



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JORDANA LETHICIA MACHADO MENDONÇA

**A EXECUÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ NAS RELAÇÕES VIRTUAIS DE
CONSUMO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Assis/SP

2018



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JORDANA LETHICIA MACHADO MENDONÇA

**A EXECUÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ NAS RELAÇÕES VIRTUAIS DE
CONSUMO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientanda: Jordana Lethicia Machado Mendonça

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Assis/SP

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

M539e MENDONÇA, Jordana Lethicia Machado

A execução do princípio da boa fé nas relações virtuais de consumo no comércio eletrônico / Jordana Lethicia Machado Mendonça. – Assis, 2018.

63p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

1.Consumidor 2.Obrigação 3.Vulnerabilidade

CDD342.51

AGRADECIMENTO

A Deus, em primeiro lugar, que sempre me conduziu com as devidas lições de amor, fraternidade e compaixão hoje e sempre.

Aos meus pais, Roseli e Marcelo, minha irmã Rafaella, e meu namorado Daniel, que sempre, com muita paciência, estiveram ao meu lado nas horas mais difíceis e felizes da minha vida, incentivando e contribuindo diretamente para que eu pudesse ter um caminho mais fácil e prazeroso durante esses 5 anos.

A FEMA por ter me dado todas as ferramentas para chegar ao final desse ciclo de maneira satisfatória. A todos os professores, em especial o meu prezado orientador Profº Jesualdo por toda compreensão e dedicação.

*“Muitas das verdades que temos dependem de
nosso ponto de vista.”*

Mestre Yoda

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a realidade da relação de consumo no comércio eletrônico, com a necessidade de proteger os contratantes que, com a invenção da internet, provocou abundante aumento das negociações virtuais, aumentando assim a vulnerabilidade do consumidor. A confiança entre as partes é elemento fundamental ao funcionamento do comércio eletrônico e é nesse exato contexto que o princípio da boa-fé se destaca, pois na contratação a distância, a utilização dos instrumentos de defesa do consumidor, dispostos no Código de Defesa do Consumidor, são insuficientes para garantir a segurança do contratante.

Palavras-chave: Princípio da boa-fé. Consumidor. Obrigação. Vulnerabilidade. Relação de consumo.

ABSTRACT

This present work has the objective to analyze the reality of the relation of consumption in electronic commerce, with the need to protect the contractors who, with the invention of the Internet, have caused an abundance growing of virtual negotiations, increasing the vulnerability of the consumer. The trust between the parts is a fundamental element on the working of the electronic commerce and it is in this very context that the Principle of Good Faith stands out, because in the distance contracting, the use of consumer protection instruments, set out in the Consumer Protection Code, are insufficient to ensure the safety of the contractor.

Keywords: Principle of Good Gaith. Consumer. Obligation. Vulnerability. Consumption Relationshi.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 CONCEITO	8
1.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	9
1.2.1 O Código de Hamurabi	9
1.2.2 Boa Fé no Direito Romano	10
1.2.3 A Boa-Fé Canônica	12
1.2.4 A Boa-Fé Germânica	13
1.2.5 A Evolução Posterior da Boa-Fé	15
1.2.6 A Evolução da Boa-Fé no Brasil	20
1.3 DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA	24
1.3.1 A Boa-Fé Subjetiva	24
1.3.2 A Boa-Fé Objetiva	25
1.4 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	27
1.4.1 A Função Hermenêutica-Integrativa	27
1.4.2 A Função Extensiva de Deveres Jurídicos	28
1.4.3 Função Restritiva de Direitos	29
2 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A RELAÇÃO DE CONSUMO	31
2.1 CONTRATO DE CONSUMO	31
2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	33
2.2.1 O Princípio da Vulnerabilidade	33
2.2.2 O Princípio do Dever Governamental	34
2.2.3 O Princípio da Harmonização.....	35
2.2.4 O Princípio da Educação	36
2.2.5 O Princípio da Qualidade	36
2.2.6 O Princípio da Coibição e Repressão do Abuso	37
2.2.7 O Princípio do Serviço Público	38
2.2.8 O Princípio do Mercado	38
2.3 O CONTRATO ELETRÔNICO	39
2.3.1 Conceito	40
2.3.2 Pressupostos de Validade	41
2.3.3 Tipos de Contratos Eletrônicos	43
2.3.4 A Estrutura do Contrato Eletrônico	44

2.4 LEGISLAÇÃO VIGENTE E A REGULARIDADE JURÍDICA DOS WEBSITES	46
2.5 OS DESAFIOS ORIUNDOS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO	47
3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ ÀS RELAÇÕES VIRTUAIS DE CONSUMO	50
3.1 A VULNERABILIDADE DECORRENTE DE UMA RELAÇÃO VIRTUAL DE CONSUMO	50
3.2 O PRESSUPOSTO DA CONFIANÇA BILATERAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO VIRTUAL: A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA	53
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar sobre a nova realidade de comércio eletrônico que é caracterizada pelo fim da delimitação física, que pode gerar conflitos no que diz respeito ao adimplemento contratual já que elimina as fronteiras para a contratação. Assim sendo, levanta-se questões indispensáveis e relevantes, que devem ser tratadas adequadamente de modo a prover a devida segurança aos contratantes.

Fica evidente que, esse novo meio de relação é complexo, e apesar de eficiente, tem como característica a desumanização do contrato que, sendo à distância, provoca enorme fator de fragilidade e expõe a parte a uma maior vulnerabilidade, sendo necessário, portanto, revisitar princípios clássicos que regem as relações de consumo, e adaptá-los à nova realidade do comércio eletrônico. É nesse âmbito que o princípio da boa-fé objetiva ganha destaque, por ser parte fundamental do alicerce das relações de consumo.

Por fim, o objetivo do trabalho será confrontar a realidade da relação de consumo na era do comércio eletrônico para a proteção dos contratantes e enfrentando assim a questão da vulnerabilidade exposta pelo meio virtual e os desafios oriundos desse tipo de comércio, demonstrando o quanto o princípio da boa-fé objetiva se mostra essencial como balizador dessas relações.

1.1 CONCEITO

Há situações que não poderão ser solucionadas pelo direito, visto a ocorrência de fatos inesperados e a mudança de hábitos. O direito possui o dinamismo como uma de suas características, no entanto, a letra de lei é inerte, e sempre foi, desde tempos antigos, e, portanto, deve se moldar às necessidades sociais.

A elaboração de princípios foi uma solução à essa situação. Considerados como base do direito, os princípios são alicerce para qualquer sujeito, as leis foram desenvolvidas para guiar a formação moral do ser humano, adequando a lei, à necessidade social. Devem ser analisados na edição de normas bem como na aplicação da lei, porém só será

necessário o uso do mesmo quando a lei escrita por si só não for suficiente para concretizar sua função.

O princípio da boa-fé foi formado com base no princípio da equidade, que discorre sobre a execução da justiça na ocasião em que a lei se mostrar obscura, encaixando a regra a um caso individual, com disposição de deixá-la mais justa. Esse princípio é a base de todas as relações jurídicas, sendo assim, está presente em inúmeros sistemas legislativos ocidentais e poderia até ser chamado de princípio universal.

O conceito do princípio da boa-fé, porém, é de certa complexidade, por motivo do grau de subjetividade existente. Esse princípio pretende examinar a intenção e a conduta dos agentes, trata da moralidade, ou seja, um elemento intrínseco à pessoa humana, sendo assim, não é passível de prova direta. Explorando a formação e origem do vocabulário, a boa-fé origina-se do latim *bona fides*, que significa: fidelidade, honestidade, lealdade, crença, confiança, sinceridade, convicção interior. É exatamente o contrário da má-fé, sinônimo de deslealdade, traição, malícia, dolo, fraude. Enquanto boa-fé é presunção de validade do ato jurídico, má-fé é causa de sua nulidade. A doutrina considera o princípio positivo e negativo. A concepção positiva é o momento em que o sujeito age sob certeza da existência de seu direito, ou seja, age com integridade, honestidade, e lealdade. A certeza, neste caso, inevitável a caracterização da boa-fé, visto que a dúvida caracteriza má-fé. A concepção negativa da boa-fé é a ausência de vontade de prejudicar, ou seja, falta de conhecimento que o fato praticado poderá causar prejuízo a outrem, assim sendo, o oposto da má-fé.

A boa-fé positiva é, portanto, a existência da certeza a respeito do direito, enquanto a boa-fé negativa é a ausência de vontade.

Importante destacar que, no direito do consumidor, a boa-fé perde seu caráter subjetivo, e passa a ter caráter objetivo como norma de conduta.

1.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

1.2.1 O Código de Hamurabi

É efetivamente muito interessante constatar que, na antiguidade, mais precisamente no Império Babilônico, a responsabilidade objetiva estava presente, de certo modo. O Código

de Hamurabi acredita-se ter sido escrito pelo Rei Hamurabi, aproximadamente em 1772 a.C., e representa o conjunto de leis escritas, que pretendia defender os compradores de bens e serviços. Exemplo de duas disposições contidas no código:

Art. 229 - Se um pedreiro edificou uma casa para um homem mas não a fortificou e a casa caiu e matou seu dono, esse pedreiro será morto”

Art. 233 – Se um pedreiro construiu uma casa para um homem e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas”.

Após analisar os artigos acima apresentados, percebe-se visivelmente o temor com a reparação do dano produzido aos consumidores por defeitos oriundos de fabricação, de projetos, e construção, deste modo, faz-se presente a responsabilidade objetiva, mais tarde lembrada no Código de Defesa do Consumidor, através do princípio da boa-fé objetiva, com a diferença de que a pena presente no art. 229 do Código de Hamurabi, a pena de morte, em regra, não existe no ordenamento jurídico brasileiro, salvo em casos de guerra declarada, apontada no art. 5º, inc XLVII.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;”

1.2.2 Boa Fé no Direito Romano

Por toda a extensão, à noção de boa-fé recebeu amplos significados, contudo, deriva da origem romana, a qual progrediu da ideia de respeitar à palavra dada à formulação de um sistema comportamental. (LEAL, 2000, p.13)

A boa-fé passou a governar os novos acontecimentos econômico-sociais consequentes da expansão de Roma, entre elas, principalmente, as relações de clientela, para os negócios contratuais e a proteção possessória. Essas relações pressupunham a existência de deveres de lealdade e de obediência por parte do *cliens* (cliente) em compensação à proteção oferecida.

As relações de clientela eram alicerçadas pela *fides*, que nos tempos romanos era entendida como honestidade, sinceridade, poder, e promessa, pois representava o respeito à palavra dada, o compromisso. Logo, a *fides* era o ponto de partida para a confiança. Tinha-se de um lado, o cidadão livre, que possuía o poder de assistência, direção e proteção, e de outro, a clientela, que lhe carecia respeito. A *fides* era considerada o núcleo normativo dos contratos, tanto nos internacionais, quanto nos privados.

Aquino Júnior (2012, p.27) assim explica:

Nas questões possessórias, a boa-fé surge principalmente atrelada às demandas envolvendo usucapião, realçando-se sua vertente subjetiva caracterizada pelo desconhecimento daquele que exercia a posse em relação ao verdadeiro titular da área em conflito.

Neste período, a *fides*, em suma, não passava de mera expressão da confiança recíproca extrajurídica, um conceito ético, só vindo a ser objetivada depois que ganhou o adjetivo *bona*. Célia Slawinski (2002, p.23) esclarece “Auferiu, então, um conteúdo semântico próprio, distinto das acepções éticas”.

A *bona fides*, que se ampliou posteriormente a começar do conceito de *fides*, significa que o julgador tinha ampla margem para a decisão do caso concreto, o que o autorizava a fazer o que um homem honesto faria se estivesse em seu lugar. A decisão exigia base legal e assentava-se apenas em juízos de boa-fé. Paolo Frezza, mencionado por Judith Martins-Costa, esclarece a definição da *bona fides*:

É uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em vista o texto da fórmula promissória, mas ao próprio organismo contratual posto em si mesmo: não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas

fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer. (2000, p.115)

É perceptível que a *fides* tornava-se progressivamente essencial conforme o tráfico comercial aumentava, pois precisavam de proteção, algo que desse segurança às avenças pactuadas, e esse instituto, por sua vez, de acordo com Geraldo Frazão de Aquino Júnior (2012, p.28), “(...) condicionava a atuação dos contraentes, vinculando-os ao adimplemento das obrigações contratuais, ao mesmo tempo em que estabelecia a responsabilidade de cada um, autorregulando os interesses econômicos”. A confiança na outra parte desenvolvia-se, portanto, baseada na boa-fé, o “alicerce sobre o qual se assentava a estrutura negocial e fonte geradora de direitos e deveres”. (2012, p.28)

1.2.3 A Boa-Fé Canônica

A boa-fé, mesmo existindo, não é conceituada pelo direito canônico, e é tratada especialmente na tutela da usucapião e dos contratos consensuais.

Nessa linha, Menezes Cordeiro (2007, p.153) complementa:

No que concerne à proteção possessória, além da ignorância acerca da litigiosidade, o direito canônico introduz outro significado: a boa-fé é vista como ausência de pecado, em contraposição à má-fé. Quanto aos contratos consensuais, agir de boa-fé, na seara obrigacional, significa agir lealmente com respeito ao quanto avençado, cumprindo-o fielmente, sob pena de agir imbuído de má-fé (ou seja, em pecado). No direito canônico, teria, então, ocorrido a unificação conceitual da boa-fé.

Deste modo, determina-se que, à medida que o direito romano proporcionou a bipartição da boa-fé, considerando sua dimensão técnica, o direito canônico, no que lhe concerne, proporcionou a sua unificação conceptual, referindo-se a ausência de pecado, situando-a, segundo Judith Martins Costa (2000, p.130), “em uma dimensão ética e axiológica compatível com o sentido geral do direito canônico”.

Aquino Júnior (2012, p.32) ensina:

No campo do direito das obrigações, a diluição de seu significado na *aequitas* acabou por transformar a boa-fé em uma categoria vazia de qualquer conteúdo substancial. No que concerne à prescrição aquisitiva, a boa-fé subjetiva-se: passa a indicar um estado de consciência íntima de ausência de pecado, de inexistência de perigo para a salvação eterna, ou seja, significa o agir corretamente, com lealdade, sem infringir regra jurídica e sem lesar outrem. Essa subjetivação acentuou a eticização da boa-fé, fortalecendo e unificando seu significado como princípio geral, acarretando reflexos até o dia de hoje.

É notório, por consequência, que o direito canônico, o *jus canonicii*, proporcionou certas simplificações no campo da boa-fé.

1.2.4 A Boa-Fé Germânica

No conhecimento germânico, a boa-fé obrigacional é representada pela fórmula *Treu und Glauben*. *Treu* refere-se a idéia de lealdade, enquanto *Glauben*, de crença, referendo-se a qualidades ou estados humanos objetivados. Geraldo Frazão de Aquino Júnior (2012, p. 32) adiciona: “A equivalência com a *bona fides*, alcançada em momento posterior, foi provavelmente fruto de aproximação cultural.

A ideia da fórmula *Treu und Glauben*, lealdade e crença, é uma alusão ao contexto de tradições dos juramentos de honra medievais e das tradições cavaleirescas, de lealdade à palavra empenhada. A evolução histórica fez com que a expressão estendesse seu significado, abrangendo também confiança, credibilidade, reciprocidade de deveres e boa-fé.

A boa-fé germânica representaria a confiança em certa pessoa, evoluindo, eventualmente, para regra de comportamento social. Menezes Cordeiro (2007, p.160) complementa: “No comércio, em especial, revestiria o conteúdo do cumprimento exato dos deveres assumidos”

O significado atribuído pelo direito germânico da Idade Média à *bona fides* espelhou em outros sistemas jurídicos, influenciando a cultura jurídica alemã e, posteriormente, outros ordenamentos, com valores novos.

1.2.5 A Evolução Posterior da Boa-Fé

A boa-fé ressurgiu na Europa, onde não era desconhecida ao longo da Idade Média, com a redescoberta da ciência jurídica, consubstanciada no *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil), feito jurídico essencial, publicada por pedido do imperador bizantino Justiniano I, dentro de seu projeto de unificar e expandir o império, percebeu ser imprescindível a criação de uma legislação congruente e apta a atender às demandas e litígios vivenciados à época, e suas decorrentes recepções.

Universidades disseminadas por toda a Europa, entre elas a Universidade de Bolonha e outras Italianas, formaram juristas que tomaram posse de diversos cargos na administração das cidades. Juristas estes que desfrutavam a capacidade de chegar a soluções para os conflitos da vida, de forma teórica e lógica. Quando, por fim, os juristas formados no Direito Romano e, muitas vezes, também no Canônico, passaram a administrar a justiça, foi o momento em que a recepção foi realizada.

O material acolhido na época pelos juristas, apesar disso, não foi o Direito Romano clássico, cuja existência viria à tona posteriormente determinada pelos humanistas. Foi usado, em partes, o *Corpus Juris Civilis*. O direito público, como certas partes do direito privado, como o direito de escravatura, diferentemente do direito das obrigações, ficaram fora do âmbito da recepção. Foram privilegiados os setores em que a ciência jurídica romana havia alcançado uma perfeição formal mais elevada, oferecendo esquemas abstratos atemporalmente aplicáveis. (MENEZES CORDEIRO, 2007, p.181-184)

De forma discreta, a boa-fé estava presente no *Corpus Juris Civilis*. Encontrava-se referências existentes a boa-fé da recepção em três setores: nos contratos consensuais, na garantia das obrigações e na prescrição.

O Direito Romano voltou em pauta e com realce especial no início do humanismo, parte do Renascimento, caracterizado pelo fato de o homem ter sido declarado, pela primeira vez, o centro do universo, e assim valorizando-se a vida terrena e a natureza em detrimento do divino. Os conhecimentos clássicos e a erudição medieval foram rejeitados, enquanto crescia o interesse pela cultura greco-romana. O humanismo, assim, representou a glorificação do humano e do natural, em oposição ao sobrenatural e ao extraterreno, consubstanciando o núcleo central em torno do qual gravitavam os ideais renascentistas. (BURNS, 1981, p.392)

O humanismo, no contexto jurídico, esgotou o modelo fundado anteriormente na recepção prática dos textos de *justinianeus*, e também a ultrapassagem do modelo escolástico e do raciocínio tópico-aristotélico. Representa, ainda, o que se convencionou chamar de primeira sistemática, ou sistemática periférica. (MARTINS-COSTA, 2000, p.99-100)

Nessa primeira sistemática, o conceito de boa-fé é estendido para além da prescrição e da posse pelos estudiosos humanistas Cuiacius e Donellus, dando, dessa forma, dando uma dimensão normativa a boa-fé possessória e contratual, explicitando seu conteúdo e definindo-a como um princípio geral do direito. O doutrinador Cuiacius reabilita a boa-fé na seara contratual e Donellus a reorganiza a boa-fé, dissociando-a da palavra dada no âmbito contratual e da manifestação de ignorância escusável nas relações possessórias. (AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 34-35)

A virada do século XVI para o XVII, transcorreu um período em que houve influência do jusnaturalismo sobre o direito, e o pensamento do jurista Hugo Grotius, evidenciou-se, dando nova dimensão a boa-fé. O pensamento de Grotius postula sobre pessoas iguais em direitos, e assim, em responsabilidade. Requer, principalmente, o respeito a palavra dada.

Aquino Júnior (2012, p. 35) acrescenta:

Relevo especial é dado as regras contratuais, não só por sua promessa vinculativa, mas também porque embutiria a força de promessa com motivações transcendentais. Essa utilização da boa-fé, renascida na obra de Grotius, foi decisiva para o desenvolvimento subsequente: a *fides* era o motor que possibilitava a consecução dos contratos.

As bases lançadas por Grotius ainda hoje têm importância na consideração da boa-fé como cânone de interpretação dos negócios jurídicos. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 157)

Na chamada segunda sistemática, Pufendorf apreende a lógica cartesiana e o mecanismo de Galileu, introduzidos por Hobbes nas ciências humanas. Com esse conhecimento, Pufendorf fixa de um lado princípios racionais e, de outro, princípios empíricos, derivados da experiência, ao mesmo tempo que transformava laico o direito natural. Do jusnaturalismo, Pufendorf extrai, fazendo remissão à *fides*, a vinculabilidade dos contratos: a base de sua celebração está na liberdade das partes. (AQUINO JÚNIOR, 2012, p.35)

O Código Napoleônico de 1804, que surgiu na sequência da Revolução Francesa e no início da Revolução Industrial, foi um importante acontecimento jurídico que moldou o direito europeu e representou a culminância da evolução iniciada com os comentaristas e restaurada pelo humanismo e pelas duas sistemáticas. (AMARAL, 2000, p.157)

O Código Civil francês, como também é chamado o Código Napoleônico, visava a necessidade formar um todo, unificando as normas jurídicas, coordenando as regras e princípios relativos a determinada matéria e dando-lhes uma unidade sistemática baseada na cientificidade. Aquino Júnior (2012, p.36) define: “É o conjunto unitário de normas oriundas de uma só fonte: o Estado”.

Em relação a boa-fé, o Código Napoleônico sancionou sua vertente subjetiva, o que casualmente foi transferido para outras ordens jurídicas. Um dos efeitos da codificação foi a separação das regras jurídicas das regras morais, então a boa-fé passou a ser mera fórmula de reforço do princípio da obrigatoriedade do pactuado. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 200-201)

Para a maior parte dos legisladores do passado, princípios, entre eles o da boa-fé, eram vazios e imprecisos. O método legislativo nascente na revolução francesa primava por utilizar termos precisos, que não deixassem dúvidas quanto à obrigatoriedade das convenções, já que havia o medo da liberdade dada ao arbítrio judicial. A burguesia, enquanto classe social ascendente que assumia cada vez mais poder econômico, social e político, desejava estruturas, inclusive jurídicas, capazes de atender a seus interesses e concepções.

Menezes Cordeiro (2007, p. 267) inclui:

Conclua-se pelo fracasso da boa-fé no espaço juscultural francês. Prevista no Código Napoleônico com a coloração jusracionalista que, na altura, se lhe impunha, ela foi incapaz de evoluir à medida que se lhe quebraram as amarras de origem. Imagem do bloqueio geral derivado de uma codificação fascinante e produto das limitações advenientes de um positivismo ingênuo e exegético, a boa-fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em termos de não levantar ondas dogmáticas.

O princípio da boa-fé, apesar de presente na Codificação francesa, quando não é ignorado é empobrecido. Deixa de constituir um instrumento flexibilizador dos negócios jurídicos, com o qual o intérprete pode em certos casos limitar a autonomia privada e,

passa a ser, sobretudo, um instrumento de consolidação da ideologia dominante, onde boa-fé passa a ser, acima de tudo, um instrumento de consolidação da autonomia da vontade e confirmador do *pacta sunt servanda*.

Na realidade, a boa-fé começou a se desenvolver de forma plena e a influenciar as demais codificações modernas a partir da entrada em vigor do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) em 1900. Assim diz Negreiros (1998, p. 48-49):

Não é exagero afirmar que os contornos atuais da boa-fé objetiva no pensamento jurídico ocidental são resultado direto da doutrina e, principalmente, da jurisprudência alemãs. É comumente reconhecido que o desenvolvimento da cláusula geral da boa-fé constante do 22 BGB pelo Poder Judiciário daquele país foi o principal responsável pela difusão do princípio em outros sistemas de direito codificado.

Em consequência da diversidade linguística da língua alemã, o BGB aborda a boa-fé subjetiva (*guter Glauben*) em dezesseis dispositivos, citando-a com clareza à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), que é abordada em cinco disposições. Essas que, por seu destaque, estão transcritas a seguir, evidenciando-se o alcance geral proporcionado pelas disposições dos § 157 e § 242, possuidores vasta aplicação, não se limitando aos contratos obrigacionais:

§ 157 “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costume do tráfico”;

§ 162/1 e 2 “Quando a verificação da condição seja, contra a boa-fé, impedida pela parte a quem ela favoreça, tem-se por ocorrida”; “Quando a verificação da condição seja, contra a boa-fé, provocada pela parte a quem favoreça, tem-se por não ocorrida”;

§ 242 “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”;

§ 320/2 “Quando, por uma das partes, apenas tenha havido uma prestação parcial, a contraprestação não pode, contudo, ser recusada quando a recusa, segundo as circunstâncias, em especial por causa da pequenez relativa do que falta, seja contrária à boa-fé” e;

§ 815 “A restituição por não ocorrência do resultado visado com a prestação é excluída quando fosse, desde o princípio, impossível e o autor da prestação soubesse disso e quando este, contra a boa-fé, tenha impedido tal resultado”.

A boa-fé manifesta-se como resultado das influências jusculturais que permeavam o ambiente na época. O BGB foi redigido utilizando-se linguagem técnica, com o objetivo de atingir a exatidão e a clareza, isso porque o código alemão parte do pressuposto de que o legislador deve formular a regra jurídica de modo completo e, ao mesmo tempo, assegurar a unidade do código no qual os casos especiais deviam ser deduzidos dos conceitos gerais expostos em sua Parte Geral. (AQUINO JÚNIOR, 2012, p.39)

Dessa forma, a boa-fé objetiva se separa da subjetiva, com campo de aplicação próprio para cada uma. A boa-fé objetiva reflete a adstrição ao acordado contratualmente, enquanto a boa-fé subjetiva compreende a expressão dos elementos relativos ao sujeito.

A boa-fé objetiva estabelece um princípio geral que gera nova delimitação do conteúdo objetivo do negócio jurídico, por meio da inserção de normas de conduta a serem seguidas pelos contratantes, ou produzindo a restrição do exercício de direitos subjetivos, ou, ainda, como método hermenêutico para interpretar a declaração da vontade a fim de ajustar a relação jurídica à função econômico-social de cada caso concreto.

A boa-fé subjetiva é também conhecida como “boa-fé crença”, nas palavras de Alípio Silveira (1972, p.7), e definida por Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 33) como "a virtude de dizer o que acredita e acreditar no que diz". Ela se reflete no estado psicológico da pessoa, consistente na consciência da justiça e licitude de seus atos, ou na ignorância escusável de sua antijuridicidade, o que é extremamente importante nas questões possessórias e na construção da teoria da aparência. Sendo assim, age de boa-fé aquele que, diante das circunstâncias concretas, supõe estar diante de uma situação que está de acordo com o Direito.

A diferença entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva é que, na primeira, o elemento vontade cede espaço à comparação entre a atitude tomada pelos contratantes e aquela que se poderia esperar de um homem médio. Teresa Negreiros explica que:

A boa-fé objetiva consiste num dever de conduta contratual ativo, e não mais de um estado psíquico do agente. Com efeito, a boa-fé objetiva, como dever jurídico que é, obriga a uma certa conduta ao invés de outra, não se limitando a operar como uma justificativa para um determinado comportamento. (1998, p. 15)

A boa-fé objetiva não se funda na vontade dos contratantes, sendo, por conseguinte, exterior aos sujeitos. O BGB foi a primeira codificação a adotar as cláusulas gerais como técnica legislativa, permitindo a flexibilidade e mobilidade do sistema de direito privado. O

juiz passou a fazer justiça e pôde analisar cada caso concreto de forma particular, assim não mais sendo obrigado a seguir a letra fria da lei.

Aquino Júnior (2012, p. 40) adiciona à respeito do BGB:

O BGB espelha, então, o mundo burguês liberal calcado no individualismo, transmutado na garantia de que o homem de negócios poderá expandir suas atividades mercantis, verdadeiro centro destinado à burguesia que possuía bens e necessitava ser ator de empreendimentos para os quais a ampla margem de liberdade era fundamental, deixando-se as relações negociais ao livre jogo das forças econômicas.

Foi de grande influência no mundo jurídico da época o código alemão, tanto que o Código Civil italiano em 1942, o português em 1966, e o espanhol em 1974, além de muitos outros, adotaram expressamente a boa-fé objetiva em seus ordenamentos jurídicos.

1.2.6 A Evolução da Boa-Fé no Brasil

No Brasil, a primeira manifestação da boa-fé foi no art. 131 do Código Comercial de 1850.

Art. 131. "Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras 1 sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

Todavia, o dispositivo não foi bem compreendido nem pela doutrina, nem pela jurisprudência da época, e em razão disso nunca teve efetividade. Isso ocorreu em razão de a boa-fé ter sido restringida a mera função de interpretação do contrato, sem que fosse reconhecido o seu papel de criadora de deveres. Assim, a boa-fé foi colocada em contraposição ao sentido literal das cláusulas contratuais, na medida em que deveria incidir não apenas na relação entre o declarado e o suposto, "mas igualmente sobre o núcleo mesmo da vontade intencionada, podendo inclusive redundar em sua desconsideração". (NEGREIROS, 1998, p. 75-76)

A codificação do Direito Civil brasileiro, em 1916, trouxe influências das codificações francesa e alemã. O BGB influenciou a estrutura, resultando na divisão do Código Civil em uma Parte Geral e uma Parte Especial, e o Código Napoleônico influenciou no que concerne as disposições materiais. Aquino Júnior (2012, p. 40-41) explica e conclui:

O Código ordena, classifica e harmoniza as regras civis à luz do espírito oitocentista, tributário da tradição do centralismo jurídico, e, ao sistema adotado em sua concepção, subjaz a noção de completude legislativa, tendo a lei como estabelecadora de regras estáveis e não como fator de orientação social. Como sistema fechado e completo, adentrou nosso ordenamento jurídico mesclando, em suas disposições materiais, o liberalismo no tocante às manifestações de autonomia individual e o conservadorismo no que diz respeito às relações familiares e à questão social.

Em relação a boa-fé no Código Civil de 1916, segundo Judith Martins-Costa, a pretensão de Clóvis Beviláqua à plenitude e de sua excessiva preocupação com a segurança, certeza e clareza (no sentido de pretensão semântica) não permitiram a inserção de cláusulas gerais e, em razão disso, a boa-fé ficou restrita às hipóteses de ignorância escusável, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória. (2000, p. 267)

O Código Civil de 1916 foi elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, manifestando uma visão de mundo condicionada pelas circunstâncias históricas. Revela as idéias dominantes daquele tempo, reflete as concepções filosóficas da alta classe, detentora do poder político e social, e consagra os princípios do liberalismo dessa classe. Garante o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegura ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico. (AMARAL, 2003, p. 131-132)

Aquino Júnior (2012, p. 41-42) discorre, nessa linha:

O Código Civil de 1916 foi produto do século anterior. Alicerçado nos paradigmas do individualismo e do voluntarismo que marcaram a história contemporânea, estava imbuído de uma certa timidez na aceitação de idéias novas e fortemente atado às raízes tradicionalistas, já tendo nascido desatualizado, exigindo reformas para adequá-lo às aspirações sociais. Naquela época, a tônica jusprivatista do Estado liberal era o indivíduo como núcleo do qual irradiavam as relações jurídicas. O pleno gozo da liberdade de contratar, de ser proprietário, de fazer circular as riquezas e de adquirir bens retratam o pano de fundo do momento histórico ao qual o Código Civil de 1916 não se furtou de abraçar, traduzindo os

valores consagrados no final do século XIX e início do século XX. O campo dos valores estava assentado no tripé patrimonialismo, individualismo e voluntarismo: o Código voltava-se a proteger, 26 preponderantemente, os direitos individuais da classe burguesa, tutelando, em especial, a propriedade, o contrato e a família.

Apenas em 1990 a boa-fé objetiva foi sancionada no Brasil com a implantação do Código de Defesa do Consumidor, passando a ser utilizada tanto para a interpretação de cláusulas contratuais, como também para a integração das obrigações pactuadas, revelando-se essencial que as partes se comportem de forma leal até o cumprimento de suas prestações. (MARTINS, 2001, p. 86)

A aceitação da boa-fé objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor, colaborou muito no entendimento das relações contratuais no Brasil, efetivando, em todo o seu corpo de normas, a existência de uma série de deveres ligados às relações contratuais, como, por exemplo, o dever de informação dos fornecedores e prestadores de serviços, presente no art. 31, e a vinculação à publicidade divulgada, presente nos arts. 30 e 35. (MARQUES, 2002, p. 186)

A grande contribuição advinda da inserção da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a nulidade de cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé, foi a aproximação com a Constituição Federal, segundo entendimento de Teresa Negreiros. Isso porque, para que esse dispositivo seja aplicado, deve-se buscar na constituição critérios de interpretação e densificação que exerçam a proteção da pessoa e de sua dignidade. (NEGREIROS, 1998, p. 81-82)

Assim sendo, é capaz de perceber que, a proteção contratual verificada ao consumidor, a parte mais fraca na relação de consumo, é, verdadeiramente, a consagração do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, representando em uma análise mais profunda, a aproximação entre a Ética e o Direito.

As modificações realizadas na sociedade no decorrer do século XX, exigiram do direito uma contínua e crescente adaptação, acontecimento que concedeu ao Código Civil mera função de fonte residual e supletiva, em virtude de diversas leis especiais originadas em meio as transformações sociais que ocorriam na época. Leis especiais essas, que passaram a governar institutos antes atribuídos ao Código Civil. A fim de atender essas novas demandas sociais decorrentes das mudanças 27 mencionadas, foi aprovado, em

2002, depois de vários projetos mal sucedidos que não conseguiram o apoio necessário para seguir os trâmites legislativos, um novo Código Civil.

Diferentemente do Código anterior, o Código Civil de 2002 abrange claramente a boa-fé que, por fim, alcança sua extremidade no ordenamento jurídico brasileiro, deixando de ser utilizada apenas sob seu aspecto subjetivo, em casos de ignorância escusável, e passando a incidir também sob seu aspecto objetivo, como fonte de deveres autônomos sobre todos os contratos, sejam eles civis ou empresariais, não ficando mais limitada às relações contratuais consumeristas.

A inovação não é a concepção da boa-fé objetiva na sistemática do Código Civil, mas sim o seu amparo por meio de uma cláusula geral no prólogo das normas de direito contratual. (BIERWAGEN, 2003, p. 53). Martins-Costa (2000, p. 407-8) assegura que a inserção da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 subverteu todo o direito obrigacional:

Convivendo no direito há mais de dois mil anos, como poderia a boa-fé 'subverter', agora, o direito obrigacional? No entanto, assim ocorre: 'Que fenômeno espantoso é este, da emergência – ou da ressurgência – desta noção, um tempo confinada a aplicações marginais do direito civil [...]?', questiona, estupefato, Patrick Henry, em prefácio a obra recente, manifestando ideia idêntica à de Clóvis do Couto e Silva, expressa na epígrafe a este capítulo. Com efeito, no exame da boa-fé objetiva o primeiro tom é o da estupefação. No seu trato não se poupam os exclamativos, até os superlativos: um tema que mais se assemelha a *une mer sans rivages*, na opinião de Simone David-Constant, uma concepção que origina um importante *revirement doctrinal* no direito obrigacional, nas palavras de Ludo Cornelius, que constitui, enfim, a legítima expressão da pós modernidade do direito.

Encontra-se a boa-fé objetiva baseada em três dispositivos do Código Civil de 2002, com função diferente em cada um deles. A função integrativa, no art. 422, estabelece que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". A função interpretativa, por sua vez, no art. 113 determina que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". E, finalmente, a função limitativa está prevista no art. 187, que diz que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes".

1.3 DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA

É interessante ressaltar, antes de entrar na questão da diferença entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, sobre a discussão existente a respeito da unidade ou dualidade de conceitos.

O jurista espanhol Antônio Hernández Gil é adepto a uma corrente minoritária, da qual não há distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, optando, dessa forma, pela unidade de conceitos.

Baseia-se, o conceito unitário, no caso da boa-fé operar sempre como pauta de comportamento ditada pela moral social, e, também, porque tanto a boa-fé subjetiva como a objetiva conteriam uma normatividade, embora em graus distintos.

Ainda assim, é importante destacar que a maior parte da doutrina e da jurisprudência, reconhecem a existência de dois prismas da boa-fé: um subjetivo e um objetivo, compreendendo que a unificação das vertentes acabaria por elevar ainda mais o nível de abstração dos conceitos.

Esclarece-se:

Alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele que se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva). (Godoy apud Rosenvald, obra cit., p. 80)

Contudo, é importante ressaltar que os dois significados não são antagônicos e sim complementares, e regulam toda conduta humana dentro do universo jurídico.

1.3.1 A Boa-Fé Subjetiva

A boa-fé subjetiva, igualmente chamada de boa-fé crença, devido, conforme apontado anteriormente, a existência de elementos psicológicos, internos do sujeito. Assim sendo, é atribuído valor à conduta do agente, visto que este agiu de acordo com sua crença. O

sujeito acredita que sua ação é correta, considerando o grau de conhecimento que possui de um ato ou fato jurídico. Há sinal de ignorância e crença errônea, ainda que escusável.

É definida pelo estado de consciência individual de agir em acordo ao direito, sendo aplicável ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. É chamada de subjetiva precisamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 441)

Na aplicação dessa boa-fé, deverá o juiz se pronunciar acerca do estado de consciência ou de ignorância do sujeito. A respeito disso, Menezes Cordeiro (2001, p. 515- 516) inclui:

Perante uma boa-fé puramente fática, o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e, que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. Porém, no binômio boa-má fé, o juiz tem, muitas vezes, de abdicar do elemento mais seguro para a determinação da própria conduta. (...) Na boa-fé psicológica, não há que se ajuizar da conduta: trata-se, apenas de decidir do conhecimento do sujeito. (...) O juiz só pode promanar, como qualquer pessoa, juízos em termos de normalidade. Fora a hipótese de haver um conhecimento directo da má-fé do sujeito – máxime por confissão – os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por ele representadas, uma pessoa, com o perfil do agente, se encontra, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância.

A boa-fé subjetiva contradita a má-fé, remonta raízes na "bona fides" da "usucapio" romana e já se encontrava positivada em diversos dispositivos esparsos do Código Civil de 1916, principalmente quando se referia a questões possessórias e ao regime jurídico de benfeitorias.

Exclusivamente no que se declara à boa-fé subjetiva é que pode se utilizar do famigerado brocardo de Stoco (2002, p. 37) que diz que "a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade".

1.3.2 A Boa-Fé Objetiva

A boa-fé objetiva, conhecida também como boa-fé lealdade, está relacionada com a honestidade, a lealdade e a probidade com a qual a pessoa conserva o seu

comportamento. Dessa forma, trata-se de uma regra ética, uma obrigação de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, no entendimento de não fraudar ou abusar da confiança alheia. Não se opõe à má-fé e nem tampouco tem qualquer relação no fato da ciência que o sujeito possui da realidade.

Alves (2000, p. 73) explica:

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de um relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido.

Essa categoria de boa-fé se refere a interpretação objetiva de qual comportamento seria o correto sem se avaliar a vontade das partes. (NEGRÃO, 2005, p. 85)

A boa-fé objetiva tem sua origem na "fides bona" do Direito Romano, salientando o elemento confiança, e foi contemplada no novo Código Civil de 2002, com a aceitação da existência dos deveres acessórios de conduta e a previsão como regra de interpretação e regra de contrato.

Importante elucidar que apenas a boa-fé objetiva se compara ao princípio da boa-fé em si. Considerada como princípio, será enquadrada dentre os princípios normativos, dado que serve de fundamento de efetivas soluções disciplinadoras.

O princípio da boa-fé relaciona-se principalmente ao juiz e o incentiva a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o "direito do caso". O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. (FRADERA, 1997, p. 42)

1.4 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Por causa da vasta quantidade de idéias que envolvem a boa-fé, e, conseqüentemente, a dificuldade de lhe atribuir um conceito, é interessante, para facilitar o entendimento e compreender a sua operabilidade e efetividade no Direito Civil, a tripartição da boa-fé em três funções conhecidas como a Função Hermenêutica-integrativa, a Função Extensiva de deveres jurídicos e a Função Restritiva de Direitos Subjetivos.

1.4.1 A Função Hermenêutica-Integrativa

A função hermenêutico-integrativa relaciona-se no uso da boa-fé objetiva como elemento de interpretação do contrato, e é a única das chamadas funções da boa-fé objetiva que se encontra claramente expressa nos artigos 113 e 421, do Código Civil.

A boa-fé se faz presente em todas as fases da relação contratual, desde a pré-negocial até a pós contratual, onde ocorrem efeitos reflexos dos contratos. À vista disso, podem verificar situações não previstas pelos contratantes, nem nos dispositivos legais. Nessas circunstâncias, a boa-fé atua como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos que, embora não previstos, são essenciais à própria proteção contratual. (MARTINS COSTA, 2000, p. 429)

Em função disso, a boa-fé é um critério hermenêutico, propósito de que o juiz deve se valer para acabar com as lacunas da relação contratual, de feição a preservar as honestas expectativas das partes contratantes, sempre tendo em vista as finalidades econômicas e sociais do contrato.

Martins Costa (2000, p. 432) sintetiza que o princípio da boa-fé:

(...) deve ser compreendido, neste específico campo funcional, o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista do seu escopo-econômico social, seria lícito esperar.

A função hermenêutica-integrativa autoriza que se evidenciem as demais utilidades que a boa-fé irá realizar na relação contratual e é, portanto, uma função fundamental.

1.4.2 A Função Extensiva de Deveres Jurídicos

A complexidade das relações obrigacionais simboliza a ideia de que o elo contratual possui não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas diversos elementos jurídicos dotados de autonomia aceitável para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta. (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 585)

Realidade composta essa que, se pensada do ponto de vista ético nos contratos, inúmeras vezes acarreta em extrapolar os deveres dispostos no texto contratual de maneira a obter a proteção das partes e de suas expectativas. A boa-fé tem a função de ampliar as obrigações contratuais, integrando-as com obrigações instrumentais de conservação e respeito ao direito alheio, chamados deveres anexos, que são deveres de cooperação e proteção dos interesses recíprocos, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 439)

Assim sendo, sabe-se: a obrigação do sigilo, quando as partes precisam guardar segredos sobre informações que vieram a seu conhecimento através do contrato ou das negociações pré-contratuais, quando a difusão da informação possa ser prejudicial à outra parte; A obrigação da informação, para que as partes tenham pleno conhecimento das contraprestações oferecidas e das circunstâncias que as envolvem; A obrigação da colaboração, como os da prestação de assistência técnica na utilização de determinado produto que exija conhecimento técnico especializado, ou a obrigação de não dificultar o pagamento do dever, por exemplo, precisando o boleto bancário chegar com antecedência razoável ao consumidor para que este possa efetuar o pagamento; A obrigação do cuidado e proteção, como o do guardião de coisa que não se limita a guardar o bem, mas também tomar todo o cuidado necessário para a conservação da coisa.

Interessante ressaltar que, esses deveres não têm como função permitir diretamente o desenvolvimento da relação contratual principal. O propósito de tais deveres é atender a expectativa das partes, obrigando-as por esse motivo a realizar todos os atos necessários

para que seja alcançado o fim desejado, ainda que tal comportamento não tenha sido explicitado como obrigação contratual.

1.4.3 Função Restritiva de Direitos

Ante a concepção da função restritiva de direitos, a boa-fé não aceita conduta que contrarie a lealdade e a integridade, visto que somente assim o contrato atingirá sua função sócio-econômica.

A função restritiva de direitos da boa-fé objetiva, porém, não se confunde com a figura do abuso de direito. O abuso de direito sucede quando há o desvio ou a extrapolação da função social do direito. Assim sendo, o limite do direito subjetivo é o seu próprio objetivo, de forma que se formará o abuso de direito todas as vezes que esse limite for ultrapassado. Toda regra do ordenamento jurídico que cria um direito subjetivo, tem um fim social que também é o elemento que alega a existência dessa regra, desde o momento em que é excedida essa finalidade, tem-se configurada a figura do abuso de direito.

Diferente no caso da função restritiva da boa-fé objetiva, que tende a ter uma consequência muito mais vasta do que a mera limitação de comportamentos abusivos. Ao exigir um comportamento leal e honesto, passa a alcançar situações que estão além do abuso de direito, como, por exemplo, os casos de adimplemento substancial do contrato e a vedação ao comportamento contraditório.

Não se pode dizer que aquele que exige a rescisão contratual de um contrato que foi consideravelmente preenchido, age com abuso de Direito, então a teoria do abuso de direito é pouco para alcançar e proteger contra determinado credor aquele devedor que deixou de pagar apenas uma pequena quantidade de muitas prestações devidas. De outro modo, tomando-se por base o dever de lealdade, inerente à boa-fé, seria capaz de inibir uma resolução contratual.

À vista da vedação ao comportamento antinômico, dois comportamentos mantidos por uma pessoa, podem ser, de forma particular, considerados lícitos. Acontece que, em determinado caso, o primeiro comportamento é contrariado pelo segundo. Assim, tem-se situações em que uma pessoa, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, criando expectativas em outra de que seu comportamento

permanecerá inalterado. Por causa desse comportamento, acredita-se de que a conduta será a adotada inicialmente, mas, depois de certo tempo, a conduta é alterada por comportamento contrário ao inicial, rompendo dessa forma a boa-fé objetiva, que tem como um dos fundamentos básicos a tutela da confiança e da justa expectativa.

Enfim, não existe uma relação essencial entre o comportamento contraditório e o abuso de direito. É possível que um contratante adote diversas condutas lícitas e que não exceda aos fins teleológicos do direito objetivo. Contudo, se atentadas essas condutas no contexto da confiança e da justa expectativa também consubstanciadas no princípio da boa-fé, mesmo escapando à teoria do Abuso de Direito, é possível esquivar-se de que um contratante se valha de direito estabelecido em lei ou em cláusula contratual de forma a frustrar os objetivos do contrato e a justa expectativa da outra parte.

2 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1 CONTRATO DE CONSUMO

O contrato de consumo é celebrado em uma relação de consumo entre o consumidor e o fornecedor de produtos ou prestador de serviços, igualmente descrito pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). A relação de consumo é definida por Roberto Senise Lisboa (1999, p.5) como "o vínculo jurídico por meio do qual se verifica a aquisição, pelo consumidor, de um produto ou de um serviço, junto ao fornecedor".

A fim de melhor compreensão a respeito da relação de consumo, faz-se necessário observar os componentes dessa relação, o consumidor e o fornecedor.

O consumidor tem seu conceito legal presente no artigo 2º, caput do CDC: "Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

No artigo mencionado, é de fundamental relevância definir a figura do destinatário final e, dessa maneira, existem duas teorias divergentes na doutrina acerca desse assunto, a finalista e a maximalista.

A teoria finalista interpreta o destinatário final de forma restrita. Para essa teoria, é imprescindível que a aquisição ou utilização do bem ou serviço satisfaça uma necessidade pessoal, e não seja caso de revenda ou uso profissional. (MARQUES; BENJAMIN, 2006, p. 83-84) A teoria maximalista, no que lhe concerne, difere-se da finalista, ampliando seu conceito de consumidor. Da no mesmo a destinação econômica do bem ou serviço, ou se será utilizado ou não para obtenção de lucro. Essa teoria define o consumidor como aquele que efetua um ato de consumo, isto é, aquele que retira do mercado o bem ou serviço.

Para a doutrina majoritária, o consumidor é, portanto, aquela pessoa física ou jurídica que adquire ou faz uso de produto ou serviço de forma a satisfazer necessidade própria, ou seja, sem o interesse de comercializar ou obter lucro à partir desse bem ou serviço. Dessa forma, o conceito de destinatário final não abrange aquele que adquire um bem com o intuito de revendê-lo ou utilizá-lo em um processo de produção, já que esse

produto será eventualmente oferecido a outro consumidor, este sim, o destinatário final. (SOLYON, 2005, p. 166)

Interessante acrescentar sobre as figuras equiparadas ao consumidor. O parágrafo único do art. 2º do CDC equipara a consumidor todo aquele que tenha intervindo na relação de consumo, ainda que seja indeterminável. O art. 17 tutela sobre as vítimas do evento, ou seja, é considerado consumidor aquele que, embora não tenha adquirido o produto ou serviço, sofre algum tipo de acidente de consumo advindo da utilização destes. O art. 29 do CDC, por sua vez, equipara ao consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas de fornecedores.

Assim sendo, são equiparados a consumidor todos aqueles que estejam expostos ao comércio, assim como aqueles que venham a sofrer algum tipo de dano devido a produto ou serviço contratado. Dessa forma, é fato que o CDC se atentou com os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, protegendo uma massa de consumidores, e não apenas um indivíduo.

O conceito de fornecedor está disposto no caput do art. 3º do CDC:

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

À vista disso, o fornecedor é a parte da relação de consumo que cede produtos ou serviços no mercado, com o objetivo de atender à demanda dos consumidores.

Para melhor entendimento sobre o fornecedor, é importante destacar que o CDC tutela também sobre o que vem a ser produto e serviço. Entende-se que produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial que detenha valor pecuniário. O serviço, por sua vez, é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo aquelas de caráter trabalhista, estas disciplinadas pelo Direito do Trabalho.

A diferença entre o fornecimento de produto e de serviço é a habitualidade e o profissionalismo. O fornecimento de produto é definido pela atividade habitual e profissional que o envolve, ou seja, todos aqueles contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, são excluídos da norma do CDC e o Código Civil é

aplicado, pois tratam-se de relações civis. Em relação ao fornecimento de serviços, a atividade deve ser habitual apenas, ou seja, não se faz necessário que o prestador do serviço seja profissional da área. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2004, p.93)

Finaliza-se, dessa maneira, que para caracterizar uma relação de consumo, faz-se necessário a figura do consumidor em uma das partes, e a do fornecedor, na outra. Esse que, no que lhe diz respeito, deve acatar os preceitos legais dispostos no CDC, que não se trata de mera legislação protecionista, mas sim uma ferramenta necessária para equilibrar e otimizar a relação de consumo.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Existem 8 os princípios gerais da defesa do consumidor, dispostos no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Os princípios têm como propósito seguir as necessidades dos consumidores, oportunizando a esses dignidade, saúde, segurança, e principalmente a sua proteção econômica, a harmonia e a transparência nas relações de consumo.

2.2.1 O Princípio da Vulnerabilidade

Esse primeiro princípio pressupõe a fragilidade do consumidor e visa equilibrar a relação de consumo, limitando ou proibindo certas práticas de mercado e reforçando a posição do consumidor. (MELLO, 1997)

O consumidor não tem o comando acerca da produção e, por consequência, está submetido ao poder daquele que tem. Com a crescente sofisticação da produção por parte das empresas, a desigualdade exacerbou-se, ficando o consumidor numa situação de inferioridade ainda maior, principalmente devido a dificuldade de conseguir esclarecimentos sobre como requerer seus direitos. É notório que o consumidor é, sendo assim, vulnerável, o elemento mais fraco da relação de consumo. À vista disso, surgiu à necessidade da criação de uma política jurídica que minimize a diferença na dinâmica das relações de consumo. O autor Néri Tadeu Câmara Souza (2003), esclarece que na relação entre o consumidor e o fornecedor, é visível a inferioridade do primeiro, e esse deve, por isso, ter sua proteção ampliada.

Soares (2000, p. 55-56) acrescenta:

Nas relações de consumo a parte fraca é o consumidor, assim como nos contratos de trabalho, o laborista é a parte fraca e mereceu a proteção de um código próprio, CLT, e de uma justiça especializada, a Justiça do Trabalho. Hoje um importante reino do direito que cuida exclusivamente das relações trabalhistas é o Direito do Trabalho. Nem todos os consumidores são trabalhadores, mas todos os trabalhadores são consumidores, logo, justifica-se a existência de maior atenção e proteção jurídica às relações de consumo.

A vulnerabilidade, entretanto, não deve ser confundida com a hipossuficiência do consumidor, como demonstra Benjamin (1991, p. 224-225) com precisão:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores.

Assim fica claro que, a legislação, por meio do Código de Defesa do Consumidor, tem como propósito fortalecer o consumidor frente aos fornecedores, para que este possa estar em nível de igualdade jurídica, bem como afirma Nelson Nery Júnior (1991, p. 320), a vulnerabilidade decorre da isonomia constitucional, que seja tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

2.2.2 O Princípio do Dever Governamental

O princípio do dever governamental está tutelado no inciso II do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, e tem relação a questão da ação governamental na finalidade de proteger efetivamente o consumidor, seja por iniciativa direta, incentivo à criação e desenvolvimento de associações, presença do Estado no mercado de consumo ou garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, direitos básicos do consumidor.

O art. 5º, XXXII, da Constituição Federal dispõe que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Assim, Néri Tadeu Câmara Souza elucida: “O estado tem a obrigação de zelar pelo direito do consumidor, inclusive em seus serviços...”. (2003, p. 01)

Antes de tudo, a conclusão seria de que esse princípio estaria sendo obedecido, visto a existência do Código do Consumidor, de leis estaduais, normas correlatas, e órgãos como o BACEN (consórcios, financeiras, bancos), IRB, INMETRO e Conselhos Profissionais, por exemplo, que supervisionam e disciplinam o relacionamento do consumidor em face da atividade econômica. O Estado age, entretanto de forma não eficiente, e o consumidor, por sua vez, tem dificuldade em garantir seus direitos.

Além disso, existem entidades que agem quando solicitadas ou por iniciativa própria, sob o ponto de vista extrajudicial, como meio de defesa do consumidor. É o caso do SISTECON/PROCON, do Ministério da Justiça, do DECON Polícia Civil, do Ministério Público, das Associações Comunitárias, e das Associações de Vítimas de Fornecedor Determinado, além do Poder Judiciário, que age se provocado.

É fato, assim sendo, que existe um sistema com a incumbência de proteger o consumidor, no entanto, torna-se fundamental uma aplicação mais eficiente para garantir os direitos do consumidor, o que não ocorre no presente momento.

2.2.3 O Princípio da Harmonização

O terceiro princípio, disposto no inciso III do art. 4º do CDC, é ferramenta de grande importância na harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, ou seja, consumidor e fornecedor, para existir um equilíbrio e boa-fé entre os dois, e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica.

2.2.4 O Princípio da Educação

O princípio da educação trata sobre o dever do consumidor ser educado sobre seu poder frente aos fornecedores e prestadores de serviço, como forma de igualar ainda mais o relacionamento entre as partes.

Assim como já foi aprovado no Senado o projeto que incorpora o ensino da Constituição ao currículo da educação básica, a Fundação PROCON de São Paulo vem desenvolvendo projetos com o fim de educar as pessoas sobre conceitos básicos de proteção e defesa do consumidor, para formar cidadãos conscientes, críticos e participativos.

O consumidor tem o direito de informação, não somente sobre produtos ou serviços, como, também, sobre seus direitos e deveres.

2.2.5 O Princípio da Qualidade

O princípio da qualidade disserta sobre o estímulo à criação de meios eficazes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços pelos fornecedores, bem como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. O fornecedor tem obrigação de assegurar que o produto execute sua função de forma satisfatória, além de ter em seus atributos a durabilidade e a confiabilidade.

O desempenho apropriado é uma exigência inerente à sua existência, igualmente como devem ser a durabilidade e confiabilidade dos produtos colocados à disposição do consumidor. A qualidade referida não se trata apenas do produto ou serviço prestado, mas, também, do atendimento ao consumidor pela disponibilização de mecanismos alternativos, que sejam viáveis e rápidos, na solução de conflitos que possam figurar na relação de consumo.

Soares (2000, p. 56) complementa adicionando um fato interessante acerca da matéria:

O Governo pretende agir no sentido de assegurar aos consumidores nacionais o mesmo padrão de qualidade encontrado nos EUA, por exemplo, e sabemos que isso é possível, pois os produtos brasileiros destinados ao mercado internacional

atendem às especificações dos mais rigorosos importadores. O automóvel Voyage era exportado com modificações de aproximadamente 200 (duzentos) itens, o que demonstra o abismo que separa o consumidor brasileiro do estadunidense.

Finaliza-se, portanto, que os consumidores americanos têm maior qualidade em relação aos produtos fabricados no Brasil do que os próprios consumidores brasileiros, ou seja, é um caso de desrespeito ao princípio da qualidade, que propõe incentivar o desenvolvimento de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços. É imprescindível a garantia da qualidade por parte do fornecedor

2.2.6 O Princípio da Coibição e Repressão do Abuso

O sexto princípio diz sobre a coibição e repressão eficientes de todos os abusos realizados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desonesta e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

Um exemplo de prática abusiva seria recusar o atendimento às demandas dos consumidores na exata medida de suas disponibilidades de estoques. O fato de se colocar no mercado um produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, ou a execução de serviços sem prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, também são práticas abusivas, muitas vezes cometidas pelos fornecedores.

O Código do Consumidor criou o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), integrado pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor, além de instituir também a Convenção Coletiva de Consumo, para regular, por escrito, as relações de consumo. O SNDC e Convenção Coletiva de Consumo colaboram e implementam a coibição e repressão necessárias contra os abusos praticados no mercado, pelo uso do poder econômico, "mistificações" de produtos que mintam sobre a qualidade o consumidor na sua boa-fé, utilização indevida de marcas e patentes, a utilização de propaganda enganosa ou

constrangedora para determinados grupos etários, sociais ou econômicos e de cláusulas contratuais abusivas.

2.2.7 O Princípio do Serviço Público

O princípio do serviço público discursa sobre a racionalização e melhoria do mesmo. Este que, por sua vez, pode ser definido como todo aquele que é instituído, mantido e executado pela Administração Estatal, com o objetivo de atender seus próprios interesses, ou satisfazer as necessidades essenciais ou secundárias da coletividade.

A prestação do serviço público é um direito das pessoas, ou seja, o Estado deve servir de forma correta, sem favorecer determinadas pessoas, tratando com igualdade, seja a pessoa rica ou pobre. Devem ser feitos todos os esforços necessários para otimizar e agilizar a prestação dos serviços, que devem ser, no mínimo, satisfatórios.

A autora Hely Lopes Meirelles (1993, p. 299) esclarece que: “Os direitos dos usuários são, hoje, reconhecidos em qualquer serviço público ou de utilidade pública como fundamento para a exigibilidade de sua prestação nas condições regulamentares e em igualdade com os demais utentes.”

Sendo assim, é direito do povo a prestação do serviço público, e sendo assim, obrigação do Estado de servir

2.2.8 O Princípio do Mercado

O último dos princípios, não menos importante, disposto no inciso VIII do artigo 4º do CDC, trata da observância constante das mudanças que ocorrem no mercado de consumo. Esse princípio está relacionado ao estudo da economia da sociedade, da demanda, verificando a necessidade do povo por determinado produto ou serviço.

Se faz necessária uma política que privilegie as necessidades de demanda e não as conveniências da oferta. A demanda deve ser privilegiada ao se analisar a produção e não se avaliar a necessidade de produção pelas conveniências da oferta. Este é um dos pontos importantes para se atingir uma justa relação de consumo, ou seja, satisfazer os

interesses mais modestos de faixas menos privilegiadas economicamente da população e, com isso, proporcioná-las uma relação equânime no mercado de consumo. Sendo assim, o dinheiro do consumidor será aplicado em produtos de qualidade, e não de modo contrário, em produtos desnecessários, que o consumidor pensa necessitar devido à publicidade agressiva.

A grande maioria das pessoas, ao realizar atividades que envolvam aquisição de bens e serviços, não têm meios de garantir, por conta própria, seu direito pleno, quais sejam, qualidade e preço justo. Dessa forma, o consumidor, sendo a parte mais fraca da relação de consumo, a parte vulnerável, deve ser protegido. É importante que sejam constantemente atualizadas as noções do que produzir, quanto, como e onde, conforme as necessidades sociais da população e não de acordo com as conveniências dos produtores. O entendimento e a aplicação nas relações de consumo, dos princípios do direito do consumidor, têm como função atingir tais objetivos.

2.3 O CONTRATO ELETRÔNICO

É muito comum hoje em dia que acordos sejam formalizados a distância, através de meios eletrônicos. A crescente tecnologia proporcionou uma transformação na maneira em que os negócios são conduzidos, adicionando a simplicidade e a facilidade de se poder realizar negócios sem a presença física dos contratantes.

O contrato eletrônico é diferente do contrato usual por ser modelado, especificado, executado, controlado e monitorado por um sistema de computação, um software. Nos contratos eletrônicos, todas, ou pelo menos, várias, atividades são realizadas por meio eletrônico. (KARLPALEM; DANI; KRISHNA, 2001, p.193)

O professor americano Merrill Warkentin, especialista na matéria, comenta acerca do fenômeno crescente que é o comércio eletrônico, dizendo que milhares de novas sociedades criaram novos mercados e novas oportunidades em todo o mundo. O consumidor médio presenciou um grande impacto em relação a disponibilidade de conteúdo digital e na abundância de novas lojas virtuais, nas quais podem encontradas desde livros até passagens aéreas e comida.

Em relação aos negócios jurídicos eletrônicos, é importante esclarecer que existem aqueles entre empresários e o Estado (B2G - business to government), aqueles entre os consumidores e o Estado (C2G - consumer to government), aqueles entre empresários (B2B - business to business), e finalmente aqueles entre o fornecedor e o consumidor (B2C - business to consumer), que é o objeto de estudo do presente trabalho.

É de suma importância acrescentar que, se o negócio jurídico não for o B2C, ou seja, entre um consumidor e um fornecedor, a relação contratual não estará amparada pelo Código de Defesa do Consumidor, já que o comprador não é o destinatário final do objeto do contrato, salvo no caso de se configurar a vulnerabilidade do empresário adquirente, então será cabível a aplicação por analogia do Código de Defesa do Consumidor.

O comércio eletrônico pode ser realizado através da internet (ecommerce), de um telefone móvel (m-commerce) ou da televisão (t-commerce), e, conforme a tecnologia se torna mais acessível e estável a cada dia que passa, a tendência é que esse tipo de negócio aumente sua abrangência cada vez mais.

A evolução tecnológica não só permite, atualmente, que um negócio seja realizado de forma virtual, mas também que os partícipes e os documentos comprobatórios permaneçam no âmbito virtual. (AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 113) O contrato eletrônico possui as mesmas características gerais da contratação, com o evidente diferencial sendo o meio no qual a contratação se concretiza.

2.3.1 Conceito

O conceito de contrato eletrônico é muito parecido com aquele do contrato usual. Em seu conceito clássico, o contrato é o acordo de vontades, conforme a lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar ou extinguir direitos. (PEREIRA, 1998, p. 2) São essas também as características do contrato eletrônico, aquele que é celebrado através de meio virtual, como, por exemplo, a rede mundial de computadores, a internet.

O contrato, em sua forma eletrônica, é definido por Diniz (2006, p. 742) como sendo aquele celebrado "entre o titular do estabelecimento virtual e o internauta, mediante transmissão eletrônica de dados". A informação, porém, está incompleta, visto que o titular mencionado não precisa ser, obrigatoriamente, um estabelecimento virtual, já que o

contrato pode ser celebrado entre duas pessoas físicas ou jurídicas. Lorenzetti (2004, p. 287) generaliza, concluindo que "uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um contrato eletrônico"

O contrato eletrônico não se classifica como uma nova modalidade contratual, tratando-se apenas de uma nova forma de celebração. A grande diferença está no fato do contrato eletrônico ser celebrado à distância, de modo diferente do contrato convencional, normalmente celebrado em um estabelecimento comercial. Em relação ao conteúdo, porém, o contrato eletrônico é semelhante a qualquer outro tipo de contrato na maioria dos aspectos. Estão presentes a oferta, a aceitação e o pagamento, que podem ser realizados por meio virtual, cuja contratação é classificada como à distância. (BERENQUER, 2009)

O comércio eletrônico, por sua vez, é uma forma de se realizar negócios por meios virtuais, como por exemplo, a internet e o telefone. É uma modalidade de contratação não-presencial ou à distância para adquirir produtos ou serviços. (MARQUES, 2004) O estabelecimento eletrônico, a loja virtual, apesar de tomar o lugar do estabelecimento físico usual, possui idêntica natureza jurídica, podendo-se falar em fundo de comércio e título de estabelecimento. (COELHO, 1999)

O contrato eletrônico, porém, apesar de celebrado a distância, é igual qualquer outro contrato relativo a bens e serviços celebrados entre um fornecedor e um consumidor. (PAULA, 2003)

Leal (2007, p. 92) adiciona que "a internet não cria espaço livre, alheio ao direito. Ao contrário, as normas legais vigentes aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que a quaisquer outros negócios jurídicos". Ou seja, mesmo a internet proporcionando maior liberdade a seus usuários, os contratos eletrônicos não podem ficar à margem da legislação, já que a segurança das relações jurídicas deve ser preservada.

2.3.2 Pressupostos de Validade

Por causa da semelhança entre o contrato eletrônico e o contrato usual, os pressupostos de validade também são os mesmos. Sendo assim, são aqueles estabelecidos pelos princípios gerais dos contratos, de acordo com o art. 104 do Código Civil, dessa forma, a

capacidade das partes, a manifestação livre da vontade e a licitude e possibilidade do objeto.

Os pressupostos de validade dos contratos eletrônicos são ramificados pela doutrina em subjetivos, objetivos e formais. Aprofundando, os subjetivos estão relacionados à declaração de vontade e às partes envolvidas no contrato, enquanto que os objetivos ao objeto do contrato e meios eletrônicos para a prestação, e os pressupostos formais, por sua vez, relacionam-se à forma do contrato e dos documentos eletrônicos.

No quesito subjetivo, é essencial que o contrato eletrônico seja celebrado por agentes capazes, civilmente falando, e que a vontade das partes esteja manifestada. No caso do consentimento das partes não se verificar de forma adequada, ou se os agentes não se configurarem capazes, o contrato será nulo ou anulável.

Se o contrato eletrônico for celebrado por crianças ou adolescentes, o que se configuraria como parte incapaz, mas houver autorização, ou ainda participação, dos pais ou responsável na celebração do contrato, este será considerado válido.

Além da capacidade das partes, a manifestação de vontades é pressuposto indispensável para a constituição de um negócio jurídico. É importante esclarecer, portanto, que as declarações de vontade manifestadas por meio eletrônico são válidas, já que todas as formas de manifestação de vontade são, com exceção de caso em que a lei exija forma especial.

Os pressupostos objetivos estão relacionados ao objeto do contrato eletrônico, que pode ser qualquer bem, desde que lícito, possível e determinado ou determinável, e deve apresentar utilidade econômica para o homem e ser tutelado pela ordem jurídica. Por lícito, entende-se que o objeto deve estar de acordo com a lei, a moral e os bons costumes. Por possível, entende-se que deve ser um objeto realizável, praticável, do ponto de vista físico ou jurídico. E, por fim, por determinado ou determinável, entende-se que o objeto deva ser conhecido e individualizado, em momento anterior da formação do contrato ou em momento posterior. (BERENQUER, 2009)

Os pressupostos formais, finalmente, estão relacionados com a forma do contrato. O Brasil adota o princípio da liberdade da forma, portanto a regra é a liberdade formal. Assim sendo, a simples declaração da vontade é suficiente para originar uma relação obrigacional entre as partes. Salvo algumas exceções previstas em lei, os contratos

podem ser realizados por meios verbais ou escritos, por instrumentos públicos ou particulares, e também por meios virtuais, entre eles a internet. (LEAL, 2007, p. 92)

Em suma, se os pressupostos de validade forem respeitados, o contrato eletrônico será válido. Os contratos estarão providos de validade e de obrigatoriedade jurídica, mesmo que não possuam uma legislação específica para regulamentá-los, porque o contrato eletrônico inova a forma de operação do contrato, mas não a sua natureza jurídica.

2.3.3 Tipos de Contratos Eletrônicos

A busca pela organização e pela necessidade de identificação dos contratos eletrônicos fez com que a doutrina os classificasse de três formas: interativo, intersistêmico, e interpessoal. A classificação é feita considerando-se o grau de interação entre o homem e a máquina, identificando-se, assim, as subespécies do contrato eletrônico.

A contratação interativa é aquela entre o consumidor e um sistema previamente programado. Esta é, portanto, a forma mais comum de contratação utilizada pelo comércio eletrônico, ocorrendo diversas vezes todos os dias em todo o mundo, e sendo, portanto, a forma mais peculiar.

Esse é um típico exemplo de contratação à distância, na qual, através do estabelecimento virtual, são oferecidos produtos, serviços e informações, em caráter permanente. É celebrado em uma simples interação entre a pessoa e o sistema, onde se demonstra o interesse de contratar. O sistema nada mais é do que um programa de computador com a função de acessar um banco de dados específico.

É importante acrescentar que existe uma divisão dentro da contratação interativa: a contratação direta e a indireta. A primeira é o caso em que, tão logo acordada a relação de consumo, o contrato eletrônico é executado. Por exemplo, o download de uma música, que, ao finalizar, conclui a contratação. A segunda é o caso em que, depois de transacionada a aquisição de um bem, se deve aguardar que este seja fornecido de modo físico. Ou seja, o usuário, ao adquirir um eletrodoméstico através de um estabelecimento virtual, deve aguardar por alguns dias a efetuação da entrega.

A contratação intersistêmica é aquela que ocorre sem a interação humana, ou seja, apenas entre aplicativos pré-programados, que utilizam a internet como ponto

convergente de vontades preexistentes, estabelecidas em uma negociação prévia. É um tipo de contratação muito utilizada entre pessoas jurídicas, típica de contrato entre comerciantes, com finalidade comercial, a exemplo das relações comerciais de atacado para minimizar o trabalho de reposição de estoque.

A contratação interpessoal, por sua vez, tem a interação humana como grande diferencial, é necessária uma manifestação ativa das partes, e a máquina é utilizada apenas como ferramenta de comunicação. Dessa forma, a interação não se faz por programa ou sistema, a vontade não é pré-estabelecida. Existe a vontade simultânea de ambas as partes naquele exato momento. O contrato pode ser celebrado por pessoas físicas ou jurídicas e equipara-se à contratação via correspondência, onde o suporte físico do papel é substituído pela comunicação virtual.

2.3.4 A Estrutura do Contrato Eletrônico

O contrato eletrônico é um acerto entre participantes virtuais, não limitados pela territorialidade.

O meio utilizado para a celebração, cumprimento e execução do contrato eletrônico é o digital, de forma total ou parcial, portanto corresponde a qualquer forma de transação levada a efeito mediante a transmissão de dados sobre redes de comunicação, como a internet, abrangendo todas as atividades negociais juridicamente relevantes e incluindo as fases anteriores e posteriores à contratação. (AQUINO JÚNIOR, 2012, 113)

De modo geral, as regras que concernem os contratos realizados em meio não digital podem ser aplicadas também àqueles que são, especialmente quanto à capacidade, objeto e efeitos contratuais.

Através do meio virtual são cumpridas todas as requisitos assim como condiciona o direito. Todos os registros relativos à negociação são arquivados em banco de dados, que provê segurança, caso essa seja necessária, através de senhas criptografadas e assinaturas eletrônicas. Desde que seja respeitada a capacidade das partes, a necessidade de objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e de forma prescrita ou não defesa em lei, de acordo com o art. 104 do Código Civil, o contrato eletrônico será válido.

A declaração, por sua vez, será imputável aquele cuja esfera de interesses pertença o sistema virtual utilizado na manifestação declarativa, sendo o meio eletrônico instrumento material que irá operacionalizar a mediação entre os contratantes. Para evitar problemas relacionados à imputabilidade, as partes devem redigir as disposições contratuais com cláusulas que contemplem os casos em que será considerado que as mensagens virtuais pertencerão à esfera de interesses de cada um.

Para avaliar se há vício de vontade na declaração volitiva do emissor, deve-se afastar a indagação acerca de seus estados subjetivos, dando-se prioridade à declaração, à aparência e aos aspectos objetivos com os quais se possa avaliar a expressão da vontade. No que concerne o receptor da declaração por meio eletrônico, esta será eficaz pela simples razão de estar disponível no computador do destinatário. Dessa forma, a oferta ocorre com a entrada das informações no computador do destinatário. Nesse sentido, é de fundamental importância que a oferta de bens, serviços e informações, seja realizada em ambiente seguro, e tecnicamente certificado.

No caso de algum tipo de falha ou invasão em um sistema que emita automaticamente declarações de vontade, caberá a parte interessada produzir prova de que a emissão da declaração não ocorreu de sua parte, foi indevida, afinal, como a parte resolveu se utilizar do determinado sistema, voluntariamente, deve-se presumir sua imputabilidade.

Aquino Júnior (2012, p. 116) acrescenta:

Em qualquer situação em que a declaração seja feita por intermédio de meio eletrônico, a oferta deverá estar consubstanciada numa declaração unilateral de vontade, de caráter receptício, direcionada a uma pessoa determinada, contendo a intenção de vincular-se no âmbito de um negócio jurídico. Por seu turno, a aceitação também é uma declaração unilateral de vontade com características similares à oferta.

Em relação à questão de a contratação ser entre presentes ou entre ausentes, deve-se distinguir se os contratos são celebrados instantaneamente ou não. A contratação eletrônica é celebrada entre pessoas que estão distantes fisicamente, de modo que a distância se torna indiferente, visto a rapidez da comunicação. Portanto, se os contratos são celebrados de forma instantânea, trata-se de contrato entre presentes. No caso de não serem, porém, pode ocorrer algum evento que afete o negócio. Sendo assim, o

negócio será concluído apenas quando a mensagem eletrônica contendo a aceitação chegar à esfera de controle do destinatário.

O local de celebração e cumprimento, no caso do contrato eletrônico, são normalmente predeterminados, sendo estabelecido, na contratação, os locais de cumprimento e cláusulas de eleição de foro, por tratar-se de direito dispositivo. No caso de não ser predeterminado, o local será ditado pela legislação, no caso o Código Civil, que tutela que o local será o lugar em que houve a proposta. As partes que por ventura residam em países diferentes, deverão perfectibilizar o contrato onde residir o proponente. Tratando-se de relação de consumo, o domicílio do consumidor será adotado como o local da celebração, em razão de sua vulnerabilidade.

Coelho (2003, p. 42) esclarece acerca do contrato de consumo internacional:

Note-se que o contrato de consumo internacional é regido pelas cláusulas propostas pelo fornecedor estrangeiro, e às quais adere o consumidor brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica a essa relação de consumo, porque a lei de regência das obrigações resultantes de contrato, segundo o direito positivo nacional, é a do domicílio do proponente.

É importante acrescentar que, apesar da relação de consumo, quando realizada em um estabelecimento comercial virtual, não mudar em nada os direitos dos consumidores e os correspondentes deveres dos empresários, esse não é o caso em uma relação de consumo eletrônica quando o fornecedor for estrangeiro.

2.4 LEGISLAÇÃO VIGENTE E A REGULARIDADE JURÍDICA DOS WEBSITES

A contratação eletrônica ainda não é tutelada no Brasil por legislação específica. O que ocorre, então, é a utilização, por analogia, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), aplicando as normas e princípios que regem a relação de consumo usual à relação de consumo virtual.

Existem certos requisitos que devem ser cumpridos pelos websites de modo a garantir sua regularidade jurídica. Esses requisitos estão dispostos no Código de Defesa do Consumidor, e são perfeitamente compatíveis em uma relação virtual de consumo.

Primeiro, é essencial que as informações apresentadas por eles, relativas a produtos e serviços destinados ao consumidor, estejam dispostas de forma clara, correta e precisa, alertando sobre possíveis riscos à saúde e a segurança (art. 31) e, além disso, o fabricante deve ser identificado por seu nome e endereço (art. 33). Trata-se da exigência de transparência da informação veiculada.

No caso do website conter informações incompletas, incongruentes, contraditórias ou obscuras, prevalecerá aquela que for mais benéfica para o consumidor (arts. 30 e 47). Se tratando de informações falsas, será caracterizado o vício de fornecimento, configurando-se vício de qualidade se for identificada incompatibilidade entre a realidade e a publicidade (arts. 18 e 20).

Em relação a publicidade, instrumento que estimula o consumo, essa não pode ser simulada, enganosa ou abusiva (arts. 36 e 37), caso contrário o anunciante poderá ser responsabilizado civil, penal e administrativamente.

O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor assegura ao consumidor o direito de arrependimento. Tal dispositivo é aplicável ao comércio eletrônico, visto que a legislação protege o consumidor sempre que a contratação for realizada fora do estabelecimento comercial. O consumidor tem o prazo de reflexão de até sete dias para se arrepender do negócio, sendo-lhe assegurada a devolução monetariamente atualizada do que foi pago.

2.5 OS DESAFIOS ORIUNDOS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

É de grande preocupação que o consumidor seja protegido de forma eficiente ao contratar por meio virtual, devido aos inúmeros riscos inerentes a esse tipo de contratação.

Ao realizar uma compra, é impossível ver e manusear o produto pessoalmente, o que pode gerar certa confusão ao consumidor. Podem ocorrer atrasos na entrega do produto ou serviço, os dados pessoais e financeiros podem acabar sendo usados indevidamente, existe o risco de chegar um produto diferente daquele adquirido, ou então com algumas

características diferentes, entre muitos outros riscos que o consumidor está sujeito em uma relação de consumo virtual.

O comércio eletrônico possui, sem dúvidas, enorme complexidade, tamanha é a diferença quando comparado aquele realizado presencialmente. A distância entre as partes, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, a imaterialidade do meio eletrônico, a desterritorialização da contratação e a exteriorização da autonomia da vontade perante uma máquina são algumas das peculiaridades do comércio eletrônico, que acabam por dificultar a proteção dos consumidores.

Outro desafio proporcionado pelo comércio eletrônico é o aspecto imaterial do meio virtual. Muitas vezes não é imaterial apenas o meio através do qual o negócio jurídico é realizado, mas também o próprio objeto do contrato, quais sejam softwares, livros virtuais, músicas, filmes, jogos e até alguns tipos de prestação de serviços. Dessa forma, faz-se necessário visualizar de uma nova maneira a noção de objeto de contrato, visto que este é concluído sem forma física, desmaterializado.

A negociação e a contratação feitas por meio virtual acarretam no desaparecimento dos limites territoriais, o que incomoda a noção de soberania, tornando-se complicado uma regulamentação da rede, assim como assegurar a competência da jurisdição, principalmente em relação a internacionalização das relações de consumo. Considerando-se diante de bens digitais que não possuem localização física, certos conceitos como o domicílio, o local de celebração do ato e o lugar onde está localizada a coisa objeto do litígio, elementos de conexão relativos ao direito internacional privado, devem ser reavaliados e adaptados à realidade virtual.

O fornecedor que organiza sistema profissional para realizar transações eletrônicas deve suportar o risco de identificação e de imputação errônea da vontade no ambiente virtual. O problema relativo à identificação pode ser resolvido utilizando-se senhas ou assinaturas eletrônicas, mas a capacidade do contratante pode ser mais complicado. Existe o risco de que seja efetuada uma transação nula ou anulável, por isso é recomendado advertir na página a proibição da contratação por parte de menores.

O comércio eletrônico oferece, sem dúvida, inúmeras vantagens para aqueles que se utilizam dele. É fato, porém, a existência de desafios e problemas inerentes a esse tipo de contratação, e ter a consciência deles é essencial para seu aperfeiçoamento, a fim de garantir a segurança que deve reger todas as relações jurídicas.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ ÀS RELAÇÕES VIRTUAIS DE CONSUMO

3.1 A VULNERABILIDADE DECORRENTE DE UMA RELAÇÃO VIRTUAL DE CONSUMO

Um grande empecilho para um possível contratante virtual é, sem dúvida nenhuma, a falta de confiança. Muitas vezes, falta a sensação de segurança, essencial quando se quer realizar uma contratação virtual.

Salgarelli (2010, p. 117) explica:

É a confiança que irá tornar possível a contratação eletrônica, pois é com base na aparência do conteúdo da imagem, som, informação. no click e na presença confiável de um ser humano por trás da máquina que os negócios jurídicos se concretizarão e serão perenizados.

Não é fácil fazer com que o contratante se sinta seguro, devido aos inúmeros fatores que podem gerar desconfiança. A distância física é um dos fatores que preocupa o contratante, assim como as questões que concernem à desmaterialização da contratação, quais sejam, a falta de forma física do contrato, assim como a linguagem utilizada, que associa a escrita com imagens, o que traz à tona a questão de como assegurar previamente as informações necessárias à exata compreensão do consumidor acerca dos termos do contrato a ser celebrado e de como garantir sua reflexão a respeito do negócio. (AQUINO JÚNIOR, 2012, p .121)

Nesse sentido, Marques (2004, p. 67) complementa:

Assim, entrando no mundo virtual dos sites (imagens), o caminho é repleto de imagens (e linguagens) e um simples tocar no teclado significa aceitação; um simples continuar um caminho virtual de imagens, sons e de mínimas palavras, significa uma declaração de vontade tácita; um simples continuar no site, em silêncio, abrindo wraps sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva.

Além disso, o contratante é acometido por um sentimento de insegurança em relação ao envio do produto, se este será de fato entregue. Tem dúvidas quanto a integridade da parte com quem irá contratar, afinal, não tem o contato físico, na maioria das vezes, inclusive, estará contratando com um sistema automático de vendas, que não permite nenhum tipo de interação fora daquilo que é programado.

Não bastassem todos os fatores supracitados, paira ainda a dúvida à respeito da atitude da outra parte em relação à boa-fé na fase pós-contratual. O contratante muitas vezes teme que, depois de contratar, a outra parte não cumprirá aquilo que prometeu. O produto enviado poderá apresentar características adversas daquelas anunciadas, ou então até se tratar de outro produto, isso é claro, se for enviado, fatores que acarretam em outro problema, o prejuízo financeiro.

Além de não receber aquilo que foi acordado, ou receber produto adverso, o consumidor, provavelmente já terá efetuado o pagamento e, sendo o caso, não será fácil ser ressarcido no caso de realmente se tratar de uma fraude. E mesmo que não for esta a situação, o consumidor teme que seus dados referentes ao pagamento, seus dados bancários, ou do cartão de crédito, por exemplo, sejam utilizados de forma indevida, visto que a outra parte terá, em muitos casos, acesso à tais dados.

Afinal de contas, o acesso à internet pode ocasionar em coleta irregular de informações sobre o consumidor, registrando seus dados pessoais, hábitos de consumo e, inclusive, a instalação não autorizada de programas que recolhem informações do usuário, as quais são utilizadas na formação de bancos de dados. O motivo é utilizar tais dados para o envio de material publicitário, não solicitado pelo consumidor, o que configura, frequentemente, publicidade abusiva. Dessa forma, ocorre uma invasão na vida privada do consumidor, o que termina por agravar sua vulnerabilidade. (AQUINO JÚNIOR, 2012, p.134)

Ascensão (2002, p. 160) comenta acerca de tais programas, conhecidos no meio da informática pelo nome de spywares:

Com a Internet chega-se a resultados espantosos. O navegante na Internet, que pensa que realiza uma pesquisa que não deixa indícios, está afinal a deixar atrás de si algo que é como o seu retrato. Os seus movimentos são gravados. Com eles consegue-se, através de programas apropriados, traçar o perfil de cada internauta. E assim, quando ele se dirige a um site comercial, por exemplo, o “navegador” (programa de busca) elaborou já com base nos pedidos anteriores a

informação que lhe concerne. A resposta que lhe é dada não é uma resposta objetiva e uniforme, contra o que se supõe, mas uma resposta já adequada às preferências detectadas daquele internauta.

É essencial que um banco de dados formado a partir de informações do consumidor seja expressamente autorizado por ele, cabendo ao website elaborar sua política de privacidade de forma clara e solicitar a autorização do usuário para transferir seus dados a terceiros.

E mesmo que, nenhum dos casos expostos venham a ocorrer, resta a dúvida em relação às garantias. Mesmo após o produto ou serviço ser entregue conforme o acordado, muitos deles envolvem certas garantias contratuais, que podem vir a ser necessárias ou não. É o caso de um produto que venha a apresentar defeito de fabricação, ou do serviço que não tenha sido executado corretamente. O consumidor tem, portanto, direito a outro produto, ou novo serviço para que obtenha o fim desejado inicialmente, além de outras possíveis garantias prometidas antes de se contratar. Muitas vezes o consumidor teme que essas garantias não serão respeitadas.

A confiança é elemento essencial quando se contrata no meio virtual, pois, para devida efetivação do comércio eletrônico, é preciso que o consumidor acredite que o meio virtual é eficaz, caso contrário não se utilizará desse tipo de contratação. É fundamental que o contratante presuma a boa-fé por parte do fornecedor para cumprir o acordado, que acredite que sua privacidade será resguardada, e que seus direitos, como um todo, serão respeitados, e que de fato sejam.

Em se tratando de uma relação de consumo virtual, portanto, a confiança é, mais do que nunca, elemento crucial, devido ao tamanho da vulnerabilidade em que o consumidor se encontra exposto em uma relação desse tipo. Ao lidar com o comércio eletrônico, o consumidor estará diante de um meio que não é real, composto por um sistema complexo, o que gera insegurança, sendo necessário que este consumidor esteja atento, principalmente no que concerne a sua proteção contra danos e contra práticas abusivas, diretrizes essenciais em todo tipo de relação de consumo, porém especialmente indispensáveis nas virtuais.

3.2 O PRESSUPOSTO DA CONFIANÇA BILATERAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO VIRTUAL: A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Alguns princípios têm maior notoriedade que outros, de maneira proporcional a sua importância e contribuição para a devida proteção das partes. O princípio da boa-fé é um que merece ser evidenciado, já que é fundamental na regência das relações de consumo e na interpretação das normas aplicáveis.

A lei consumerista incorpora em sua codificação a boa-fé objetiva que, como já foi exposto anteriormente neste estudo, difere da subjetiva. Não é demais, porém, reforçar a idéia, tamanha sua importância. Rizzatto Nunes apresenta uma explicação clara e breve acerca da matéria:

A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa a cerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação. Nesse sentido, a boa-fé pode ser encontrada em vários preceitos do Código Civil, como, por exemplo, no artigo 1567, quando trata dos efeitos do casamento putativo, nos artigos 1201 e 1202, que regulam a posse de boa-fé, no artigo 879, que se refere à boa-fé do alienante do imóvel indevidamente recebido etc". [...] Já a boa-fé objetiva, presente no Código de Defesa do Consumidor, pode ser definida, a grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não equilíbrio econômico como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com análise global do contrato de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro. (2009, p. 131-132)

A boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil, é o princípio mais importante do Código de Defesa do Consumidor, constituindo base para a harmonização dos interesses dos contratantes, e trazendo a idéia de cooperação, respeito e fidelidade às relações contratuais. É imprescindível, para se alcançar uma relação harmônica e transparente, a prevalência, desde a formação inicial da relação de consumo, do princípio da boa-fé,

através da superação dos interesses egoístas das partes bem como a proteção dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança.

Noronha (1994, p. 151) acrescenta a respeito:

Sob o prisma dos comandos de que se reveste, no âmbito comercial, a boa-fé se apresenta nas suas funções interpretativas – quando se trate de precisar o sentido das estipulações contidas no negócio jurídico – de integração explicitando (e de certo modo ampliando) os deveres de conduta de ambas as partes, ainda que não expressamente previstos – e de controle delimitando os direitos reconhecidos e assegurados ao credor em face do devedor.

O propósito em se aplicar o princípio da boa-fé é alcançar a justiça contratual, através da atitude leal, ética, e transparente entre aqueles que contratam. Dessa forma, garante-se a preservação e o justo equilíbrio do contrato, mantendo a proporção entre os direitos e as obrigações das partes, ou então corrigindo eventuais desequilíbrios supervenientes, já que quanto maior for a diferença social e econômica entre os contratantes, mais importante se torna a atuação da boa-fé objetiva como instrumento de controle da vontade da parte mais forte, e, por consequência, proteção da parte mais fraca da relação de consumo.

Dessa forma, a boa-fé objetiva propicia a noção de um comportamento fiel e leal na atuação de ambas as partes, respeitando uma à outra, com o fim de alcançar um relação sem abusos, que seja benéfica para todos, atingindo o fim acordado no contrato e, consequentemente, os interesses das partes.

No caso concreto, a boa-fé objetiva é uma condição ideal, na qual as partes respeitam-se mutuamente, de forma adequada e justa e, por isso, é utilizada como uma espécie de modelo, avaliando-se, a partir daí, pelo magistrado, por exemplo, se houve algum tipo de abuso. Dessa forma, constata-se que qualquer relação jurídica, para ser validamente legítima, deve ser submetida à boa-fé objetiva, tamanha a sua importância, devendo ser respeitada por todas as partes envolvidas, seja ela fornecedor ou consumidor, credor ou devedor.

A boa-fé objetiva é, portanto, uma pré-condição abstrata de uma relação ideal, a condição ideal a priori, o modelo a ser seguido em todas as relações jurídicas, a qual todas as

partes devem se adequar. É o comportamento fiel, a atitude leal, que cabe a cada um dos contratantes a fim de se obter o interesse acordado.

À vista disso, fica claro que, em uma eventual lide, ao analisar caso concreto que envolva abusos de qualquer tipo, o magistrado deverá dispor da boa-fé objetiva, pela qual as partes deveriam, desde o início, ter disciplinado sua conduta, qual seja, justa e adequada. Deverá buscar identificar, para aquele caso concreto, o modelo ideal esperado e justo e, a partir daí, extrair as conseqüências jurídicas exigidas.

Para alguns doutrinadores, a boa-fé teria, portanto, qualidade de cláusula geral, sendo permitido ao juiz a criação de uma norma de conduta para o caso concreto. É o pensamento de Nunes (2009, p. 606):

A aplicação da cláusula geral de boa-fé exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido da substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir.

Por fim, o princípio da boa-fé objetiva é também aplicado ao comércio eletrônico, sendo o princípio fundamental que embasa as relações de consumo virtuais.

Como elucidado anteriormente, os contratos eletrônicos ainda não se encontram regulamentados pela legislação brasileira, por se tratar de uma prática relativamente recente. É fato também, o tamanho da vulnerabilidade a qual os contratantes são expostos ao utilizar tal meio, visto que as partes, na maioria das vezes o consumidor, não possuem conhecimento acerca da complexidade do comércio eletrônico, o que pode acarretar em diversos tipos de fraudes.

Essas circunstâncias dão cunho ainda mais especial ao princípio da boa-fé, tornando a sua aplicação imperiosa neste tipo de contratação que, em certos pontos, é ainda mais dificultosa que uma tradicional, exigindo a conduta leal e honesta das partes, desde o momento que antecede a contratação, durante sua execução e, ainda, na fase pós-contratual, que não devem utilizar de forma indevida, por exemplo, os dados pessoais fornecidos durante a contratação.

Nesse sentido, é interessante analisar a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que trata de um caso de defeito na prestação de serviço. Na situação

exposta, o autor adquiriu dois microcomputadores na loja ré utilizando-se do comércio virtual, porém recebeu produtos diversos. Afirmou que tentou efetuar a troca, porém o aparelho trocado não era da mesma marca, o que resultou em acontecimentos que lhe trouxeram prejuízos. Segue a respectiva ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. COMPRA E VENDA PELA INTERNET. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESCASO COM O CONSUMIDOR. As transações comerciais realizadas via internet vinculam as propostas de modo que o produto entregue não conformando com as características da divulgação implica em responsabilidade da vendedora, ainda mais quando recebido com defeito. Supera o mero dissabor a situação dos autos, na medida em que, mesmo depois de diversas reclamações a fornecedora não deu uma solução adequada ao consumidor a efeito de substituir o produto ou rescindir a transação, evidenciando o total descaso com o consumidor. Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observada a natureza jurídica da condenação e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (...) (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Processo número: 70038009361, Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 2011).

Assim sendo, fica claro que o produto entregue não conformando com as características da divulgação implica em responsabilidade do fornecedor.

Outro caso que se mostra interessante foi julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Pessoa física ajuíza ação declaratória cumulada com pedido de restituição e reparação por danos morais em face de pessoa jurídica, com a qual teria firmado contrato via internet, e que, por sua vez, teria sido responsável por propaganda enganosa que a ludibriou, o que foi reconhecido pelo TJSP. A ré viabilizava a criação de páginas na internet com o compromisso de que o contratante obteria sucesso de modo rápido e fácil ao oferecer seus produtos no meio virtual. O público alvo da ré eram pessoas desprovidas de conhecimento sobre o ambiente eletrônico, facilitando a manipulação com a promessa de ganho fácil. A internet agrava a vulnerabilidade, por ser um ambiente no qual não se está acostumado a transacionar. Ademais, fica claro que a ré faltou com a boa-fé objetiva, visto que seria seu dever assessorar o autor de modo que este viesse a obter o sucesso prometido. Segue a ementa:

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. "PIRÂMIDE". PROGRAMA DE CRIAÇÃO DE PÁGINAS DE INTERNET.

MARKETING DO PRODUTO. ILICITUDE DO OBJETO. PROPAGANDA ENGANOSA. Nítido ânimo volitivo de o réu ludibriar os aderentes com o argumento de que o sucesso seria garantido (“oportunidade da vida”) - Contrato rescindido - Obrigatoriamente na devolução da quantia paga pelo autor, R\$ 4.640,00 devidamente atualizado - Ausente a boa-fé objetiva do contratante - Dano moral existente e reduzido para a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) - Valor condizente e razoável com o dano sofrido - Recurso provido em parte. (TJSP - Ap. 990.10.243553-9 - Des. Beretta da Silveira).

Dessa forma, o princípio da boa-fé objetiva é classificado como cláusula geral do direito contratual e atua para a interpretação sistemática ou para estabelecer igualdade nas relações privadas perante a lei.

É importante ressaltar que, apesar da notória vulnerabilidade que é característica ao consumidor, cabe a este também o dever de agir de boa-fé no que se refere ao fornecedor, visto que a relação de consumo deve ser construída baseada em um pressuposto bilateral de confiança. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais utilizou-se do princípio da boa-fé, favorecendo o fornecedor, em caso no qual foi reconhecido o erro grosseiro cometido por ele, que veiculou na internet produto em preço muito inferior ao de mercado. O tribunal declarou que, diante do erro material, a oferta não vinculava o fornecedor. A decisão teve a seguinte ementa:

PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO - ANÚNCIO DE OFERTA - SITE DE INTERNET - PREÇO DESPROPORCIONAL - ERRO GROSSEIRO - BOA-FÉ - DEVOLUÇÃO DO VALOR - MORA INJUSTIFICADA DO COMERCIANTE - DANOS MORAIS MANTIDOS. Com vistas ao princípio da boa-fé objetiva, inexistente propaganda enganosa quando o preço de produto divulgado em anúncio for muito inferior ao praticado no mercado, incompatível com o seu preço à vista. Constitui erro material escusável facilmente perceptível pelo homem médio e que não obriga o fornecedor. A mora injustificada do comerciante em proceder a devolução do valor desembolsado pelo consumidor é passível de danos morais. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Apelação Cível no 1.0145.11.001114-8/001, Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, 2012.)

Após análise do caso, fica claro que, a existência de erro material no anúncio do produto, não configura propaganda enganosa, principalmente quando o preço anunciado for muito inferior ao praticado no mercado, incompatível com o seu preço à vista, o que torna fácil a percepção da existência de erro material, que, por sua vez, não obriga o fornecedor,

visto que as relações de consumo devem se pautar pelo princípio da boa-fé, constituindo a publicidade importante instrumento para essa relação, que deve ser amparada pelos fundamentos da boa-fé.

Marques (2002, p.675) complementa o raciocínio:

A publicidade é um meio lícito de promover, de estimular o consumo de bens e serviços, mas deve pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé. As relações de consumo, mesmo em suas fases pré contratual ou como preferem alguns, extracontratual, devem guiar-se pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor.

A evolução tecnológica, que culminou na criação do comércio eletrônico, abre novas portas para a humanidade enquanto elimina as fronteiras e aproxima lugares antes tão distantes. Nunca foi tão fácil e rápido praticar o comércio. A relação de consumo virtual mostra-se, sem dúvida, um meio de extrema eficiência para aqueles interessados em contratar.

Por outro lado, a contratação por meio virtual trouxe novos desafios ao direito, porque, se de um lado facilita os negócios, por outro gera insegurança às partes, principalmente devido a sua imaterialidade e despersonalização, expondo os contratantes a uma maior vulnerabilidade.

Sendo assim, é imperioso concluir que o princípio da boa-fé é instrumento que deve permear todo tipo de relação humana, principalmente no que concerne às relações de consumo virtuais, sendo regra aos próprios valores éticos e morais da sociedade. O fato da relação de consumo virtual ainda não ser tutelada por legislação específica, confere ainda maior importância ao princípio da boa-fé a fim de se alcançar uma relação justa e leal entre as partes, livre de abusos, sendo, portanto, fundamental para o bem estar das relações de consumo virtuais, e, ousa-se concluir, indispensável ao sistema jurídico como um todo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste trabalho foi realizar uma discussão sobre desafios do direito devido à desumanização do contrato, e à exposição dos contratantes a um meio desterritorializado, imaterial, atemporal e muitas vezes até internacional.

O direito é influenciado pela nova realidade de comércio eletrônico pois reflete ao caminhar evolutivo da sociedade, portanto, a proteção das partes que contratam em meio virtual é uma preocupação constante, diante da vulnerabilidade agravada.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicado por analogia às relações de consumo virtuais, a falta de uma legislação específica gera desconfiança por parte de possíveis contratantes, que se sentem inseguros em adentrar o meio virtual.

Sendo assim, chega-se à conclusão que é indiscutível a importância do princípio da boa-fé para qualquer relação humana, mas principalmente para a relação de consumo na era do comércio eletrônico, pois é um respeito à dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos Eletrônicos: A Boa-Fé Objetiva e a Autonomia da Vontade**. Curitiba: Juruá, 2012

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

BERENGUER, Alexandre Vianna. **Os contratos eletrônicos como relação de consumo**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13164>>. Acesso em: 10 jun. 2018

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0145.11.001114-8/001 - Des. Fernando Caldeira Brant. Disponível em . Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap 990.10.243553-9 - Des. Beretta da Silveira. Disponível em . Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70038009361 - Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Disponível em . Acesso em: 20 jul. 2018.

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. 24. ed. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1981. v. I.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

_____. **O Estabelecimento Virtual e o Endereço Eletrônico**. São Paulo: Tribuna do Direito, 1999.

DINIZ, Ma. Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Contratos Eletrônicos na Relação de Consumo**, 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/10/02/1002/>> . Acesso em: 16 jun. 2018.

KARLAPALEM, Kamalakar; DANI, Ajay R.; KRISHNA, P. Radha. **A Frame Work for Modeling Electronic Contracts**. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2018

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos: Validade Jurídica dos Contratos Via Internet**. São Paulo: Atlas, 2007.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**: Um Estudo dos Negócios Jurídicos de Consumo no Comércio Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima.; BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização do direito das obrigações brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

_____. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 299.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira. A Tutela Legal do Consumidor. **InVerbis**, Rio de Janeiro - nov. dez, 1997.

MELO, Lília Maranhão Leite Ferreira de; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **As Relações de Consumo Eletrônicas e a Proteção do Consumidor Virtual sob o Prisma do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f87e955fd6b89f89>>. Acesso em: 25 jun. 2018

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

_____. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

NEGRÃO, Sônia Regina Guimarães e GESSE, Angélica Bezerra Manzano. **Alguns aspectos de incidência da boa-fé sob a perspectiva do novo Código Civil**. Monografia de Pós-Graduação. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mario S. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3.

REIS, João Emilio de Assis. Boa-fé objetiva: Historicidade e contornos atuais no direito contratual. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8281>. Acesso em: 20 mai. 2018.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma abordagem sobre a confiança e a boa-fé**. São Paulo: Ícone, 2010.

SILVA NETO, Abdo Dias da. Contratos eletrônicos e a aplicação da legislação moderna. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?%20n_link=revista_artigos_leitu%20ra&artigo_id=5365>. Acesso em 20 jun. 2018.

SILVEIRA, Alípio. **A Boa-fé no Direito Civil**. São Paulo: Forense, 1972, v. 1.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva - O Princípio da Boa-Fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Código do Consumidor Comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2000.

SOLYON, Cláudia V. K. **O Comércio Eletrônico no Brasil e seu Enquadramento no Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, v. 2, 2005.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Princípios gerais da defesa do consumidor. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, II, n. 4, 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2113>. Acesso em 13 jun 2018.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**: Aspectos doutrinários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WARKENTIN, Merrill. Business to Business Electronic Commerce: Challenges and Solutions. Hershey: **Idea Group Publishing**, 2002.

WIERZCHÓN, Silvana Aparecida; OLIVEIRA, Edenilson Carlos de; DAYEH, Munir Abel K. D.; FIGUEIRA, Gomer; GOTTEL, Eliana. Princípios gerais da defesa do consumidor e direitos básicos do consumidor. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2702>. Acesso em 20 jun 2018.