os acordos comerciais, realizados pelo uso do correio eletrônico (e-mail) nada mais são senão contratos por correspondência, tendo como única diferença o fato de não utilizarem o papel para transmissão de seus registros, mas sim um meio eletrônico.





PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 966200-0/7

"Até mesmo a contratação caracterizada pelo comportamento das partes, através da manifestação tácita da vontade é admitida pela nossa legislação, conforme demonstra o artigo 1.079 do Código Civil:

*"Art. 1.079. A manifestação da vontade, nos contratos, **pode ser tácita**, quando a lei não exigir que seja expressa".*
(com grifo no original)


"Diante do exposto, podemos concluir que os atos jurídicos praticados eletronicamente existem, são plenamente válidos e eficazes, aptos a gerar vínculos obrigacionais, desde que sejam cumpridos os requisitos do artigo 82 do Código Civil.

"Além disso, vale ressaltar ainda que os contratos eletrônicos seguem os mesmos princípios que informam o Direito Contratual, quais sejam:

- " – o princípio da autonomia da vontade;*
- " – o princípio do pacta sunt servanda;*
- " – o princípio da boa-fé; e*
- " – o princípio do consensualismo.*

"No que se refere à formação dos contratos eletrônicos, a teoria adotada é a da expedição, ou seja, o contrato passa a ter validade no momento em que é expedido pelo proponente e este não passa a ter mais controle sobre o mesmo, vez que o contrato "ingressou", digamos assim, no sistema eletrônico."

Postas assim as questões, é de se concluir pela legitimidade da Administradora para, como representante do locador, firmar o Aditamento ao Contrato de Locação, bem como pela legalidade da sua forma.





PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 966200-0/7

Superadas estas questões, é de se examinar, agora, do direito ou não do locatário de ter renovado o contrato locatício com o locador.

Inolvidável o direito do apelado à renovação do contrato, porquanto provado nos autos terem sido preenchidos os requisitos do art. 51, I, II, e III, da Lei nº 8.245/91, bem como as exigências dos incisos II a VI do art. 71 da lei do inquilinato.

Destarte, ainda que por outro fundamento, a parte dispositiva da r. sentença vergastada é de ser mantida.

Ante o exposto, o voto nega provimento ao apelo.


MENDES GOMES

Relator



159
K

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



02485652

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
Apelação nº 7156911-6, da Comarca de **Indaiatuba**, em que é
Apelante Casablanca Churrascaria de Indaiatuba Ltda, sendo
Apelado Serain Russo Consultoria Empresarial Ltda:

ACORDAM, em 12ª Câmara Direito - Privado
do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte
decisão: "**Negaram provimento ao(s) recurso(s), v.u.** ", de
conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este
acórdão.

Participaram do julgamento os(as)
Desembargadores(as) **Rui Cascaldi, Rebello Pinho e José
Reynaldo**. Presidência do(a) Desembargador(a) **José Reynaldo**.

São Paulo, 29 de julho de 2009.

Rui Cascaldi
Relator(a)

160
K

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1

VOTO N°: 15405
APEL.N°: 7.156.911-6
COMARCA: INDAIATUBA
APTE. : CASABLANCA CHURRASCARIA DE INDAIATUBA LTDA
APDO. : SERAIN RUSSO CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA

CONTRATO – Prestação de serviços – Evento destinado a treinamento motivacional – Contratação por meio eletrônico – Alegação de que o preenchimento do formulário foi só para obter informações – Descabimento – Dados fornecidos que indicam de forma inequívoca o intuito de contratar – Emissão dos boletos de cobrança legítima – Recurso desprovido.

Trata-se de apelação interposta contra sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a "ação declaratória de nulidade de título", condenando as autoras Casablanca Churrascaria de Indaiatuba Ltda e Lúcia Duarte Effore ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00.

Recorre, a autora Casablanca Churrascaria de Indaiatuba Ltda, sustentando, em síntese, que a ré não tem direito à cobrança pelo evento, pois os serviços não foram prestados, não tendo os alunos comparecido, cabendo, quando muito, a cobrança de multa, devendo incidir o CDC. Aduz que o "site" da ré requeria o preenchimento do formulário para o simples fornecimento de informações sobre o curso, não se podendo considerar a celebração do contrato. O saque de duplicata mercantil, por fim, seria descabido, por não preencher os requisitos legais. Requer seja ressaltado, ao menos, se for mantida a obrigação de pagar, o direito de participar em outro curso a ser futuramente realizado pela ré.

Em resposta, sustentou-se o "decisum".

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Discute-se na ação se houve ou não a inscrição de dois filhos da co-autora Lúcia Duarte Effore no evento organizado pela ré denominado "2º Liderventure", realizado no dia 18.02.2006, das 07:00 às 20:00 horas, no pólo de ecoturismo do município de Socorro - SP, onde os

161
46

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

inscritos participariam de "network, informações, treinamento, desafio, desenvolvimento de competências e tudo isso através de esportes radicais (...), ampliando a gama de competências profissionais para trabalho em equipe, liderança, negociação, iniciativa, que darão ao profissional base para uma avaliação pessoal dos conhecimentos e habilidades" (cf. fls. 56 e 58).

Segundo a tese defendida na petição inicial, houve apenas um contato, via Internet, no dia 15.02.2006, "a fim de tomar conhecimento, bem como esclarecimentos, a respeito do curso de training" (fls. 03), sem qualquer intenção de efetivar as inscrições, motivo pelo qual seria descabida a cobrança por meio de dois boletos no valor, cada um, de R\$ 350,00, pois, como dito, não teria havido matrícula e muito menos participação no evento. Além disso, seria impossível requerer o cancelamento do curso com antecedência mínima de uma semana (como condicionava a ré), quando o primeiro contato se deu faltando apenas três dias para a data do evento.

Feitas tais explicações, anota-se, de início, que a argumentação tecida nas razões de apelação, no sentido de que o não comparecimento ao evento afastaria ou mitigaria o dever de pagar, não constou da petição inicial, configurando inovação descabida em sede recursal, não podendo ser levada em consideração. A única tese deduzida na petição inicial foi a ausência de contratação e com base nela, exclusivamente, foi a demanda contestada e sentenciada pelo juízo "a quo".

Tal não bastasse, o fato é que a apelante foi cientificada de forma inequívoca, por meio do e-mail que recebeu em 09.02.2006 (bem antes do suposto primeiro contato que teria ocorrido em 15.02.2006), de que "O não cancelamento implicará no pagamento do treinamento, mesmo que o participante venha a faltar. O não pagamento deste treinamento não implica em cancelamento automático" (fls. 65). Estava clara, desta feita, a sua obrigação de pagar ainda que não houvesse comparecimento no evento. Neste sentido, outrossim, os seguintes julgados tirados de casos análogos:

"Ação de cobrança decorrente da prestação de serviços educacionais. Réu que alega desistência do curso. Desistência não formalizada. Inadimplência. Irrelevância de não comparecimento aos atos escolares quando em disponibilidade o serviço pactuado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

Mensalidade devida. Recurso improvido." (Apelação nº 1.220.975-0/0, 32ª Câmara de Direito Privado - TJ/SP, Rel. Ruy Coppola, j. 14.05.2009).

"Prestação de serviços. Curso de informática. Ação de indenização por dano moral movida pela contratante contra a instituição contratada e reconvenção desta contra aquela com pleito de cobrança. Contratação por escrito. Serviços postos à disposição. Mensalidades devidas até a formal comunicação da desistência do curso. Cobrança legítima. Dano moral não configurado. Improcedência da ação e procedência da reconvenção confirmadas. Apelo improvido." (Apelação nº 980619-0/2, 36ª Câmara de Direito Privado - TJ/SP, Rel. Dyrceu Cintra, j. 08/02/07).

Também não assiste razão à apelante no que toca à insurgência contra a formação do contrato.

A formação do contrato por meio eletrônico se dá, em regra, pelo recebimento de dados enviados pela parte contratante que denotem a aceitação da proposta disponibilizada no "site". Neste sentido:

"Esclarecidos os momentos de expedição e de recepção de uma mensagem de dados, passemos a outra forma de contratação eletrônica, qual seja, aquela em que a oferta está disponibilizada na Rede. Nesse caso, a aceitação pode dar-se por um simples clique ou pelo preenchimento de documentos eletrônicos-padrão. Alguns autores consideram ainda que o simples fato de a parte compradora remeter o número de seu cartão de crédito ao vendedor manifesta sua aceitação aos termos do contrato" (Novas fronteiras do direito na informática e telemática, coordenador Luiz Olavo Baptista, artigo "Contratos eletrônicos e suas implicações na ordem jurídica" redigido por Michelle Toshiko Terada, Saraiva, 2001, p. 88).

Assim, também, a conclusão inscrita no enunciado nº 173 aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

"Enunciado n. 173: A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente".

No caso, os documentos juntados com a contestação pela ré demonstram de forma indiscutível a aceitação do contrato. O e-mail de fls. 63, com informações completas das autoras (CNPJ, ramo de atividade, telefone, endereço, CEP, etc) não deixa dúvidas de que houve o preenchimento dos campos da "ficha de inscrição" (fls. 60), sendo evidente ao homem médio que ao fornecer tais dados estaria expressando sua vontade de contratar o serviço. A informação dos números de RG dos filhos da autora, por meio do e-mail de fls. 67, enviado em 14.02.2006, por sua vez, também não deixa dúvida da intenção firme de contratar, pois essa informação foi requerida no e-mail que confirmou a inscrição, o qual trazia o seguinte aviso: "obrigatório o envio do n° do RG de cada participante antecipadamente para embarque no ônibus" (fls. 64).

A argumentação concernente aos requisitos das duplicatas mercantis, no mais, mostra-se totalmente dissociada da realidade dos autos. Como bem observou a apelada, não houve o saque ou protesto de duplicatas, mas apenas o envio de boletos de cobrança.

A pretensão de assegurar ao menos a participação em outro evento também se mostra descabida, não tendo constado da petição inicial, extrapolando, destarte, os limites da lide.

Nada há, enfim, a reparar na sentença, que deve ser mantida tal qual bem lançada pelo juízo "a quo".

Isto posto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Assinatura manuscrita de Rui Cascaldi.

RUI CASCALDI

Relator

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

27ª Câmara

APELAÇÃO C/ REVISÃO
Nº 903935- 0/4

Comarca de SÃO PAULO 11.V.CÍVEL
Processo 216519/02

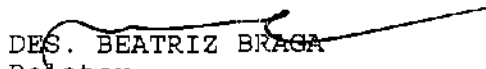
APTE AGROVAN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA
APDO TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A TELESP
EMERGIA BRASIL LTDA

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, recurso parcialmente provido, negado provimento apenas ao pedido de concessão da gratuidade, por votação unânime.

Turma Julgadora da 27ª Câmara
RELATOR : DES. BEATRIZ BRAGA
REVISOR : DES. CAMPOS PETRONI
3º JUIZ : DES. CAMBREA FILHO
Juiz Presidente : DES. JESUS LOFRANO

Data do julgamento : 20/03/07


DES. BEATRIZ BRAGA
Relator

**PODER JUDICIÁRIO
SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação com Revisão nº 903935 – 0/4

Voto nº 1253

Comarca: São Paulo

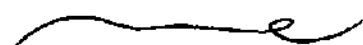
Apelante: Agrovan Comércio e Representações Ltda

Apeladas: Telecomunicações de São Paulo S/A e Emergia Brasil Ltda

Ementa: Ação de reparação de danos. Impossível a concessão da justiça gratuita à pessoa jurídica, conforme se depreende de uma série de dispositivos insertos na lei 1060/50. Formação do contrato que se dá com a simples emissão do aceite. Existência de provas nos autos que demonstram terem as partes consumado o negócio jurídico representado pelo contrato juntado com a inicial. Formalizado o contrato com a aceitação da proposta não há que se falar em negociações preliminares. **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO**, negado provimento apenas ao pedido de concessão da gratuidade.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 362/363 que julgou improcedente a ação de reparação de danos e, em razão da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatício fixados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignada, recorre a autora. Requer, inicialmente, embora tenha recolhido o valor integral do preparo, a concessão



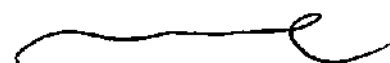
**PODER JUDICIÁRIO
SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação com Revisão nº 903935 – 0/4

dos benefícios da justiça gratuita, em vista das dificuldades financeiras por que tem passado. No mérito, aduz que a alegada contratação não foi efetivamente comprovada pelos fatos narrados e pelas provas juntadas aos autos. As apeladas trabalham em conjunto por fazerem parte de um mesmo grupo comercial. As recorridas rescindiram unilateralmente o contrato firmado, razão pela qual a apelante faz jus à multa correspondente. Foi enviado e-mail à recorrente pelo qual as apeladas confirmaram o pedido feito, bem como transmitiram o contrato que regeria o negócio firmado entre as partes. O contrato celebrado é válido, o que aponta à existência de ato jurídico perfeito (fls. 369/374).

Foi apresentada contraminuta pela Telesp a fls. 382/386. Aduz a co-ré que não há contrato firmado entre as partes. Ocorreu, isto sim, mera cotação de preços para futura e eventual contratação. Aliás, se a ré Emergia fosse contratar, o faria pelo menor preço cotado. Os gastos para a realização de orçamento devem ser arcados pela empresa-proponente. Os fatos narrados nos autos retratam meras negociações preliminares, ou seja, anteriores à formação do contrato. O instrumento contratual juntado aos autos não foi assinado pelas partes e, no mais, dele não consta como contratante a ora apelada.

É o relatório.



**PODER JUDICIÁRIO
SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

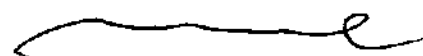
Apelação com Revisão nº 903935 – 0/4

Trata-se de ação de indenização fundada em suposto inadimplemento de contrato de compra e venda de tanques de óleo diesel.

Inicialmente cabe esclarecer que a apelada Telesp não reiterou o agravo retido de fls. 270/271, conforme exige o artigo 523, §1º, do CPC, razão pela qual descabe sua apreciação. Também antes da análise do mérito cabe afastar a concessão do benefício da gratuidade à apelante, uma vez que a lei 1060/50 não permite seja deferida a justiça gratuita às pessoas jurídicas, consoante se depreende de seus artigos 4º e 10. No mais, para a concessão da gratuidade é mister a prova da alegada hipossuficiência, a teor do disposto no art. 5º, LXXIV da CF, o que, entretanto, não foi feito pela apelante.

Quanto ao mérito do apelo, com razão a recorrente.

Tem-se por formado o contrato a partir da aceitação por parte do destinatário da proposta, uma vez representar ela a convergência de vontades imprescindível à consumação de um negócio jurídico (princípio do consensualismo). Se a proposta é feita entre presentes, o vínculo contratual surge no exato momento em que é emitida a aceitação com seu imediato conhecimento pelo seu destinatário. Já se a proposta é feita entre ausentes reputa-se



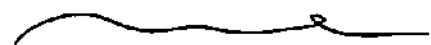
**PODER JUDICIÁRIO
SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação com Revisão nº 903935 – 0/4

formado o contrato quando o aceitante emite a respectiva aceitação ao proponente, independentemente da ciência deste (art. 1086, CC/16 e 434 CC/02 – teoria da agnição na modalidade expedição). Os contratos eletrônicos, formados através da Internet, reputam-se celebrados entre ausentes, uma vez que inexistente qualquer contato pessoal entre as partes.

No caso em exame está claro que as alegadas tratativas foram sido feitas por meio eletrônico, razão pela qual deve-se aplicar os dispositivos legais acima mencionados. É fato incontroverso ainda que a apelante apresentou às apeladas proposta contendo as diretrizes de um futuro contrato. Assim, resta, para se apurar a efetiva formalização da avença, apenas analisar se a destinatária da proposta (Emergia Brasil S/A) emitiu a respectiva aceitação ou se, ao contrário, em momento algum anuiu a ela.

O compulsar do conjunto probatório demonstra terem as apeladas anuído à proposta feita pela apelante, reputando-se formado o negócio apontado na inicial. Conforme e-mail enviado em 27 de Agosto de 2001, a apelada Emergia passou à apelante os dados necessários à aquisição dos bens objeto do contrato, o que comprova, de forma cabal, ter aceito os termos da proposta recebida (fls. 22).



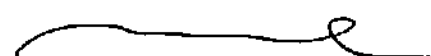
**PODER JUDICIÁRIO
SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação com Revisão nº 903935 – 0/4

Após a emissão da aceitação, as partes passaram a realizar inúmeros contatos no sentido de ajustar o cumprimento das obrigações contratuais às expectativas da empresa contratante, o que corrobora a versão trazida pela apelante. Não é crível que tais contatos refiram-se a meras negociações prévias, em vista do detalhamento e frequência das informações trocadas entre as partes, o que é próprio da fase de execução contratual.

Neste sentido, insta ressaltar que, conforme documento de fls. 27, a apelada Emergia passou à apelante as informações necessárias à elaboração das notas fiscais e ao transporte dos tanques adquiridos. Ora, estivessem as partes na fase prévia à concretização do negócio, não se haveria de falar em emissão de nota fiscal ou mesmo da maneira pela qual se daria o transporte da mercadoria objeto da eventual aquisição.

No mais, foram realizadas vistorias nos locais onde seriam instalados os bens adquiridos e feitos projetos de execução para a viabilidade de tais instalações. Estas tarefas não caracterizam simples meios para a concretização da proposta, configurando início de execução do contrato. Isto porque as propostas oferecidas pelos demais interessados independeram de qualquer vistoria ou projeto prévio (fls. 201/241). Também não foi



**PODER JUDICIÁRIO
SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

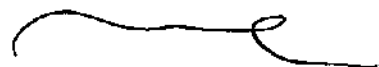
Apelação com Revisão nº 903935 – 0/4

juntada aos autos qualquer prova que demonstrasse terem as apeladas tiveram interesse em outra proposta específica. Ao contrário, limitaram-se a juntar as demais propostas sem, entretanto, comprovar ter entabulado com os interessados qualquer outro contato.

Não se imagina que a apelada Emergia elaborou “minuta de contrato” sem antes anuir aos termos da proposta feita pela apelante. Por certo, o instrumento de fls. 54/63 caracteriza contrato perfeito, acabado e plenamente válido. Dele só não consta a assinatura das partes porque, como alegou a apelante (fls. 373), a sua transmissão deu-se através de meio eletrônico que, por evidente, inviabiliza a aposição de assinatura ou visto.

As conclusões acima esposadas encontram-se corroboradas pelas demais provas documentais juntadas aos autos, bem como pelos depoimentos de fls. 319/320 e 345.

A apelada Telesp participou ativamente da fase de formação do contrato (fls. 19/20), agindo em conjunto com a co-apelada em razão de ambas pertencerem ao mesmo grupo empresarial. Por este motivo, é também responsável pelos danos causados à apelante.



**PODER JUDICIÁRIO
SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação com Revisão nº 903935 – 0/4

A existência de cláusula prevendo multa por descumprimento de obrigação contratual afasta a necessidade de se apurar os danos causados pelo inadimplente. Nesse sentido, tal dispositivo contratual serve como pré-fixação das perdas e danos.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO**, afastando-se apenas a pedido de concessão dos benefícios da gratuidade e, conseqüentemente, inverte-se o ônus da sucumbência.


BEATRIZ BRAGA

Relatora

26ª Câmara

12 APELAÇÃO C/ REVISÃO
No.1221137- 0/1

Comarca de SÃO JOSÉ DOS CAMPOS 7.V.CÍVEL
Processo 1600/07

APTE MARINA HIROTA MAGALHÃES

APDO MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA
interessado) DIRETOR PRESID:

Interes. STELLEO PASSOS TOLDA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

A C Ó R D ã O


02177143

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, deram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 26ª Câmara

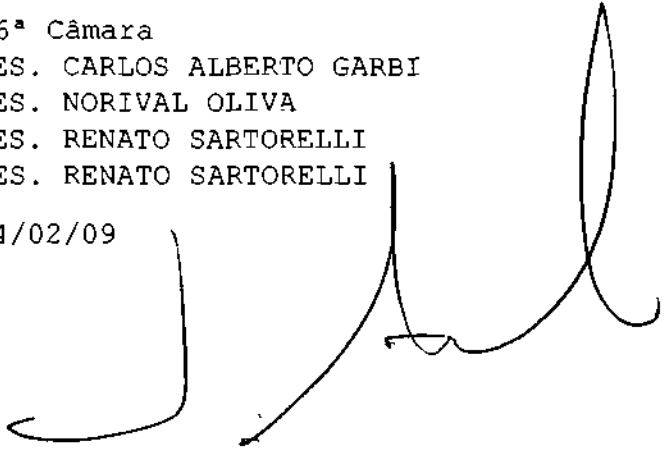
RELATOR : DES. CARLOS ALBERTO GARBI

REVISOR : DES. NORIVAL OLIVA

3º JUIZ : DES. RENATO SARTORELLI

Juiz Presidente : DES. RENATO SARTORELLI

Data do julgamento: 04/02/09


DES. CARLOS ALBERTO GARBI
Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

Comarca: **São José dos Campos (7ª Vara Cível).**

Apelante: **Marina Hirota Magalhães.**

Apelado: **Mercado Livre. Com Atividades de Internet Ltda.**

Prestação de serviços. Comércio eletrônico. Produto adquirido através de intermediação comercial feita pelo réu, fornecedor de serviços, de acordo com a disposição do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor. O serviço prestado foi defeituoso, pois o produto adquirido não foi entregue à autora. Responsabilidade objetiva do réu (art. 14, da Lei nº 8078/90). Deve o apelado responder pelas falhas de segurança que o sistema por ele utilizado não consegue impedir. O réu lucra com a atividade desenvolvida e deve responsabilizar-se pelos prejuízos dela



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

resultantes. Aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. O réu apresenta orientações ao consumidor para a compra, mas em nenhum momento não a recomenda. *Site* que transmite confiança e segurança. À vista da teoria da aparência, aquele que se utiliza de meios para confundir o consumidor, será também responsável por eventuais danos ocasionados. A cláusula contratual relacionada à exclusão da responsabilidade do apelado é nula, em razão de seu evidente abuso (art. 51, inc. I, da referida Lei). Recurso provido para julgar procedente a ação.

VOTO Nº 1.407

Recorreu a autora da sentença que julgou improcedente a ação de indenização decorrente da não entrega de *notebook* adquirido mediante utilização da intermediação comercial realizada pelo réu. Alegou que o requerido é responsável solidariamente pela realização do negócio. Afirmou que o apelado, fornecedor de serviços, possui condições de reprimir condutas irregulares, de modo que se o serviço não foi prestado regularmente, deve responder pelos prejuízos ocasionados (art. 14



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

do Código de Defesa do Consumidor). Ressaltou que o apelado recebe comissão dos anunciantes. Por esta razão, é integrante da cadeia de fornecimento do produto.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

O art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor dispõe: **"Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços"**.

Importante o esclarecimento de CLAUDIA LIMA MARQUES sobre o citado artigo: **"Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o § 2º do art. 3º define serviços como 'qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...', não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada. Segundo a doutrina brasileira, fornecer significa 'prover, abastecer, guarnecer,**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

dar, ministrar, facilitar, proporcionar' (assim ensina Cavalli, Leasing – *Um exercício de reconstrução tipológica*, p. 185 do original), uma atividade, portanto, independente de quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos" (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2004, ed. Revista dos Tribunais, p.113).

A fim de esclarecer o papel desempenhado pelo réu na concretização do negócio jurídico em exame e, desta forma, reconhecer sua qualidade de fornecedor de serviços, vale o registro de recente julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: **"A recorrente não figura como mera fonte de classificados, e sim, participa da compra e venda como intermediadora, havendo, assim, solidariedade passiva entre o recorrente e o anunciante. A parte demandada mantém um dos sites mais conhecidos da atualidade no que se refere à venda de produtos pela Internet. Seu lucro advém da intermediação pelas vendas ocorridas, sendo que este disponibiliza o espaço virtual para quem pretenda algo vender, cadastrando vendedor e comprador e estabelecendo mecanismos de segurança para que os envolvidos nas transações recebam aquilo pelo que pagaram ou entregaram(...). A parte demandada obtém lucro significativo com o serviço que disponibiliza e a partir daí deve responder por eventuais prejuízos decorrentes de fraudes que seu sistema de segurança não consiga impedir. É inquestionável a**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

responsabilidade da parte demandada pelo prejuízo sofrido, pois, no mínimo, está ofertando no mercado um serviço pouco seguro e que facilita a ação de fraudadores, os quais, pelo que se vê, conseguem se cadastrar em seu *site* sem maiores dificuldades ou qualquer tipo de controle de modo a evitar pessoas desonestas. O espaço virtual mantido, responsável pela intermediação de negócios, gera lucro e enseja riscos a seus usuários, o que por si só já justifica sua responsabilização pelos prejuízos sofridos por aqueles que se valem de seu serviço" (Apelação nº 70026228668, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Léo Romi Pilau Júnior, dj 29.10.08).

Portanto, o réu deve ser efetivamente considerado fornecedor de serviços, pois atuou na comercialização do produto adquirido pela autora. Disponibilizou o espaço virtual ao vendedor e, depois de não ter a autora recebido a mercadoria, tentou solucionar o impasse através da atuação de sua equipe especializada denominada "Investigação e Segurança" (fls. 28). Logo, deve responder pela não entrega do bem, independentemente da existência de culpa. É o que dispõe o art. 14, da Lei nº 8.078/90.

Mesmo que assim não fosse, o Código Civil Brasileiro, acolhendo a teoria do risco, no seu art. 927, parágrafo único, estabeleceu: **"Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Não importa o fato de ter o réu orientado o consumidor a respeito da melhor forma de adquirir o produto, certo é que o desenvolvimento da sua atividade criou o risco de prejudicar terceiro. Portanto, ainda que se aceite a posição da ré de mera intermediária, é imperioso reconhecer que a sua atividade criou ambiente e condições ao dano sofrido pela autora, aproximando o vendedor desonesto do consumidor. Não fosse a atividade da ré a autora não teria estabelecido relações com o vendedor do bem. O risco é da ré porque ela teria proveito desse negócio.

Lembra CARLOS ROBERTO GONÇALVES que **"a responsabilidade objetiva funda-se, efetivamente, num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*Ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem aufera os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos"** (Comentários ao Código Civil, vol. 11, ed. Saraiva, 2003, p.314).

Ademais, é evidente que o réu lucra com a atividade exercida. O item 14 do "Termos e Condições Gerais de Uso do Mercado Livre" é expresso: **"Ao colocar um produto à venda, o**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

usuário deverá pagar uma tarifa por anúncio e somente pagará uma tarifa de venda ao Mercado Livre quando a negociação se concretizar(...)" (fls. 85).

A responsabilidade da ré também encontra fundamento na Teoria da confiança.

A autora afirmou no recurso que **"confiou nos cadastros e idoneidade do MercadoLivre. Com"** (fls. 136). O *site* do réu possui *link* denominado "por que é seguro" (fls. 73), no qual são transmitidas aos usuários orientações a respeito de como deve ser realizada uma negociação. Contudo, a orientação não afasta a responsabilidade do réu em caso de inadimplemento, pois em nenhum momento o *site* não recomenda a compra. Ao contrário, incentiva o consumidor, transmitindo confiança e segurança.

O réu não pode, portanto, após incentivar o consumidor, negar-se a ressarcir o lesado. Tal conduta ofende a boa-fé e representa um agir contra os atos próprios (*venire contra factum proprium*).

Como afirma FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO: **"Quem, no mercado de consumo, se vale de expedientes para confundir o consumidor (...), empenhará responsabilidade à luz da teoria da aparência. São vedadas, naturalmente, as práticas que fazem o consumidor acreditar na aparência de algo que na**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

realidade não existe, ou existe de outra forma" (Manual de Direito do Consumidor, Ed. Podium, 2ª ed., 2008, p. 182).

É o que também afirma CLÁUDIA LIMA MARQUES:

"A teoria da aparência sempre teve duas funções: para legitimar (a imputação de responsabilidade ou a forma) e para proteger as partes de boa-fé. No comércio eletrônico, a teoria da aparência retorna com toda a sua força, pois no diálogo virtual de dois computadores identificaremos duas partes e duas vontades (...). A mesma lógica será utilizada para proteger o contratante mais fraco, em especial aquele que aceita uma oferta realizada por um profissional. Neste caso, a aparência (por exemplo, a marca, o certificado, as imagens, ou a presença em determinado site), que despertou a confiança do contratante, servirá para imputar responsabilidade, para conectar pessoas jurídicas de grupos econômicos, para valorizar a representação de um fornecedor por outro etc. É o que Lorenzetti denomina de "fatores de atribuição" dos efeitos do negócio, concluindo que nos contratos eletrônicos com consumidores há adesão e a conduta prévia dos fornecedores (publicidade, práticas comerciais e atos negociais) devem ser integradas ao *consensus* formado com base na aparência da oferta pelo fornecedor e na aceitação sobre a base da "confiança" típica dos sistemas complexos tecnológicos" (Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 69/70).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

De outra parte, não se pode olvidar que a mencionada cláusula contratual relacionada à exclusão da responsabilidade do apelado é nula, em razão de seu evidente abuso (art. 51, inc. I, da referida Lei). A respeito, vale lembrar ensinamento de RENAN LOTUFO: **"Questão que se põe nesse âmbito contratual é a da cláusula de exclusão da responsabilidade (...). Nosso direito em princípio inadmite, como por todos demonstra Aguiar Dias. Na verdade, as cláusulas de exclusão da responsabilidade, que se dizem prévias, pretendem dizer que há inimputabilidade. Ora, isso evidentemente não está na possibilidade da parte, porque todas as vezes que nós tivermos o ilícito e a causação do dano estaremos diante de um ilícito civil e, portanto, de comportamento que merece a imputação sancionatória"** (Direito e Internet, sob a coordenação de Marco Aurélio Greco e Ives Gandra da Silva Martins, ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 233).

A respeito da nulidade das cláusulas abusivas, pertinente, ainda, o esclarecimento de RONALDO ALVES DE ANDRADE: **"Parece-nos lógico que no contrato eletrônico que encerra relação de consumo são nulas quaisquer cláusulas abusivas, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, até porque trata-se de venda à distância, na qual o consumidor se encontra ainda mais desprotegido. Vale ressaltar que se deve entender por cláusula abusiva qualquer uma que**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

coloque o consumidor em posição de franca e desproporcional desvantagem, ou seja, numa posição de inferioridade que muito ultrapassa a aquisição de um lucro razoável por parte do fornecedor. Enfim, o contrato tem de ser justo, equânime, não se admitindo como tal aquele que coloque o consumidor em posição de explorado, sem contrapartida justa" (Contrato Eletrônico no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, ed. Manole, 2004, p. 122).

A responsabilidade do réu é de natureza objetiva e por isso só a prova da culpa exclusiva da vítima poderia livrá-lo da indenização, e não há nos autos qualquer indicação de que ela tenha ocorrido. A autora confiou na idoneidade do anunciante, levada pelo ambiente de segurança criado pelo réu, e por esta razão sofreu o prejuízo.

É importante a observação de RICARDO L. LORENZETTI a respeito da oferta como aparência e a aceitação como confiança no comércio eletrônico: **"O sistema é indestrinçável porque a complexidade técnica que apresenta é enorme; é anônimo, porque não se pode conhecer o "dono" nem o responsável. Diante deste fenômeno, as condutas dos empresários, assim como as dos consumidores mudam substancialmente, afastando-se dos modelos de escolha racional que inspiraram as legislações codificadas. Por exemplo, o**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1.221.137- 0/1 – VOTO Nº 1.407

consumidor ou usuário atual poderia ser considerado negligente caso fosse aplicada uma norma contratual clássica, porque as investigações que realiza para verificar os dados fornecidos antes da contratação são escassas e geralmente inócuas; atua com base num conhecimento indutivo débil (...) Neste contexto, fica claro que os modelos de comportamento racional e os padrões do 'contratante médio' obrigam a reformular os conceitos: a conduta do indivíduo é baseada na confiança, e esta se constrói com fundamento na aparência criada pelo 'sistema especialista'. Como princípio jurídico e regra hermenêutica, tanto a confiança quanto a aparência significam que se confere primazia ao que foi objetivamente declarado; 'quem gera uma aparência, fica prisioneiro dela'" (Comércio Eletrônico, ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 282/283).

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para julgar procedente a ação e condenar o réu ao pagamento de R\$ 3.810,00, com juros de mora a contar da citação e atualização monetária desde o desembolso, invertendo-se o ônus da sucumbência.

CARLOS ALBERTO GARBI

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000283207

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 9098531-56.2009.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é apelante H S B C BANK BRASIL S / A BANCO MÚLTIPLO sendo apelado MAURÍCIO DE ANDRADE PEIXOTO,

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI E MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 18 de junho de 2012.

João Camillo de Almeida Prado Costa
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO N. 14259**APELAÇÃO N. 9098531-56.2009.8.26.0000****COMARCA: FRANCA****JUIZ DE 1ª INSTÂNCIA: FÁBIO MARQUES DIAS****APELANTE: HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO****APELADO: MAURÍCIO DE ANDRADE PEIXOTO**

CONTRATO BANCÁRIO. Ação de cobrança. Empréstimo eletrônico. Existência de prova documental do crédito do valor mutuado na conta corrente do réu. Omissão do banco na exibição de cópia do contrato eletrônico de mútuo que não poderá acarretar a inexigibilidade do valor efetivamente disponibilizado ao devedor, inviabilizando tão somente o emprego dos encargos financeiros alegadamente pactuados, aplicando-se a correção monetária oficial, os juros legais de mora e os juros remuneratórios à taxa média de mercado divulgada pelo BACEN, para a operação de crédito da espécie, com a ressalva de que deverá prevalecer a taxa praticada pela instituição financeira caso seja mais favorável ao tomador do empréstimo. Capitalização dos juros afastada. Sentença reformada. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Recurso provido, em parte.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 115/120, cujo relatório se adota, que, em ação de cobrança, julgou improcedente o pedido inicial.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o empréstimo foi realizado, via sistema, em um dos seus terminais de autoatendimento, tendo o réu recebido o valor mutuado em sua conta corrente, deixando, posteriormente, de má-fé, de efetuar o pagamento das prestações convencionadas, alegando sem fundamento algum não ter recebido os recursos que lhe foram disponibilizados em conta corrente.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cuidam os autos de ação de cobrança de débito resultante do inadimplemento de contrato eletrônico de mútuo bancário, argumentando o réu, em sua defesa, que não celebrou o contrato que embasa esta ação de cobrança, tendo o banco creditado o valor cobrado, de forma unilateral, em sua conta corrente, com a finalidade da cobertura de saldo devedor, o que está a expressar a nulidade do ajuste, argumentando, ainda, que não é cabível a cobrança de juros no patamar pretendido pela instituição financeira, devendo, no máximo, limitar-se o encargo à taxa de 1% ao mês, sem capitalização e com atualização pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça.

O pedido inicial foi julgado improcedente e o recurso comporta provimento, em parte.

É que, ao contrário do que consta da r. sentença, há nos autos prova cabal do fato constitutivo do direito invocado pela instituição financeira nesta ação de cobrança de débito resultante do inadimplemento de contrato eletrônico de mútuo, pois o extrato de fls. 34 é cristalino ao demonstrar o efetivo crédito do valor mutuado na conta corrente do réu, não fosse bastante a circunstância de que não nega o correntista o fato de que o numerário em cotejo lhe foi efetivamente disponibilizado, limitando-se a argumentar, de modo inconvincente, que o lançamento a crédito em cotejo resultou de ato unilateral da casa bancária.

Logo, incontroverso nos autos que o réu recebeu os valores aqui cobrados pela instituição financeira (fls. 34), indisputável a obrigação do mutuário em satisfazer a obrigação contraída.

Todavia, no que tange aos encargos aplicados ao valor efetivamente disponibilizado ao devedor em conta corrente (fls. 34), à falta de prova de sua expressa e clara pactuação [imprestáveis para tanto a proposta de abertura de conta corrente e de suas condições gerais], que se viabilizaria com a exibição nestes autos de cópia do contrato eletrônico de mútuo celebrado pelas partes, mesmo porque não se presta a alegação de que o ajuste foi formalizado em equipamento de autoatendimento a tornar prescindível a exibição de instrumento em que materializada a pactuação, exigíveis serão apenas os encargos legais.

Destarte, os juros remuneratórios deverão ser computados à taxa média de mercado aplicável às operações da espécie, divulgada pelo Banco Central do Brasil, ressalvada a possibilidade de emprego da taxa efetivamente praticada pela instituição financeira, caso seja mais favorável ao devedor.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Deveras, “ausente a fixação da respectiva taxa no contrato, os juros remuneratórios ficam limitados à média de mercado. (...) A impossibilidade de se confirmar a taxa de juros remuneratórios efetivamente contratada – decorrente da não juntada do respectivo instrumento aos autos – equipara-se à própria ausência de sua pactuação, para fins de incidência da taxa média de mercado” (REsp 1080507/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigui, j. 15/12/2011), mesmo porque, “não tendo como se aferir a taxa de juros acordada, sendo pela própria falta de pactuação ou pela não juntada do contrato aos autos, devem os juros remuneratórios ser fixados à taxa média do mercado em operações da espécie” (AgRg no Ag 1077027/SC, Rel. Ministro Sidnei Benetti, j. 09/08/2011), sendo oportuno considerar, no entanto, que “nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.” (REsp 1.112.879-PR, Rel. Ministra Nancy Andrigui, j. 12.05.2010).

Neste mesmo sentido, é a jurisprudência prevalecente nesta Corte, consoante se infere dos seguintes precedentes:

“DECLARATÓRIA - Revisão de cláusulas contratuais (...) - Ausência de prova eficaz de previsão expressa da taxa de juros - Impossibilidade de cobrança nestes moldes, segundo art. 52 do CDC - Juros remuneratórios limitados à taxa média de mercado nas operações da espécie, divulgadas pelo BACEN, salvo se a cobrada pelo banco for mais vantajosa para o cliente - Entendimento pacificado pelo E. STJ (...)” (Apel. 0053672-29.2009.8.26.0576, Rel. Des. Sebastião Alves Junqueira, j. 20/09/2011).

“CONTRATOS BANCÁRIOS. (...) Não tendo como se aferir a taxa de juros acordada, sendo pela própria falta de pactuação ou pela não juntada do contrato aos autos, devem os juros remuneratórios ser fixados à taxa média do mercado em operações da espécie. (...) Recurso parcialmente provido.” (Apel. 0027042-93.2010.8.26.0577, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 30/11/2011).

“Revisional de contrato c.c. repetição de indébito. (...) Hipótese em que, por falta de expressa pactuação, os juros remuneratórios devem observar a taxa média de mercado, desde que tais taxas não sejam superiores aos efetivamente aplicados, incidindo o que for menor. (...)” (Apel. 9086465-78.2008.8.26.0000, Rel. Des. Luis Carlos de Barros, j. 06/02/2012).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“(…) Na falta de pactuação, os juros remuneratórios deverão ser estipulados à taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil para a espécie à época de sua contratação (…).” (Apel. 9086645-94.2008.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 13/02/2012).

“(…) CONTRATO BANCÁRIO. Juros remuneratórios. Ausência de contratação expressa. Limitação dos juros remuneratórios à taxa média do mercado à época da contratação quando não há pactuação expressa. Precedentes do STJ. Recurso parcialmente provido.” (Apel. 0005905-31.2009.8.26.0176, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 12/01/2012).

Logo, na apuração do débito resultante do inadimplemento do contrato de empréstimo eletrônico de que ora se cuida, à falta de prova de expressa contratação, de rigor é a adoção da taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil para as operações da espécie, com a ressalva de que deverá ser aplicada a taxa efetivamente praticada pela instituição financeira credora, desde que sua expressão seja comprovadamente mais favorável ao devedor.

De outra parte, não há se olvidar que, em contrato de mútuo, o cômputo de juros capitalizados só é admissível na hipótese em que exista expressa pactuação das partes acerca da possibilidade da incidência de encargo desta natureza, o que não se verificou na espécie, de sorte que a capitalização dos juros constitui afronta ao ajuste em análise, prática que cumpre ser proclamada, pois implica efetivamente em acréscimo abusivo e ilegal ao importe mutuado, motivo pelo qual, caso venha a ser efetivamente diagnosticada, a expunção de eventuais reflexos da aplicação de juros capitalizados na constituição do débito resultante do inadimplemento do contrato em exame será medida de rigor, apurando-se, mediante cálculo aritmético, à época do pagamento, o valor efetivamente devido, observados os termos deste julgado.

Como remate, a consideração de que a correção monetária, à míngua de prova da contratação de indexador diverso, deverá observar os índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e será contada a partir da data da propositura da ação, incidindo os juros legais de mora desde a citação.

Em suma, dou provimento em parte ao recurso e julgo parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o réu pagamento do valor efetivamente devido, observados, na sua apuração, os termos deste julgado. E tendo as partes resultado vencidas e vencedoras em proporções equivalentes, tem-se por configurada a sucumbência recíproca, razão pela qual as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios serão distribuídos e compensados entre os contendores.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA

Desembargador Relator

(assinatura eletrônica)



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0024.06.132216-0/002 **Númeração** 1322160-
Relator: Des.(a) Nicolau Masselli
Relator do Acórdão: Des.(a) Nicolau Masselli
Data do Julgamento: 19/12/2007
Data da Publicação: 15/02/2008

EMENTA: AÇÃO COBRANÇA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - MENSALIDADES - CONTRATO ELETRÔNICO - RELAÇÃO JURÍDICA DEMONSTRADA. O contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, de maneira que o instrumento contratual firmado por meio eletrônico é apta a demonstrar a relação jurídica entre as partes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.132216-0/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): MAX FREDSON DE SOUZA MÓL - APELADO(A)(S): PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATOLICA MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. NICOLAU MASSELLI

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2007.

DES. NICOLAU MASSELLI - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. NICOLAU MASSELLI:

VOTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

recurso.

Trata-se de Ação de Cobrança, aforada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, ora recorrida, contra Max Fredson de Souza Mól, recorrente, quando a primeira pretende receber a quantia líquida de R\$3.484,21 (Três mil quatrocentos e oitenta e quatro reais e vinte e um centavos).

Emerge do presente feito, que o réu, ora apelante, requereu sua matrícula para o curso de História do Brasil, composto por três módulos.

No entanto, segundo o apelado Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, o réu encontra-se inadimplente para com as mensalidades referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2003 e de janeiro a junho de 2004 conforme boletos anexos, perfazendo o montante de R\$3.484,21 (três mil quatrocentos e oitenta e quatro reais e vinte e um centavos).

Citado regularmente através de mandado, o apelante trouxe argumentos combatendo o pedido constante da peça exordial aduzindo que não houve uma concreta relação jurídica entre as partes, já que, o contrato teria sido firmado impondo condições a serem cumpridas em tempo já decorrido.

Afirma que, em verdade o contrato aderido por ele pela Internet previa que o valor dos serviços a serem prestados seria de R\$1.796,82 (hum mil, setecentos e noventa e seis reais e oitenta e dois centavos).

Ademais, alega ser o contrato contraditório, e sequer dispor de assinaturas ou testemunhas, impondo-se sua total nulidade.

A sentença de fls. 47/48, julgou procedente o pedido inicial para condenar o réu ao pagamento do valor de R\$3.484,21 (três mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e vinte e um centavos).

Inconformado, apresentou o apelante, Max Fredson de Souza Mol,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

recurso às fls.50/55, onde alega preliminarmente carência de ação, por não ter se concretizado a relação jurídica entre as partes, em decorrência de vícios no contrato.

No mérito, afirma que o valor cobrado pela apelada é superior ao valor contratualmente previsto, qual seja, a quantia de R\$1.796,82(hum mil, setecentos e noventa e seis reais e oitenta e dois centavos).

Alega que o contrato apenas se concretizaria diante de pagamento, que deveria ter sido firmado em julho de 2003, logo, em data posterior a sua contratação, o que se faz o juridicamente impossível.

Em fim, aduz serem contraditórios os termos do contrato, que sequer dispõe de assinatura ou testemunha, impondo-se sua total nulidade.

Contra-razões pela apelada, às fls.73/83.

Analizando o contexto processual recursal, entendo ter parcial razão o apelante.

Inicialmente, quanto a preliminar levantada pelo apelante, entendo que, se confunde com o mérito da lide, motivo pelo qual passo a análise dos mesmos.

Ora, não há que se falar na ausência de concretização da relação jurídica entre as partes.

Verifico que o contrato em questão aparentemente deixa algumas dúvidas quanto às condições em que seriam cumpridas as obrigações pactuadas.

Entretanto, tais equívocos são de fácil constatação e por óbvio se tratam de erros materiais, provavelmente cometidos no momento de sua confecção.

Tendo em vista que o contrato de prestação de serviços educacionais é informal e não exige forma prescrita em lei, deve prevalecer a



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

vontade das partes no momento da contratação.

Conforme afirma o apelante, de fato o contrato não contém a assinatura do réu, entretanto verifica-se que o mesmo fora firmado pela Internet, sob o Código de Adesão 67BD4710-7803-45F2-97BA-89EFFF15A17C.

Atualmente, com os avanços da tecnologia são inúmeros os contratos firmados via internet, não cabendo as partes que contratam regularmente um serviço, alegarem a ausência de assinatura para se eximir de cumprir suas obrigações.

Mais ainda, os usuários da Internet apenas têm acesso a opção de contratação por meio de um endereço eletrônico e senha pessoais, obtidos através de cadastros quando fornecem seus dados e demais informações úteis a contratação.

A senha e o endereço eletrônico são pessoais e de responsabilidade única do usuário, de modo que não pode tentar se furtar da obrigação sob a alegação de ausência de relação jurídica, pois esta se mostra demonstrada.

Ora, se o réu acessou o sistema da Universidade apelada e firmou um contrato se obrigando a atender as obrigações contratadas, deve cumpri-las. Mesmo porque em momento algum alegou ter a apelada se negado a prestar os serviços educacionais contratados.

Ultrapassada essa questão, passo a análise da quantia devida pelo apelante.

Extraí-se do Contrato de Prestação de Serviços Educacionais que o réu apelante se obrigou ao pagamento de seis parcelas no valor de R\$299,82 (duzentos e noventa e nove reais e oitenta e dois centavos), perfazendo o montante de R\$1.796,82 (hum mil setecentos e noventa e sete reais).

O mesmo contrato dispõe que o curso é composto de três módulos, e



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

o réu está através do mesmo se obrigando apenas quanto ao segundo, conforme contrato juntado aos autos às fls. 06, denominado Contrato de Prestação de Serviços 34º PREPES - 2º Módulo.

Não obstante a apelada afirmar, que o apelante teria requerido sua matrícula para o período do segundo semestre do ano de 2003 e primeiro semestre de 2004, não traz aos autos qualquer prova nesse sentido.

Da mesma forma também, o apelante não traz qualquer prova dos pagamentos que teria realizado a título das aulas fornecidas pela Universidade apelada, sendo que caberia a ele tê-lo feito.

Ora, portanto, o que se infere dessa constatação é que cada módulo teria a duração de dois meses, cabendo para a contratação de cada um deles, o pagamento de apenas duas parcelas previstas no contrato.

Mediantes tais considerações rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso para reformar a sentença, reduzindo a condenação para o valor correspondente a duas mensalidades, que perfazem, o montante de R\$598,94(quinientos e noventa e oito reais e noventa e quatro centavos), acrescidos de correção monetária e juros de 1% ao mês, devidos desde a distribuição.

Face à sucumbência recíproca, condeno a apelada ao pagamento de 80% das custas processuais, ficando 20% a cargo do apelante.

Quanto aos honorários, fixo em 20% sobre o valor da condenação, devendo a autora arcar com 15% e o réu com 5%.

Contudo, suspendo a exigibilidade das custas processuais e honorários advocatícios ora fixados quanto ao apelante, nos moldes da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): BATISTA DE ABREU e JOSÉ AMANCIO.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SÚMULA : REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.132216-0/002



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000305699

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9076483-06.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER S/A, é apelado VILMA DE KATINSZKY BARRETO DE SOUZA.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS CARLOS DE BARROS (Presidente) e CORREIA LIMA.

São Paulo, 25 de junho de 2012.

Álvaro Torres Júnior
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 21493

APEL.Nº: 9076483-06.2009.8.26.0000
 COMARCA: São Paulo
 APTE. : Banco Santander S/A
 APDO. : Vilma de Katinszky Barreto de Souza

INTERESSE DE AGIR - Ação cautelar de exibição de documentos – Ocorrência – Prova de recusa do fornecimento do documento – Desnecessidade – Alegação de inexistência física de contratos eletrônicos – Desacolhimento - Preliminar rejeitada.

AÇÃO CAUTELAR – Exibição de documentos – Instrumentos contratuais – Dever de guarda é das entidades financeiras e não da correntista - Documentos são úteis à instrução de futura ação a ser proposta pela correntista, que precisa saber inequivocamente os termos dos contratos e o que se passou com a sua conta, possibilitando-lhe futura investigação do saldo – Ação cautelar parcialmente procedente.
 Recurso desprovido.

1. Recurso de apelação contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação cautelar e determinou ao Banco-réu a exibição de documentos, em 10 dias, sob pena de busca e apreensão. Sustenta o vencido-apelante a falta de interesse de agir da autora e a impossibilidade de exibição de contratos firmados por meio eletrônico. Alega ter disponibilizado as cópias dos documentos à autora por meio de impressões em caixas eletrônicos e internet.

Apelo tempestivo, bem processado e contrariado.

2.1. A autora afirmou ter solicitado ao Banco-réu, sem êxito, a exibição de contratos, daí o ajuizamento desta ação cautelar (cf. fls. 2-14).

Embora citado para exibir os documentos ou responder, o réu optou por apresentar a contestação sem os documentos, o que demonstra implicitamente a sua resistência à pretensão exibitória.

O interesse processual está presente e surge da necessidade de se obter, por meio do processo, a proteção do interesse primário e substancial, alegadamente lesionado ou ameaçado de lesão, sendo idônea a providência solicitada, por estar prevista no ordenamento jurídico.

O recurso ao órgão jurisdicional representa, pois, a única solução para a autora, por não dispor ela de outro meio para satisfazer o seu alegado direito.

O interesse processual, portanto, decorre de uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil à provocação da tutela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da violação ao direito argüido na inicial (cf. Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, 11ª ed., p. 81).

De mais a mais, a recusa no fornecimento do documento por quem o detém não é pressuposto para a ação de exibição.

Os pressupostos estão estabelecidos exhaustivamente no art. 356 do CPC (aplicável por força do art. 845 do CPC) e dentre eles não consta a recusa de exibição do documento.

Nem se argumente com a impossibilidade de exibição de contratos eletrônicos em razão da inexistência de “instrumentos físicos”.

Ora, ao afirmar que a autora poderia obter impressão dos contratos em caixas eletrônicos ou via internet, o Banco-réu admitiu a existência física dos documentos solicitados.

Fica assim afastada a alegação de falta de interesse de agir da autora.

2.2. É sempre lícito pedido de exibição judicial formulado por correntista de entidade financeira (cf., a propósito, Victor A. A. Bomfim Marins, *Comentários ao CPC*, v. 12, Do Processo Cautelar, Ed. RT, 2000, p. 363). Mormente quando os documentos são comuns às partes e o Banco os possui, ao contrário do que ocorre com os correntistas. Estes geralmente não guardam os extratos, que são de uso temporário, usados apenas para simples conferência.

O Banco, nesse tipo de contrato, administra as contas e as movimentas, retirando parte de seu montante e aceitando novas somas. E, além da necessidade de se fornecer aos contratantes cópia dos instrumentos da avença, a exigência dos extratos decorre naturalmente de qualquer contrato em que há gestão de quantias em dinheiro (cf. Arnaldo Rizzardo, *Contratos de Crédito Bancário*, Ed. RT, 4ª ed., p. 93-64).

O dever de guarda dos documentos é das entidades financeiras, em razão das atividades que exercem, e não do correntista.

É evidente a necessidade de se entregar à correntista as cópias dos contratos havidos entre as partes, para que aquela possa ter ciência de todos os termos da avença e verificar seu cumprimento por parte do Banco contratado.

Por sua vez, os contratos e extratos são úteis à instrução de futura ação a ser proposta pela correntista e esta certamente precisa saber o que se passou com a sua conta, possibilitando-lhe futura investigação do saldo.

Assevere-se que o correntista tem o direito de pleitear do Banco a exibição, mesmo que tenha recebido anteriormente os extratos das contas.

Nem pode a entidade bancária reclamar do custo da operação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

alusiva à obtenção dos elementos informativos cuja exibição é pretendida, na medida em que os documentos estão em seu poder, não cabendo ao correntista – parte vulnerável economicamente - arcar com as despesas.

“O dever de informação, e por conseguinte, o de exhibir a documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória. Não pode ser objeto de recusa nem de condicionantes, face o princípio da boa-fé objetiva. Se pode o cliente a qualquer tempo requerer da instituição financeira prestação de contas, pode postular a exibição dos extratos de suas contas correntes, bem como as contas gráficas dos empréstimos efetuados, sem ter que adiantar para tanto os custos dessa operação” (cf. REsp. nº 330.261-SC, rel. Min. Nancy Andrighi).

Matéria semelhante foi julgada na 5ª Câmara do extinto 1º TACivSP por acórdão deste relator, assim ementado:

“Prova – Documentos – Exibição pedida pelo perito, em ação revisional de contrato bancário – Contratos de conta corrente, de financiamento, com suas renovações e os extratos desde a contratação – Incumbência de exibição compete ao réu – O dever de informação e o de exhibir a documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória, não podendo ser objeto de recusa, nem de condicionantes, notadamente aquela alusiva a custos operacionais – Pedido do perito decorre também do disposto no art. 429 do CPC – Recurso desprovido” (A. I. 1.203.360-8, São José do Rio Preto).

Subsiste a sentença.

3. Pelo exposto, ao recurso foi negado provimento.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



02713462

Jurisprudência

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRADO DE INSTRUMENTO nº 677.025-4/1-00, da Comarca de SOROCABA, em que é agravante WILSON CESAR MINELLI M E sendo agravada FUNDAÇÃO MIGUEL DE CERVANTES DE APOIO A PESQUISA E A LEITURA DA BIBLIOTECA NACIONAL:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente, sem voto), JESUS LOFRANO e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 01 de dezembro de 2009.

EGÍDIO GIACOIA
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento nº 677.025-4/1-00
Sorocaba - 2ª Vara Cível

3ª Câmara de Direito Privado

Ação: Direito autoral e indenização – nº 1752/2008

Agravante : WILSON CESAR MINELLI ME

**Agravada : FUNDAÇÃO MIGUEL DE CERVANTES DE APOIO À PESQUISA
E À LEITURA DA BIBLIOTECA NACIONAL**

VOTO Nº 6.375

EMENTA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Processo civil. Competência territorial. Internet. Contrato eletrônico. Serviço de atribuição de ISBN. Obrigação de fazer e indenização – É competente o foro do lugar em que expedida a proposta contratual (CPC art. 100, V, a c/c CC art. 435). Proposta que se considera expedida na sede da pessoa jurídica proponente (LICC art. 9º, § 2º) – Decisão mantida por outro fundamento legal. Recurso improvido.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 37/39 que julgou procedente exceção de incompetência oferecida pela ré, reconhecendo como competente o foro de sua sede.

Em apertada síntese, sustenta a autora ser competente o foro de seu domicílio, posto ser este o local do ato: de onde foi realizado o pedido e para onde os números de *ISBN* foram enviados.

Recurso tempestivo e preparado, foram dispensadas as informações do MM. Juiz *a quo*. Concedeu-se o efeito suspensivo até o julgamento deste recurso (fls. 45).

Intimada para resposta, manifestou-se a agravada aduzindo não se tratar nem de relação de consumo nem de contrato eletrônico, devendo ser aplicada a regra geral de fixação de competência.

É o relatório.

Concessa venia da agravante, o entendimento monocrático não comporta modificação alguma quanto à determinação que encampa, ainda que outro fundamento legal deva ser levantado para sua manutenção.

Em se tratando de serviço ofertado através da *Internet*, importante trazer à colação interessantes lições da doutrina pátria:





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento nº 677.025-4/1-00
Sorocaba - 2ª Vara Cível

“Mas, qual seria a natureza da *Internet*? Ela seria um lugar ou um meio?”

Se entendermos que a *Internet* é um lugar, muitas das questões já previamente definidas pelo Direito, tais como o foro competente, deveriam ser redesenhadas. Imagine um contrato celebrado entre uma empresa alemã e outra brasileira. Se a *Internet* é um lugar, onde seria assinado o contrato? A resposta, então, é nem no Brasil e nem na Alemanha, mas na *Internet*. A proposta e a aceitação também seriam realizadas na *Internet*. E, neste caso, como definir o foro?

Para a Norma nº 004/95, *Internet* é o ‘nome genérico que designa o conjunto de redes, ou meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o ‘software’ e os dados contidos nestes computadores’.

Parece evidente que a *Internet* nada mais é que um meio de comunicação, assim como o telefone e o fax. Usando o exemplo anterior, podemos então perceber que a proposta pode ser realizada em um País e a aceitação em outro”. [grifei] (in VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos aspectos jurídicos*. Bauru, SP: EDIPRO, 2001. p. 21)

Partindo da premissa de que a *Internet* é um meio de comunicação – e não um lugar propriamente dito –, logo se conclui que as transações através dela processadas estão sujeitas aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos contratos celebrados no mundo material.

Neste ponto fazem-se necessárias algumas colocações.

Primeiramente, tal como aduziu a recorrida a relação jurídica *sub judice* não pode ser enquadrada como uma relação de consumo: não há um *mercado de consumo* e, portanto, não há um *serviço* sendo prestado (CDC art. 3º, § 2º); bem como não há um *produto* sendo produzido, montado, criado, construído, transformado, importado, exportado, distribuído ou comercializado (CDC art. 3º, § 1º).

O *ISBN* – *International Standard Book Number* – é um sistema internacional padronizado de identificação e individualização de livros, coordenado pela *Agência Internacional do ISBN*. Esta, por sua vez, delega poderes a Agências Nacionais designadas em cada país, outorgando-lhes a função de atribuir o número de identificação aos livros ali editados.

Desde 1978, no Brasil, essa Agência é a *Fundação Biblioteca Nacional*, constituída pela Lei nº 8.029/90 e vinculada ao Ministério da Cultura. Segundos informações obtidas por nossa assessoria, através de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento nº 677.025-4/1-00
Sorocaba - 2ª Vara Cível

uma parceria público-privada (PPP) esta função passou a ser exercida pela *Fundação Miguel de Cervantes*, ora ré.

Claro, portanto, tratar-se de um *munus* público, de uma padronização obrigatória do sistema para melhor circulação e comercialização de livros (art. 6º, *caput* da Lei nº 10.753/03). Nesses termos, não pode ser enquadrado nem como *produto* nem como *serviço*, o que obsta classificar-se a presente relação como de consumo.

Em segundo lugar, ao contrário do que entendeu a agravada a relação jurídica *sub judice* envolve, sim, um *contrato eletrônico*. Autorizada doutrina estrangeira assim define o instituto:

“La contratación electrónica es aquella que ‘[...] se realiza a través o con ayuda de los medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores’, y la producción, publicidad, venta y distribución de productos se hace a través de las redes de comunicaciones”. (in HOCSMAN, Heriberto Simón. *Negocios en internet*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p.81)

Não obstante, também conceitua o contrato eletrônico como um gênero do qual o contrato *via Internet* seria apenas uma espécie:

“Así, esta clase de contrato electrónico tiene la particularidad de surgir gracias a una oferta y una aceptación realizada por medio de mensajes de datos, y el contrato nace a partir de la formación del consentimiento. Si bien se presentan dificultades en la determinación del momento en que se produjo la formación del consentimiento, esto no impide reconocer la existencia del contrato y el surgimiento de las obligaciones que él acarrea, y se podrá exigir la contraprestación incumplida del contrato electrónico ante los tribunales, al igual que en el contrato tradicional [...]”. (HOCSMAN, Heriberto Simón. *Ob. cit.*, p.80)

Na hipótese dos autos, é exatamente esta a relação entre os pólos litigantes. A solicitação dos números de identificação do *ISBN* é realizada *via Internet*, sendo as informações ofertadas em caráter permanente através do *website* da fundação (http://www.bn.br/portal/?nu_pagina=46).

Nesse contexto, em se tratando de uma relação contratual civil (ou *não-consumerista*) devem ser observadas as regras de fixação de competência territorial dispostas no CPC artigos 94 a 100.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento nº 677.025-4/1-00
Sorocaba - 2ª Vara Cível

Considerando tratar-se de ato jurídico *lato sensu* – mais especificamente um negócio jurídico – e de ação de reparação de dano, há de ser aplicada a regra especial do CPC art. 100, V, a em detrimento da regra geral do foro do domicílio do réu do CPC art. 100, IV, a, voltada a pessoas jurídicas (v. PIZZOL, Patricia Miranda. *In* MARCATO, Antonio Carlos [coord.]. *Código de processo civil interpretado*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 279, nota ao art. 100).

Destarte, é competente para julgar a presente ação o foro do lugar do ato. Para determiná-lo é necessário analisar a formação do contrato por um critério espacial: qual o lugar em que foi celebrado o contrato?

Contudo, antes mesmo de responder-se a esta indagação faz-se imperiosa a classificação do presente contrato como uma negociação entre ausentes ou entre presentes, para precisamente determinarmos a regra a ser aplicada ao caso concreto.

Quanto à situação *sui generis* dos contratos eletrônicos via *Internet*, manifesta-se a doutrina pátria:

“Entende SÍLVIO VENOSA que, embora seja utilizada a linha telefônica, a contratação eletrônica não pode ser tida como realizada entre presentes, devido à ausência de colóquio direto entre as partes. Somente pode ser reputada entre presentes quando cada pessoa se utiliza de seu computador de forma simultânea e concomitante, como se ocorresse uma conversa normal, com remessa recíproca de dados: ‘remetemos a proposta, o destinatário está à espera, lê-la no monitor e envia a aceitação ou rejeição, ou formula a contraproposta’.

Todavia, aduz o insigne civilista paulista, não é isso que geralmente ocorre. As transmissões ‘são normalmente decorrentes de pré-programação, com horários acertados de transmissão, que procuram, por vezes, os momentos de menor sobrecarga da rede telefônica. Por sua vez, o receptor, o oblato no caso, raramente estará à espera da mensagem, a postos diante de seu equipamento eletrônico. Destarte, a contratação, nesse caso, é feita entre ausentes. Existem fases de apresentação da proposta e de aceitação bem nítidas”. (*in* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. III. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64)

In casu, patente tratar-se de contrato entre ausentes. A inexistência de um colóquio direto entre as partes contratantes, bem como a de uma transmissão recíproca de dados, impede que a conclusão seja outra.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento nº 677.025-4/1-00
Sorocaba - 2ª Vara Cível

Assim definido o presente contrato, possível responder à indagação *supra*: reputa-se celebrado o contrato entre ausentes no local em que foi proposto, conforme dispõe expressamente o CC art. 435.

Mas especificamente, adota a doutrina o entendimento de que se reputa celebrado este contrato no local em que a proposta foi expedida, sendo irrelevante o local de expedição da aceitação – por mais que o consentimento apenas esteja formado e, portanto, perfeito o contrato com esta – (v. ROSENVALD, Nelson. *In* PELUSO, Cezar [coord]. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3ª Ed. Barueri: Manole, 2009. p. 473, nota ao art. 435).


Contudo, ainda assim o comando legal não se mostra suficiente: de onde foi expedida a proposta, considerando que formulada de forma abstrata e permanente através de um *website*?

Nessa hipótese, deve ser aplicado o Decreto-Lei nº 4.657/42 [LICC] art. 9º, § 2º, que reputa por constituída a obrigação resultante do contrato no lugar em que residir o proponente e, em se tratando de pessoa jurídica, este local é o de sua sede, seu *domicílio especial* (v. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. I. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 149).

Logo, competente para a presente ação o foro do local do ato, considerado este como sendo aquele de onde expedida a proposta, qual seja, o lugar da sede da pessoa jurídica proponente.

No caso dos autos, a *Fundação Miguel de Cervantes* tem sua sede no mesmo edifício da *Fundação Biblioteca Nacional* – vale dizer, na cidade do **Rio de Janeiro**, foro competente para a presente ação.

Ante o exposto, revogado o efeito suspensivo, pelo meu voto nego provimento ao recurso.


RÔMULO GIACOIA
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



01569617

REPARAÇÃO DE DANOS – Contrato preliminar de promessa de cessão de cotas sociais, mediante aporte financeiro em pessoa jurídica – Ausência de prova de inadimplemento dos réus – Impossibilidade da autora pedir a resilição unilateral de contrato irretratável, para reaver dos sócios integralmente os seus investimentos – Contrato preliminar a ser cumprido, mediante admissão da autora como sócia e, se for o caso, posterior dissolução total ou parcial com apuração de haveres proporcionais ao patrimônio líquido atual, levando em conta os riscos do negócio. Recursos providos, para julgar improcedente a ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 498 581-4/3-00 da Comarca da CAPITAL, onde figuram como apelantes SHOWLIVRE COMPANY LTDA E OUTROS e apelada ROSA MARIA PASSO JONAS:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar parcial provimento aos recursos, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte do Acórdão

Cuida-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de fls. 531/543 dos autos, que julgou procedente em parte ação de reparação de danos, de rito ordinário, que ROSA MARIA PASSO JONAS ajuizou contra SHOWLIVRE COMPANY LTDA E OUTROS, condenando os réus a pagar à autora a quantia de R\$ 372.500,00, devidamente atualizada desde o desembolso e acrescida de juros de mora desde a citação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Fê-lo a sentença, sob o argumento de que não conseguiu a autora demonstrar o inadimplemento dos réus quanto às obrigações que assumiram no contrato preliminar de promessa de cessão de cotas sociais. Afirmou que não poderia a autora suspender de modo unilateral os prometidos aportes de capital e que não demonstrou que os réus negaram-se admitir seu ingresso como sócia, como convencionado.

Apesar disso, entendeu a sentença que diante da impossibilidade superveniente, por razões econômicas e pessoais, do ingresso formal da autora na sociedade, deveria receber de volta todos os aportes de capital efetuados, devidamente atualizados e acrescidos de juros moratórios.

Negou a sentença apenas a condenação dos réus à composição de danos morais, exatamente pela inoccorrência de inadimplemento.

Foram rejeitados embargos de declaração opostos pelos réus.

Recorrem os réus SHOWLIVRE COMPANY LTDA, JOSÉ FRANCISCO DE ABREU e WALTER FRANCISCO DE ABREU (fls 596/622), reiterando, em preliminar, agravo retido tirado contra a decisão interlocutória que indefiniu a produção de prova pericial contábil. No mérito, alegam, em síntese, ser contraditória a sentença, pois entendeu que a autora descumpriu o contrato, mas condenou os réus à restituição da totalidade dos valores investidos. Afirmam que a prova dos autos revela que a autora suspendeu sem razão os prometidos aportes de capital e atentou contra a natureza irretratável do contrato preliminar. Rebelam-se contra a conclusão da sentença, que condenou os réus ao pagamento de indenização, apesar de reconhecer que não deram causa ao descumprimento do contrato. Pedem o reconhecimento da nulidade da sentença, ou a inversão do resultado.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma longa horizontal final.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Recorre também o réu RODRIGO DE OLIVEIRA PEDREIRA (fls 659/678), alegando, em preliminar, a nulidade da sentença, por ferir o princípio da motivação dos atos judiciais. Afirma que não mais é sócio da Showlivre, e que se retirou da sociedade antes do arrependimento manifestado pela autora. A autora não foi impedida de ingressar na sociedade, e deixou indevidamente de fazer os aportes de capital prometidos. Não pode converter investimentos de risco em uma atividade em aplicação financeira a ser resgatada, caso o empreendimento não surta os resultados esperados.

Obteve o réu RODRIGO, em sede de recurso de agravo, o benefício da gratuidade processual, para ver processada a apelação, sem recolhimento das custas.

Foram os recursos respondidos.

É o relatório

1 Os recursos dos réus comportam provimento, respeitada a convicção da Digna Juíza de Primeiro Grau

Não comporta provimento o agravo retido, pois a realização de prova pericial não era realmente necessária ao julgamento da lide.

Isso porque não há apuração de haveres de sócio retirante, pois as partes celebraram apenas um contrato preliminar, no qual prometeram consentir em futura alteração contratual, na qual se admitiria a autora como sócia, contra inversão de determinado montante de recursos em pecúnia.

O descumprimento do contrato preliminar que a inicial imputa aos réus diz respeito ao fato de não ter sido efetuada a alteração do

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contrato social da pessoa jurídica, para que a autora passasse e figurar como sócia

Além disso, a inicial também imputa aos réus o saque de duplicata sem origem contra outra pessoa jurídica, da qual é sócia a autora, além de recursos investidos terem sido usados para pagamento de dívidas pretéritas

Vê-se, assim, que salvo a questão atinente ao destino dos recursos investidos, a matéria é completamente estranha à prova pericial contábil. Aliás, diga-se que a pessoa jurídica fora recém constituída pelos réus José Francisco, Walter e Rodrigo dias antes da celebração do contrato preliminar, razão pela qual não se cogita de dívidas pretéritas da empresa. Além disso, investiu-se a autora imediatamente nos poderes de gerência da sociedade, juntamente com o réu José Francisco, razão pela qual tinha controle e mando sobre os gastos e pagamentos da pessoa jurídica.

Também não prospera a preliminar de nulidade da sentença, por falta ou contradição na fundamentação. A devolução dos valores investidos, segundo a sentença, decorre não do inadimplemento dos réus, mas sim da falta de interesse e viabilidade econômica do ingresso da autora na sociedade. Pode-se discordar de tal conclusão, mas não há antinomia com a fundamentação.

2. Análise inicialmente as razões de fundo do recurso interposto pelo réu RODRIGO DE OLIVEIRA PEDREIRA, que, a meu ver, se encontra coberto de razão

Era Rodrigo sócio minoritário na recém constituída pessoa jurídica Showlivre. Tinha apenas e tão somente participação de 10% do capital social e não se encontrava investido de poderes de gerência

Assinatura manuscrita em tinta preta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou de administração, segundo consta de certidão da JUCESP que instrui a inicial

Não bastasse, entre a data da celebração do contrato preliminar e a data em que deveria ser admitida a autora como sócia, o réu Rodrigo se retirou da sociedade

Dizendo de outro modo, quando, em tese, os demais réus Walter e José Francisco teriam se recusado a promover a alteração do contrato social, ou quando sacaram uma duplicata, Rodrigo não mais participava da sociedade.

A inicial não imputou um ato ilícito sequer ao réu Rodrigo. Ao contrário. Afirmou por em razão do comportamento dos demais réus, viu-se compelido a retirar-se da sociedade.

Não se vê razão, lógica ou jurídica, para que ex-sócio minoritário, sem poder de gerência e de administração, seja solidariamente condenado a pagar todos os investimentos que a autora fez como contraprestação para futuramente ingressar na sociedade

Não há indício mínimo e nem alega a autora que quando da retirada do réu Rodrigo da sociedade, no cálculo de sua participação tenham sido computados os investimentos feitos pela autora. Aliás, é improvável que tal fato tenha ocorrido, pois os investimentos seriam traduzidos em futura participação social da autora.

4 Também merece provimento o recurso dos demais réus SHOWLIVRE COMPANY LTDA, JOSÉ FRANCISCO DE ABREU e WALTER FRANCISCO DE ABREU.

Celebraram as partes em 01 de novembro de 2.001 contrato preliminar, denominado *protocolo de intenções*, que ultrapassa em muito a fase de mera pontuação, e vincula os contratantes, pelo qual a

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e uma longa horizontal final.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autora seria admitida como sócia na recém criada pessoa jurídica SHOWLIVRE COMPANY LTDA, mediante alteração do contrato social a ser promovida no prazo de sessenta dias, mediante inversão de recursos, no valor de R\$ 450 000,00.

O contrato, bem escrito, regula minuciosamente os direitos e obrigações das partes, assim como as consequências de eventual inadimplemento. Note-se que foi o celebrado em caráter irrevogável e irretratável. Ficou convencionado que caso se negasse o direito da autora ser admitida na sociedade, caberia execução específica, com concessão de liminar. Além disso, foi a autora investida, desde a data da celebração, de poderes de administradora e gerente da pessoa jurídica, juntamente com o sócio.

Como bem notou a sentença, não há nos autos prova mínima de inadimplemento dos réus. Os longos depoimentos pessoais e das testemunhas foram vagos e inconclusivos. Não há como afirmar que os réus recusaram-se admitir a autora como sócia, nem que desviaram fundos para pagar despesas pretéritas, muito menos que o saque de uma duplicata foi abusivo.

A troca de correspondência eletrônica e de notificações extrajudiciais entre as partes, no início do mês de abril de 2002, revela que os réus insistem para que a autora assine a alteração do contrato social e inverta na sociedade os recursos faltantes. A autora, por seu turno, diz que como não foi admitida oportunamente, deseja resolver o contrato preliminar e reaver os valores já pagos.

Não há nos autos prova mínima de que os réus tenham se recusado a promover a alteração do contrato social, ou impedido o ingresso da autora na sociedade. Diga-se que não seria lógica tal conduta, pois a autora, segundo a certidão da JUCESP e os depoimentos das

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e elegantes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

testemunhas, já administrava legalmente e de fato a pessoa jurídica, assumindo obrigações e direcionando a prestação de serviços.

Não faz sentido que os réus negassem o ingresso formal da autora na sociedade, mas a mantivessem como gerente e administradora da pessoa jurídica, delegando-lhe a governança e o controle de fato das atividades sociais

Também não há prova mínima de que os recursos invertidos tenham sido desviados para pagamento de dívidas pretéritas, em desacordo com o contrato preliminar, pela simples e boa razão de que a autora gerenciava a pessoa jurídica.

A questão do saque de determinada duplicata por prestação de serviços contra outra pessoa jurídica, da qual é sócia a autora, não constitui razão suficiente para a resolução do contrato preliminar, por mais de uma razão. Primeiro, porque a duplicata foi devidamente aceita pela própria autora, aparentemente como representação da dívida remanescente que tinha com os réus. Segundo, porque a invalidação decorreu da ausência de efetiva prestação de serviço, ou seja, por vício formal

5. A prova dos autos indica, em resumo, que a futura sociedade entre as partes não foi à frente por questões econômicas, e não por inadimplemento dos réus.

Claro que houve problemas de relacionamento pessoal entre os futuros sócios, sem que se possa imputar a qualquer deles responsabilidade exclusiva ou determinante para a frustração do negócio. Talvez o principal problema tenha sido de ordem econômica, diante da evidência de que os elevados gastos não seriam recuperados, e que as empresas que exploravam atividade de *internet* não tinham a viabilidade esperada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não basta, diante de tal quadro, a autora notificar os réus dando por resolvido o contrato preliminar. A resolução deve ser temperada com o princípio da boa-fé objetiva, que limita o exercício abusivo de direitos. A resolução do contrato somente pode ser a resposta a inadimplemento grave, que comprometa de modo substancial a prestação devida.

O melhor entendimento, adotado por inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, é o de que a extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada.

Em outras palavras, o exercício do direito potestativo de resolução do contrato deve guardar correlação com a relevância do inadimplemento, sob pena de se converter em abuso de direito.

É o que a melhor doutrina insere como uma das facetas do princípio da boa-fé objetiva e denomina de exercício desequilibrado de direitos (*inciviliter agere*), em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular de um direito e o sacrifício imposto à contra parte, ainda que não haja o propósito de molestar. São casos em que o titular de um direito age sem consideração pela contraparte (**Fernando Noronha, O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Saraiva, 1.994, p. 179**)

Na lição de **Ruy Rosado de Aguiar Júnior**, “o reconhecimento de que do inadimplemento surgiu um dano bastante grave para que se decrete a extinção do contrato depende da avaliação do valor desse dano. Para isso não será levada em linha de conta a quantidade de dano causada à parte, mas sim o grau de ofensa à economia do contrato, pois é em função dela que há de se ponderar a gravidade da infração, não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apenas pelo efetivo prejuízo causado ao credor" (**Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor, 2ª. Edição atualizada AIDE, p. 135**)

Evidente que a gravidade do descumprimento, capaz de levar à resolução do contrato deve ser aferida caso a caso. No dizer de **Karl Larenz**, "há o incumprimento definitivo quando a prestação resultar economicamente distinta" (**Derecho de Obligaciones, Revista de Derecho Privado, v. I, p. 303**).

No caso concreto, se algum inadimplemento houve, de parte a parte, não foi de gravidade suficiente para levar à resolução do contrato.

Não parece razoável que se o negócio do qual participou de fato a autora como gerente e administradora, com promessa de futura sociedade não deu certo e os recursos, ou parte deles, foram perdidos, que os demais sócios devam pura e simplesmente ressarcir os investimentos feitos. Seria deslocar todo o ônus do negócio para os réus, convertendo a autora em simples rentista, o que vai contra a natureza e a causa do negócio jurídico em exame.

Não há nos autos elementos mínimos que permitam ratear proporcionalmente entre as partes os riscos e perdas do negócio.

O caminho é outro. Deve a autora, em atenção ao que consta do contrato preliminar irretratável, ingressar na sociedade e, na qualidade de sócia, pedir eventualmente os seus haveres, apuráveis segundo os ativos hoje existentes, abatidas as dívidas.

Claro que não há como admitir, de outro lado, que os demais sócios, que integralizaram o capital social com bens e equipamentos, possam livremente retirá-los, enquanto a autora, que investiu fundamentalmente recursos em pecúnia, arque sozinha com a frustração do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

negócio. A apuração do patrimônio líquido e o pagamento dos sócios litigantes, porém, pressupõe que a autora inicialmente se torne sócia, para que, num segundo momento, recupere seus haveres, de modo proporcional ao capital social e aos riscos de qualquer atividade empresarial.

6 A ação, assim, é improcedente

Condeno a autora ao pagamento das custas do processo, atualizadas a contar do desembolso, bem como honorários advocatícios devidos aos advogados dos réus, que fixo em R\$ 10.000,00 a cada um deles, atualizados a contar desta data. A fixação leva em conta os parâmetros do artigo 20, parágrafo 4º. do CPC, em especial o grau de zelo profissional, lugar de prestação do serviço e tempo exigido para desempenhá-lo

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos.

Participaram do julgamento, os Desembargadores Teixeira Leite (Presidente, sem voto), J. G. Jacobina Rabello (Revisor) e Ênio Zuliani (3º Juiz).

São Paulo, 17 de janeiro de 2008.


FRANCISCO LOUREIRO
Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2011.0000216331

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0146223-38.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA DO ROSARIO DE CASTRO FERREIRA TOLEDO sendo apelado BANCO SANTANDR S/A.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DIMAS CARNEIRO (Presidente) e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 29 de setembro de 2011

FRANCISCO LOUREIRO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

APELAÇÃO: 0146223-38.2008.8.26.0002

COMARCA: SÃO PAULO

APTE: MARIA DO ROSÁRIO DE CASTRO FERREIRA TOLEDO

APDO: BANCO SANTANDER S.A.

Voto nº 13968

Embargos à execução. Contrato de confissão de dívida subscrito por duas testemunhas. Inadimplemento a contar da segunda parcela da dívida. Cláusula contratual autoriza execução total do débito. Desnecessidade de apresentação da via original do título executivo, se não discutem as partes a autenticidade das assinaturas e nem o conteúdo do contrato. Inteligência do art. 365, IV, CPC. Sentença que já decotou do título executivo as verbas em excesso. Recurso não provido.

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes embargos a execução de título extrajudicial por quantia certa ajuizados por **MARIA DO ROSÁRIO DE CASTRO FERREIRA TOLEDO**, em face de **BANCO SANTANDER S.A.**, determinando o recálculo do valor da execução, tendo em vista a capitalização mensal de juros não convencionalizada entre as partes.

Apela a executada embargante (fls. 108/117) alegando, em síntese, nulidade da execução em razão da inexistência de previsão contratual de vencimento antecipado da dívida, bem como pela ausência da via original do título na instrução da petição inicial.

Houve contrarrazões.

É o relatório.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

1. O frágil recurso não merece provimento, e a exemplar sentença merece integral confirmação.

A sentença já decotou do crédito exequendo verbas em excesso, especialmente os juros compostos, não expressamente convencionados entre as partes.

A exeqüente não recorreu da sentença, de modo que resta apenas apreciar os argumentos da embargante.

2. Ao contrário do que afirma a embargante, o contrato, em sua cláusula 7ª., prevê a hipótese de vencimento antecipado da dívida, no caso de inadimplemento.

Quanto à alegada nulidade da execução em face da inexistência de previsão contratual da hipótese de vencimento antecipado da dívida, estabelece a cláusula 7ª do contrato (fls. 41/45 dos presentes autos):

“7ª – Se no vencimento normal ou antecipado das parcelas previstas neste instrumento, o Cliente e/ou Devedor(es) Solidário(s) não efetuaram a liquidação da quantia devida, nos termos do disposto neste instrumento, ou sobrevenha qualquer das hipóteses retratadas na cláusula 6ª, passarão a responder, desde as datas dos vencimentos aqui mencionadas até o efetivo pagamento, pelos seguintes encargos: (...)”

Como se pode depreender da simples leitura do excerto acima, resta clara a previsão do vencimento antecipado da dívida, acarretado pelo inadimplemento da apelante.

Não faria o menor sentido que a credora cobrasse parcela a parcela que se vencesse, em comportamento que apenas atulharia o Poder Judiciário.

Sensato afirmar que a cláusula somente faz



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sentido se interpretada no sentido que o inadimplemento de qualquer das parcelas acarreta o vencimento antecipado das demais.

3. Ressalte-se, conforme observado pelo MM. Juiz, a execução embargada é fundada em instrumento particular de confissão de dívida, contrato de renegociação por meio do qual a embargante confessa o inadimplemento e que configura uma segunda oportunidade de conhecimento dos termos do contrato de mútuo originário.

No tocante à nulidade supostamente decorrente da apresentação de cópia do título ora executado, mais uma vez não assiste razão à apelante.

Com efeito, a Medida Provisória nº 2.200/01, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), determina em seu artigo 10, §1º que *"as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários"*.

O contrato que se pretende a execução, por sua vez, apresenta certificação digital em conformidade com as exigências legais, o que demonstra a verossimilhança das alegações do apelado.

Ademais, o artigo 365, IV, do CPC determina:

"Fazem a mesma prova que os originais: VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante processo de digitalização".

Sendo assim, não há que se penalizar o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

exequente com a não apresentação do contrato original, já que se trata de execução de título não passível de circulação por endosso.

Além disso, não nega a devedora nem a existência do contrato, ao qual prestou consentimento, nem a exaço de seu conteúdo. Não se vê razão, assim, para juntada do instrumento original se não paira qualquer dúvida a respeito da veracidade da cópia.

É dessa forma que vem decidindo esta Corte:

“Ementa: Agravo de instrumento tirado contra decisão proferida em execução de título extrajudicial que determinou a juntada de cópias autenticadas dos contratos de empréstimo exequendos sob pena de indeferimento da inicial - Inconformismo do banco credor sustentando que as cópias que acompanharam a inicial foram eletronicamente registradas e contam com certificado digital de autenticidade do 1º Cartório de Registro de Títulos e Documentos de Maceió - AL, o que é permitido pelo sistema de Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), instituído pela MP 2.200, de 28/06/2001 - Acolhimento - Exibição de cópia do contrato registrada eletronicamente com certificação digital de autenticidade perante cartório extrajudicial - Presunção de autenticidade que emerge da certificação digital, dispensando a juntada de cópias autenticadas - Interpretação do art. 385, do CPC que deve ser feita em consonância com os avanços da era digital – Inteligência do art. 365, VI, do CPC, c.c. art. 11, § 1º, da Lei 11.419/2006 (Informatização do processo judicial) - **Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 7378412-6, Rei. Moura Ribeiro, jul. em 06/08/09).”**

No mesmo sentido:

“Agravo de Instrumento 0009668-15.2011.8.26.0000
Relator(a): Mello Pinto Comarca: Pontal Órgão
juizador: 28ª Câmara de Direito Privado Data do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

juízo: 15/02/2011 Data de registro: 23/02/2011

Outros números: 00096681520118260000 Ementa:

“Arrendamento Mercantil - Deferimento de liminar de busca e apreensão - Presunção de autenticidade dos documentos assinados digitalmente. Recurso provido. Arrendamento Mercantil - Deferimento de liminar de busca e apreensão - Presunção de autenticidade dos documentos assinados digitalmente. **Recurso provido.**”

4. Superadas as alegações de nulidade da execução, a apelante suscita hipótese de excesso de execução consubstanciada na existência de nota promissória em valor inferior ao que pode ser alcançado pela via executória.

Entretanto, a Súmula nº 27/STJ veio complementar o art. 573, CPC: “*Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial.*”

Destarte, cumpre ao credor escolher o título que deseja apresentar como objeto da execução.

Disponha o exeqüente de dois títulos: um contrato de confissão de dívida e uma cambial que representava o crédito. Optou pela execução do contrato, com o escopo de cobrar os encargos negociais.

5. Por fim, o apelado, em suas contrarrazões, pleiteia a reforma da sentença para que se pratique novamente a capitalização de juros.

Tal pedido não merece análise, pois como é sabido, em consonância com o princípio do ***tantum devolutum quantum appellatum***, presente no art. 515, *caput*, CPC, em sede de recurso de apelação apenas caberá o exame da matéria devolvida, a qual, no presente caso, não concerne a capitalização de juros, mesmo porque não haveria interesse recursal por parte da apelante.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No mais, conforme disposto pelo artigo 252, do Regimento Interno desta Corte, em vigor desde 4 de novembro de 2.009, mantém-se a sentença por seus próprios fundamentos, dada sua qualidade e precisão para o presente caso.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

FRANCISCO LOUREIRO
Relator

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 90.406 - BA
(2011/0289135-6)**

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
EMBARGANTE : PRONOR PETROQUÍMICA S/A
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS MENEZES RODRIGUES
FÁBIO PERIANDRO DE A HIRSCH E OUTRO(S)
MARCELO CINTRA ZARIF (EM CAUSA PRÓPRIA) E
OUTRO
EMBARGADO : VIRGÍNIA LÚCIA LEMOS CARDOSO E OUTROS
ADVOGADO : JOICE BARROS DE OLIVEIRA LIMA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ENTRE O TITULAR DO CERTIFICADO DIGITAL USADO PARA ASSINAR O DOCUMENTO E O NOME DO ADVOGADO INDICADO COMO AUTOR DA PETIÇÃO. RECURSO INEXISTENTE.

- A assinatura eletrônica destina-se à identificação inequívoca do signatário do documento. Desse modo, não havendo identidade entre o titular do certificado digital usado para assinar o documento e o nome do advogado indicado como autor da petição, deve esta ser tida como inexistente, haja vista o descumprimento do disposto nos arts. 1º, § 2º, III e 18, da Lei 11.419/2006 e nos arts. 18, § 1º, e 21, I, da Resolução nº 1, de 10 de fevereiro de 2010, do Superior Tribunal de Justiça.

- Embargos de declaração não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 21 de junho de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 90.406 - BA
(2011/0289135-6)**

EMBARGANTE : PRONOR PETROQUÍMICA S/A
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS MENEZES RODRIGUES
FÁBIO PERIANDRO DE A HIRSCH E OUTRO(S)
MARCELO CINTRA ZARIF (EM CAUSA PRÓPRIA) E
OUTRO
EMBARGADO : VIRGÍNIA LÚCIA LEMOS CARDOSO E OUTROS
ADVOGADO : JOICE BARROS DE OLIVEIRA LIMA

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração interpostos pela PRONOR PETROQUÍMICA S/A contra acórdão que não conheceu do agravo em agravo em recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. IRREGULARIDADE. RECURSO INEXISTENTE.

- É inexistente o agravo interposto por advogado sem procuração nos autos, conforme a Súmula 115/STJ.
- Agravo não conhecido.

À fl. 249 (e-STJ), certidão da Seção de Protocolo de Petições informa que o nome do advogado subscritor da petição de embargos não confere com o nome do titular do certificado digital utilizado para assinar a transmissão eletrônica do documento.

É o relatório.

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 90.406 - BA
(2011/0289135-6)**

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
EMBARGANTE : PRONOR PETROQUÍMICA S/A
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS MENEZES RODRIGUES
FÁBIO PERIANDRO DE A HIRSCH E OUTRO(S)
MARCELO CINTRA ZARIF (EM CAUSA PRÓPRIA) E
OUTRO
EMBARGADO : VIRGÍNIA LÚCIA LEMOS CARDOSO E OUTROS
ADVOGADO : JOICE BARROS DE OLIVEIRA LIMA

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

Conforme certidão de fl. 249 (e-STJ), verifica-se que o subscritor da petição do presente recurso, Dr. Marcelo Cintra Zarif (e-STJ fl. 247), não é o titular do certificado digital utilizado para assinar a transmissão eletrônica do documento.

A assinatura eletrônica destina-se à identificação inequívoca do signatário do documento. Desse modo, não havendo identidade entre o titular do certificado digital usado para assinar o documento e o nome do advogado indicado como autor da petição, deve esta ser tida como inexistente, haja vista o descumprimento do disposto nos arts. 1º, § 2º, III e 18, da Lei 11.419/2006 e nos arts. 18, § 1º, e 21, I, da Resolução nº 1, de 10 de fevereiro de 2010, do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: AgRg na SLS 1.381/PB, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 17.08.2011; EDcl no REsp 1.187.736/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campell Marques, DJe 05.05.2011; e AgRg no AREsp 11.881/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 06.09.2011.

O presente recurso, portanto, deve ser tido por inexistente.

Forte nessas razões, **NÃO CONHEÇO** dos embargos de declaração.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2011/0289135-6

PROCESSO ELETRÔNICO

**EDcl no AgRg no
AREsp 90406 / BA**

Números Origem: 1080296201080500000 1101802003 2009026282127 2427119938050039 5945692010

EM MESA

JULGADO: 21/06/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : PRONOR PETROQUÍMICA S/A
ADVOGADOS : MARCELO CINTRA ZARIF (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTRO
ANTÔNIO CARLOS MENEZES RODRIGUES
FÁBIO PERIANDRO DE A HIRSCH E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIRGÍNIA LÚCIA LEMOS CARDOSO E OUTROS
ADVOGADO : JOICE BARROS DE OLIVEIRA LIMA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : PRONOR PETROQUÍMICA S/A
ADVOGADOS : MARCELO CINTRA ZARIF (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTRO
ANTÔNIO CARLOS MENEZES RODRIGUES
FÁBIO PERIANDRO DE A HIRSCH E OUTRO(S)
EMBARGADO : VIRGÍNIA LÚCIA LEMOS CARDOSO E OUTROS
ADVOGADO : JOICE BARROS DE OLIVEIRA LIMA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Processo Nº 583.00.2003.138789-6**Imprimir Fechar****Texto integral da Sentença**

PODER JUDICIÁRIO SÃO PAULO 29ª VARA CÍVEL CENTRAL Processo nº 03.138.789-6 Vistos. Cuidam os autos de ação ordinária ajuizada por MARIO PEREIRA MAURO & CIA LTDA em face de MEGA SISTEMAS CORPORATIVOS LTDA. Alegou que celebrou com a ré o contrato descrito na inicial. O objeto era a cessão de licença de uso do sistema "omnium", para gerenciamento dos recursos humanos, contabilidade, finanças, tributos e vendas. A implantação demorou inexplicáveis quinze meses. O sistema não funciona adequadamente. Há erros no cálculo do ICMS e da contribuição previdenciária; nos livros fiscais; no controle de duplicatas pagas; também há problemas aleatórios, que fazem o usuário perder a confiança no sistema. Invocou o Código do Consumidor. Sofreu danos morais e materiais. Pretende as seguintes providências: rescisão do contrato e indenização por danos morais e materiais. Bateu-se pela procedência do pedido. Juntou documentos. A ré foi citada ofereceu contestação. Alegou que seria parte ilegítima. Foi contratada apenas para conceder à autora a licença de uso do sistema. Não fariam parte do contrato serviços de implantação, treinamento e customizações. Esses caberiam a pessoa jurídica diversa. Requereu denunciação da lide. No mérito, alegou que o sistema está operando sem vícios para muitos clientes. As acusações seriam genéricas. A autora reclamaria de rotinas que não estariam inseridas no produto. Não haveria dever indenizatório. Teria havido culpa exclusiva da autora. Negou que houvesse danos morais. Negou que fosse cabível a inversão do ônus da prova. Pugnou pela improcedência da ação. Houve réplica e audiência de conciliação. O feito foi saneado, deferindo-se a prova pericial. Após a apresentação do laudo, manifestaram-se as partes. Seguiu-se a colheita de prova oral. As partes apresentaram memoriais. É o relatório. DECIDO. O pedido é improcedente. A autora alegou a existência de vícios no produto. Em síntese, haveria falhas em cálculo de tributos e contribuições, nos livros fiscais, no controle de duplicatas e outros vícios. E a autora tinha o ônus de demonstrar a existência de tais vícios no produto, bem como que tais vícios fossem imputáveis à ré (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil). A demonstração segura de tais fatos era pressuposto inafastável do pedido de resolução contratual, bem como do direito à indenização. Porém, a autora não produziu prova segura de tais fatos. O processo de conhecimento, de cognição exauriente, exige prova cabal, não sendo suficiente verossimilhança. Note-se, ainda, que a inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, não pode ser aplicada, já que não existe relação de consumo entre as partes. A autora adquiriu o produto para utilização em seu processo produtivo empresarial, o que afasta a condição de destinatário final. Assim, a relação jurídica discutida nos autos é empresarial e não de consumo. Feitas tais considerações, deve ser observado que a prova pericial constatou que havia falhas no funcionamento do produto. A esse respeito, basta que se confirmem as conclusões da perícia, que devem ser acolhidas. Cabe aqui lembrar o ensinamento de Jonatas Milhomens, acerca da importância e da isenção do perito do Juízo ("A PROVA NO PROCESSO CIVIL", Forense, 1ª ed.): "Se o laudo apresentado pelo perito indicado pelo juízo é escoreito, não se conseguindo evidenciar erro nele existente, deve ser adotado pelo julgador, até por cautela, pois traz consigo a presunção de estar alheio aos interesses das partes em litígio. Assim agindo, e ante a disparidade dos laudos, o julgamento terá sido pelo menos cauteloso". Porém, tais conclusões não se mostram suficientes para se acolher a pretensão veiculada na petição inicial. A prova oral lançou séria dúvida sobre os fatos constitutivos do direito da autora. Foi suficientemente esclarecido que houve o fornecimento de senhas de acesso amplo a prepostos da autora, e que tais senhas poderiam alterar o funcionamento das rotinas. A esse respeito, confirmam-se os elementos colhidos na prova oral, que são coerentes. Assim, não há como se aceitar a existência de prova segura de vícios no funcionamento do sistema, que fossem imputáveis à requerida. Não há como se saber, com segurança, qual seria a causa dos defeitos constatados pela prova pericial. Também não há como se saber se decorreriam de defeitos no produto, de problemas com a implantação ou a instalação, ou de mau uso da própria compradora. Mais uma vez é necessário ressaltar que a disponibilização de senhas amplas de acesso evidencia que os fatos constatados pela prova pericial não podem ser considerados como preservados, com relação ao estado do produto efetivamente entregue à compradora. Saliente-se, ainda, que a prova oral apontou para outra questão relevante. A autora teria sido responsável por fornecer equipamentos insuficientes para a correta implantação do produto. E tais equipamentos ocasionavam problemas técnicos, como queda de rede, v.g.. Por mais essa razão, não é possível conhecer a real origem dos defeitos constatados pela perícia. Repita-se que, para se acolherem os pedidos de resolução contratual e indenização, era indispensável a prova da existência de tais defeitos. E isso não foi feito, conforme já amplamente exposto. A autora não se desincumbiu do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil). Os fatos constitutivos "são aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. A relevância ou não de determinado fato para a produção de certo efeito jurídico é dada pelo direito material, porque nele estão definidas as relações jurídicas e os respectivos fatos geradores de direito subjetivo. O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito" (Vicente Greco Filho. Direito processual civil brasileiro. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 2º v., § 43.5.5., p.189). Realmente, o conjunto probatório não favorece a tese da autora. O fato base de sua pretensão emerge duvidosamente no conjunto probatório. Por tais razões, suficientes, não há como se acolher a pretensão veiculada na petição inicial. Outrossim, não consta que a ré tenha assumido a obrigação contratual

de prestar serviços de implantação, treinamento e customizações. Realmente, nada existe no contrato a esse respeito. Por mais esse motivo, não existe fundamento para se impor à ré a responsabilidade por vícios cuja origem se desconhece, e que podem ter decorrido, também, da própria implantação do sistema, prestação que cabia a terceiro. O pedido fica rejeitado, pois. O mais são questões irrelevantes, pois “não está o juiz obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um os seus argumentos” (RJTJESP 115/207). Julgo IMPROCEDENTE a ação. Condeno a autora a pagar as custas e despesas processuais, atualizadas, bem como honorários advocatícios arbitrados, conforme o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), atualizados desde esta data. P.R.I.C. São Paulo, 15 de setembro de 2.006. FERNANDO BUENO MAIA GIORGI Juiz de Direito

Imprimir Fechar

30ª Câmara

AGRAVO DE INSTRUMENTO
No.1230009- 0/0

Comarca de DIADEMA 2.V.CÍVEL
Processo 17550/08

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



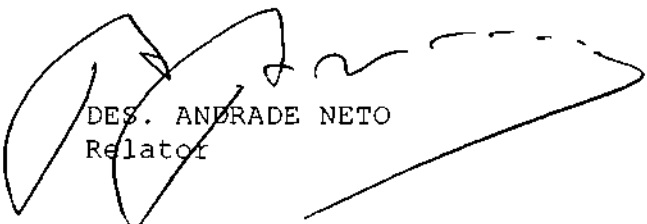
AGVTE EMOLY INDUSTRIA DE COSMETICOS LTDA
AGVDO GENNARI & PEARTREE PROJETOS E SISTEMAS LTDA
MICROSOFT INFORMATICA LTDA

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 30ª Câmara
RELATOR : DES. ANDRADE NETO
2º JUIZ : DES. ORLANDO PISTORESI
3º JUIZ : DES. LINO MACHADO
Juiz Presidente : DES. ORLANDO PISTORESI

Data do julgamento: 21/01/09


DES. ANDRADE NETO
Relator



30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravo de Instrumento n.º 1.230.009-0/0

Agravante: Emoly Indústria de Cosméticos Ltda

Agravadas: Gennari & Peartree Projetos e Sistemas Ltda; Microsoft Informática Ltda

Comarca: Diadema – 2ª Vara Cível (Autos nº 17550/08)

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA — PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - CONTRATO DE CESSÃO DE LICENÇA DE USO E IMPLANTAÇÃO DE SOFTWARE – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 100, IV, “A” DO CPC, C.C. ART. 94, § 4º – DOMICÍLIO DE UMA DAS EMPRESAS RÉS

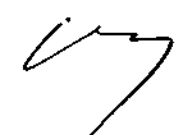
LITISCONSÓRCIO PASSIVO – PROCURADORES DISTINTOS – CONCESSÃO DE PRAZO EM DOBRO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 191 DO CPC – DEFESAS TEMPESTIVAS - REVELIA INEXISTENTE

RECURSO DESPROVIDO

VOTO Nº 6061

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação de rescisão de contrato de cessão de licença de uso e implantação de *software* cumulada com indenização, declarou tempestivas as contestações, bem como acolheu exceção de incompetência oposta pela co-ré Microsoft Informática Ltda, determinando a remessa dos autos a uma das varas desta Capital, nos termos do artigo 100, IV, “a” do Código de Processo Civil.

A agravante sustenta, em síntese, a intempestividade das contestações e da exceção de incompetência, pois apresentadas além do prazo de quinze dias para resposta, dentro do qual deveriam ter



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 2****30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO****Agravo de Instrumento n.º 1.230.009-0/0**

pleiteado a concessão do benefício, sendo inaplicável o prazo em dobro previsto no art. 191 do CPC ao caso concreto, devendo ser decretada a revelia. Alega ser competente o foro da sua sede, em razão da natureza consumerista da relação contratual firmada pelas partes, atraindo a incidência do Código de Defesa do Consumidor, ou, caso assim não se entenda, diante da regra estabelecida no art. 100, IV, “d” do Código de Processo Civil, devendo a demanda, portanto, ser julgada na comarca de Diadema, onde proposta a ação.

O recurso foi recebido e processado em seu efeito devolutivo, com respostas das agravadas pela manutenção da decisão.

É o relatório.

Não assiste razão à agravante, devendo ser mantida a decisão hostilizada.

A alegação de intempestividade das defesas apresentadas não guarda a mínima procedência. As requeridas Gennari & Peartree Projetos e Sistemas Ltda e Microsoft Informática Ltda são pessoas jurídicas distintas, tendo cada uma delas constituído seus respectivos advogados, sendo evidente a incidência de prazo em dobro previsto no art. 191 do CPC. Assim, tempestivas as contestações e exceção, porquanto protocoladas dentro dos trinta dias da juntada aos autos do aviso de recebimento referente à carta citatória, não se há falar

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 3****30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO****Agravo de Instrumento n.º 1.230.009-0/0**

de revelia.

A presente demanda tem por finalidade o recebimento de indenização e rescisão contratual versando bens comercializados entre empresas, através de contrato de cessão de licença de uso e implantação de programas de informática, não havendo notícia da fixação de foro de eleição.

Conforme interpretação do art. 2º do CDC, considera-se consumidor a pessoa, física e jurídica, que adquire produtos ou utiliza-se de serviços como destinatário final, vale dizer, sem incorporação do bem ou serviço na cadeia produtiva de sua atividade econômica.

A autora, indústria de cosméticos, adquiriu programas de informática a serem utilizados “para melhor aproveitamento de seu processo produtivo” (fl. 13), firmando contrato tipicamente mercantil, sendo, pois, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Nesta perspectiva, inexistindo foro previamente estabelecido pelos contratantes, deve prevalecer o fixado pelo Código de Processo Civil.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 4****30ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO****Agravo de Instrumento n.º 1.230.009-0/0**

Na hipótese, a agravante ingressou com a ação em Diadema, onde mantém sua sede, e a agravada Microsoft apresentou exceção de incompetência pleiteando o encaminhamento dos autos para a comarca onde está instalada, em São Paulo.

Nestas circunstâncias, há que prevalecer a regra estabelecida no art. 100, IV, "a" do CPC, c.c. art. 94, parágrafo 4º, devendo mesmo a demanda ser julgada na comarca sede de uma das pessoas jurídicas rés, em São Paulo, para onde o magistrado determinou o encaminhamento dos autos.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao presente recurso.**



ANDRADE NETO
Relator

26ª Câmara

APELAÇÃO C/ REVISÃO
No. 941042- 0/5

Comarca de SÃO PAULO 30.V.CÍVEL
Processo 6799/01

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



APT/APDS ASCENTIAL SOFTWARE DO BRASIL LTDA (ATUAL DEN. DE INFORMIX DO
DM9 DDB PUBLICIDADE LTDA.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os / desembargadores desta turma julgadora, da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento aos recursos, com observação, por votação unânime.

Turma Julgadora da 26ª Câmara

RELATOR : DES. ANDREATTA RIZZO

REVISOR : DES. VIANNA COTRIM

3º JUIZ : DES. FELIPE FERREIRA

Juiz Presidente : DES. FELIPE FERREIRA

Data do julgamento: 29/07/09

DES. ANDREATTA RIZZO
Relator



1

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção de Direito Privado – 26ª Câmara
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 941.042-0/5


Comarca: São Paulo – 30ª Vara Cível

Apelante(s)/ Apelado(s): Ascential Software do Brasil Ltda. (Atual denominação de Informix do Brasil Comércio e Serviços Ltda.); DM9 DDB Publicidade Ltda.

VOTO Nº 23.384

Prestação de serviços - Rescisão contratual cumulada com indenizatória - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Pessoa não qualificada como consumidor - Sistema informatizado adquirido para implemento da atividade comercial, e não para uso como destinatário final - Prescrição - Inocorrência - Contrato firmado sob a égide do antigo diploma substantivo - Inteligência do artigo 178, § 9º, V, do Código Civil de 1916.

Inadimplemento contratual da ré - Trabalho não concluído - Software projetado abaixo das especificações técnicas prometidas - Programa não instalado pela contratada - Rescisão contratual decretada, com devolução do montante pago - Perdas e danos - Ausência de comprovação - Erro material no valor da condenação corrigido de ofício - Sentença de parcial procedência mantida - Sucumbência recíproca reconhecida (CPC, art. 21) - Recursos desprovidos, com observação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção de Direito Privado – 26ª Câmara
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 941.042-0/5

Ação de rescisão contratual, cumulada com indenização por perdas e danos, decorrente de prestação de serviços de informática, julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 224/230, relatório adotado.

Apelaram as partes.

A ré insistiu na ocorrência de prescrição, invocando o artigo 178, § 5º, IV, do Código Civil de 1916, e decadência, nos termos dos artigos 18, 20 e 26 da Lei 8.078/90. No mais, sustentou, em resumo, que os documentos acostados aos autos comprovam que o projeto contratado foi devidamente elaborado e instalado, de modo que, se não atendeu às necessidades da empresa, tal situação ocorreu por falta de conhecimento da apelada, que não soube precisar as funcionalidades esperadas do novo sistema. Ressaltou inexistir prova de sua conduta culposa, ou dos prejuízos que a autora alega ter suportado. Por fim, pleiteou que a demandante seja condenada a lhe pagar os honorários no valor do pedido sucumbido, vale dizer, R\$ 565.422,00.

A autora, por sua vez, pugnou pela correção do erro material no “decisum”, relativo ao montante da condenação. Brandiu pelo pagamento de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção de Direito Privado – 26ª Câmara
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 941.042-0/5

indenização, afirmando que a prova testemunhal comprova os danos sofridos.

Recursos, regularmente, processados.

É o relatório.

Inferre-se que a autora contratou com a ré o desenvolvimento e a instalação de um sistema informatizado de controle de imagens visando o aprimoramento de suas relações comerciais, já que atua no ramo de criação, planejamento e produção de campanhas publicitárias.

Logo, o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao caso em tela, visto que o artigo 2º caracteriza consumidor, como **"toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"**, conceito em que não se enquadra a demandante.

Como se nota, o litígio diz respeito a serviço adquirido para implementar o trato comercial da autora, de forma que não é destinatária final do produto e sua atividade pode ser caracterizada como de meio e não de consumo final.



4


PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção de Direito Privado – 26ª Câmara
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 941.042-0/5

Para que fosse aplicada a Lei 8.078/90, necessário tivesse a qualidade de consumidor, ou seja, destinatário final, o que não se vislumbra na hipótese “sub judice”.

Nesse diapasão, o extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil já decidiu que: **"Quem adquire ou se utiliza de bem ou produto para realização de lucro, não pode ser tido como consumidor"** (Ap. c/ Rev. 558.040-00/7 - 4ª Câm. - Rel. Juiz Moura Ribeiro - J. 14.3.2000).

Dessa forma, considerando que o ajuste havido entre as partes foi firmado sob a égide do Código Civil de 1916, a prescrição referente à espécie é de quatro anos, consoante o disposto no artigo 178, § 9º, V, porquanto a demandante pretende a rescisão contratual, e não enjeitar coisa defeituosa, como quer fazer valer a ré.

Assim, restando incontroverso que o pacto entre os litigantes deu-se em meados de 1999, o aforamento da demanda em janeiro de 2001 mostrou-se tempestivo, de modo que não há se cogitar de prescrição.



5

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção de Direito Privado – 26ª Câmara
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 941.042-0/5

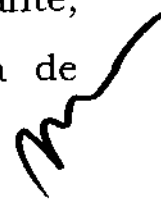
De outra parte, a autora busca a dissolução do contrato firmado com a ré e a devolução dos valores pagos em razão do descumprimento das suas obrigações na avença.

A demandada sustenta que jamais deixou de honrar com seus deveres contratuais, visto que o sistema projetado para a cliente foi devidamente instalado em suas dependências, não havendo se falar em rescisão.

Sem razão, contudo.

As provas carreadas aos autos demonstram que a requerida não conclui seu trabalho a contento, já que o projeto desenvolvido não atingiu as suas finalidades, previstas na proposta apresentada à requerente (fls. 31/40).

Os documentos trazidos à colação, tanto pela autora (fls. 57/66), como pela ré (fls. 138/144), dão conta da insatisfação da demandante com o serviço prestado, porquanto o software entregue pela contratada não satisfaz os interesses da litigante, cujo principal objetivo era substituir o sistema de



6

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção de Direito Privado – 26ª Câmara
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 941.042-0/5


armazenamento de imagens físico para o digital, o que jamais ocorreu.

As testemunhas ouvidas em audiência afirmaram, categoricamente, que:

“Não ocorreu a conclusão dos trabalhos que essa (a ré) se propôs a prestar” (fls. 194);

“O software desenvolvido pela requerida não foi instalado pela requerida, tampouco entregue” (fls. 195);

“A requerida se comprometeu a desenvolver esse programa, num prazo máximo de 08 semanas, durante o qual, porém, perdeu os profissionais que haviam participado das negociações e especificações do programa e, por isso, não logrou concluído. Ao final de cerca de seis meses, a requerida acabou por entregar apenas uma especificação com o entendimento que tinham do objeto do contrato e telas com a apresentação do sistema, porém semi acabadas. Esses produtos não tiveram utilidades para a requerente e nunca foram utilizados” (fls. 196);




PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção de Direito Privado – 26ª Câmara
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 941.042-0/5

“A não instalação do programa prometido pela requerida fez com que a requerente sofresse perdas relacionadas a necessidade de manutenção do armazenamento físico de seus arquivos” (fls. 197).

Por conseguinte, em face do inadimplemento contratual, era mesmo de rigor a decretação da rescisão contratual, com a devolução à autora, pela ré, dos montantes recebidos em pagamento.

Outrossim, fica corrigido, de ofício, o erro material vislumbrado no “decisum”, de modo que a quantia a ser devolvida pela demandada corresponde a R\$ 59.191,25, com as devidas correções, e não R\$ 57.600,00, como erroneamente constou na sentença.

Por outro lado, sem razão a autora com relação à indenização por perdas e danos, já que, como salientou o magistrado “a quo”, **“a requerente não se desincumbiu de seu ônus de comprovar a realidade do prejuízo sofrido”** (fls. 229).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Seção de Direito Privado – 26ª Câmara
APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 941.042-0/5

Assim, confirmada a parcial procedência do feito, é de ser mantido, igualmente, o reconhecimento da sucumbência recíproca, de modo que as custas processuais serão rateadas, pela metade, a cada uma das partes, e compensados os honorários dos seus patronos, em obediência ao artigo 21 do diploma processual.

Ante o exposto, nego provimento aos apelos, com observação.


ANDREATTA RIZZO
Relator