

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

**CONTRATO ELETRÔNICO, ASSINATURA E CERTIFICAÇÃO
DIGITAIS: da interpretação dos princípios dos contratos na atualidade aos
pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade**

Roberto Henrique Pôrto Nogueira

Belo Horizonte

2008

Roberto Henrique Pôrto Nogueira

**CONTRATO ELETRÔNICO, ASSINATURA E CERTIFICAÇÃO
DIGITAIS: da interpretação dos princípios dos contratos na atualidade aos
pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na linha de pesquisa com a temática *Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito*, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães.

Belo Horizonte

2008

Roberto Henrique Pôrto Nogueira

CONTRATO ELETRÔNICO, ASSINATURA E CERTIFICAÇÃO DIGITAIS: da interpretação dos princípios dos contratos na atualidade aos pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na linha de pesquisa com a temática *Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito*, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Belo Horizonte, 2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

Dissertação defendida em __/__/2008, aprovada com nota _____ pela banca examinadora composta pelos seguintes senhores (as):

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães (orientador)

Prof. Dr(a).

Prof. Dr(a).

Suplente: Prof. Dr(a).

suplente

Dedico todo o esforço de elaboração aos grandes incentivadores da empreitada, e àqueles que opinaram e contribuíram para a definição de caminhos que, antes de percorridos, pareciam bem mais confusos do que realmente o são.

Agradeço a todos os que disponibilizaram seus apoios durante o processo de elaboração desse trabalho, especialmente a meus pais, Lúcia e Alberto, Du, Isa, Maysa, vó Morena, Natália, Elizete, Hebert, Sávio, Marina. Obrigado pelo carinho.

Agradeço aos amigos Geraldo Magalhães, Alexandra Clara Ferreira Faria e Michael César Silva, que se mantêm presentes, sempre.

Agradeço ao professor Rodrigo Magalhães, que acompanhou o trabalho de perto, com discussões e leituras detalhadas do conteúdo, reservando tempo de suas férias para reuniões que foram de suma importância ao resultado do trabalho.

Agradeço, ainda, de forma especial, aos professores César Fiuza e Maria de Fátima Freire de Sá, que contribuíram com discussões, opiniões, ensinamentos e amizade.

RESUMO

Este trabalho visa a apresentar o modo como a certificação e assinatura digitais no Brasil influenciam o contrato eletrônico, de modo a buscar soluções no Direito dos Contratos na atualidade, com ênfase em seus princípios informadores próprios e em sua interpretação, principalmente para superar as aparentes contradições ou entraves evolutivos jurídicos, em razão da tecnologia em apreço. Desse modo, o trabalho, além de abordar os tradicionais pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade dos contratos, propõe a identificação de novos requisitos de validade, específicos do contrato eletrônico, bem como deflagra o interesse social em sua realização, dada a pretensão do Estado em promover um ambiente favorável e estrutura jurídica direcionada a seu acontecimento.

Palavras-chave: certificação digital; assinatura digital; contrato eletrônico; princípios e interpretação; novos requisitos de validade; Direito dos Contratos.

ABSTRACT

This work aims to present the way as the digital certificate services and digital signature in Brazil influences the electronic contract, in order to search for solutions in the Law Contract Subject of this present time, focused on in its own informative principles and in its interpretation, mainly to overcome the apparent contradictions or progressive legal obstacles, which happen due to the technology in analysis. In this way, the work, besides approaching the traditional previous conditions of formation, essential elements and requirements of existence and enforceability of contracts, considers the identification of new requirements of enforceability, specific of the electronic contract, as well as it makes evident the social interest in this sort of contract, given the claim of the State to provide a favorable environment and appropriated legal structure target to that.

Key-words: digital certificate services; digital signature; electronic contract; principles and interpretation; new requirements of enforceability; law contract subject.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	- Antes de cristo
AC	- Autoridade certificadora
Ag.	- Agravo
Ampl.	- Ampliada
Ap.	- Apelação
AR	- Autoridade de registro
ARPA	- <i>Advanced Research Projects Agency</i>
Art.	- Artigo
Arts.	- Artigos
Aum.	- Aumentada
CC	- Código Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CE	- Comunidade Européia
CG	- Comitê Gestor
CNPJ	- Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas
Coord.	- Coordenação
CPC	- Código de Processo Civil
CR	- Constituição da República
d.C.	- Depois de Cristo
Dec.	- Decreto
Des.	- Desembargador
Ed.	- Edição
EDI	- <i>Electronic Data Interchange</i>
EUA	- Estados Unidos da América
HD	- <i>Hard Disc</i>
ICP	- Infra-estrutura de chaves públicas
ICP-Brasil	- Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil
IEC	- <i>International Electrotechnical Commission</i>
In	- Parte da obra
ISO	- <i>International Organization for Standardization.</i>
ITI	- Instituto Nacional de Tecnologia da Informação

ITU	- <i>Institute of Telecommunication Union</i>
LRC	- Lista de Revogação de Certificados
MPV.	- Medida Provisória
N.º	- Número
OECD	- <i>Organization for Economic Cooperation and Development</i>
ONU	- Organizações das Nações Unidas
Org.	- Organização
P.	- Página
PC	- Política de Certificação
PGP	- <i>Pretty Good Privacy</i>
Pub.	- Publicado
Rel.	- Relator
Rev.	- Revista
Sem.	- Semestre
SHA	- <i>Security Hash Algorithm</i>
T.	- Turma
TJMG	- Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	- Tribunal de Justiça de São Paulo
Trad.	- Tradução
UFRGS	- Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UNCITRAL	- <i>The United Nations Commission on International Trade Law</i> - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
V.	- Volume
VV.	- Voto vencido
www.	- <i>World Wide Web</i>

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	A TENSÃO ENTRE OS SISTEMAS SOCIAIS DA TECNOLOGIA E DO DIREITO	16
2.1.	Considerações acerca da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann	18
2.2.	O paradoxo entre Direito e Tecnologia à luz da Teoria dos Sistemas	21
3.	OS PRINCÍPIOS NO DIREITO DOS CONTRATOS	24
3.1.	Considerações iniciais	24
3.2.	A comunidade personificada e os princípios	26
3.3.	Como a teoria de Dworkin afeta a idéia clássica de Direito Privado.....	30
3.4.	O panorama jurídico privatístico atual da comunidade personificada (características da consciência comunitária e a gênese dos princípios).....	32
3.5.	Alguns princípios do Direito Contratual	39
3.5.1.	<i>Linhas introdutórias</i>	<i>39</i>
3.5.2.	<i>Contratante: do indivíduo à pessoa – princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>43</i>
3.5.3.	<i>Da liberdade para a expressão da vontade juridicamente reconhecida: da autonomia da vontade à autonomia privada – princípio da autonomia privada</i>	<i>49</i>
3.5.4.	<i>Contrato: do contrato estático ao contrato dinâmico – princípio da boa-fé objetiva</i>	<i>56</i>
3.5.5.	<i>Da posição relacional dos contratantes: da igualdade formal à igualdade substancial – princípio da justiça contratual.....</i>	<i>64</i>
3.5.6.	<i>Do objeto contratual: do liberalismo clássico ao dirigismo contratual determinante do objeto jurídico-funcional – princípio da promoção da função social do contrato</i>	<i>73</i>
3.6.	As aparentes contradições entre princípios no Direito dos Contratos	80
3.7.	A proposta hermenêutica de superação das aparentes contradições entre princípios	82
4.	PRESSUPOSTOS, ELEMENTOS E REQUISITOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE DOS CONTRATOS	88
4.1.	Do fato jurídico ao contrato	89
4.2.	Raízes históricas e noções conceituais.....	95
4.3.	Distinção entre pressupostos, elementos e requisitos	99
4.4.	A opção terminológica.....	103
4.5.	O sujeito, a parte, a capacidade e a legitimidade	104
4.6.	O consentimento. Importância da vontade e da declaração para o Direito dos Contratos	108
4.7.	O objeto e sua idoneidade	113
4.8.	A forma e forma prescrita ou não defesa em lei.....	117
4.9.	A causa e os motivos determinantes do vínculo	118
5.	A ASSINATURA E CERTIFICAÇÃO DIGITAIS: REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO ELETRÔNICO E O PROJETO JURÍDICO PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE.....	123

5.1.	Os desafios do meio eletrônico à teoria geral do Direito dos Contratos.....	123
5.2.	Novos modelos: criptografia, assinatura e certificação digitais.....	131
5.2.1.	<i>Criptografia</i>	131
5.2.2.	<i>Criptografia simétrica</i>	133
5.2.3.	<i>Criptografia assimétrica</i>	134
5.2.4.	<i>Assinatura eletrônica</i>	137
5.2.5.	<i>Assinatura digital</i>	138
5.2.6.	<i>Certificação digital</i>	141
5.3.	Novos requisitos de validade do contrato eletrônico.....	144
5.3.1.	<i>A determinabilidade do sujeito</i>	144
5.3.2.	<i>A integridade da declaração de vontade</i>	149
5.3.3.	<i>O não-repúdio da declaração de vontade para a idoneidade do consentimento</i>	150
5.4.	A infra-estrutura nacional oficial de chaves públicas e o projeto jurídico de interesse social	153
5.4.1.	<i>O estabelecimento de um modelo hierárquico de certificação digital</i>	153
5.4.2.	<i>A busca pela interoperabilidade tecnológica para o acontecimento do contrato eletrônico</i>	158
5.5.	A arquitetura da legislação nacional para o panorama da aceitabilidade jurídica da declaração de vontade em meio eletrônico: neutralidade tecnológica e equivalência funcional	161
5.6.	Breves notícias de Direito Comparado	172
6.	CONCLUSÃO	180
	REFERÊNCIAS	185
	ANEXO – Medida Provisória n.º2.200-2, de 24 de agosto de 2001	195

1. INTRODUÇÃO

É tempo de despersonalização das relações jurídicas contratuais, ocorridas através de meios eletrônicos. A desmaterialização do ambiente pode comprometer a idoneidade do consentimento e prejudicar a integridade da declaração de vontade de atores relacionais, que devem ser identificados. Até mesmo a intercompreensão, premissa das relações sociais, sofre a crise da pluralidade das linguagens e equipamentos de expressão da comunicação. Urge saber se o Direito Contratual nacional está pronto para reger o contrato eletrônico.

O tema é amplo. Necessita de contornos firmes para que possa ser devidamente explorado. Em verdade, o atual paradigma tecnológico, que pode ser sumariamente definido como o estabelecimento de novos modelos tecnológicos disponibilizados para o sistema do Direito, impõe releituras, não somente ao Direito Contratual, mas também, a outras seções do Direito, tais como o Direito de Propriedade Intelectual, questões de Direito Internacional Privado.

O contrato eletrônico - entendido como todo aquele em que são empregados meios eletrônicos, em especial a internet, para a consecução de relações jurídicas contratuais - provoca o desenvolvimento de instrumentos tecnológicos específicos à garantia de sua existência e validade. Assim, são introduzidos, na atualidade, elementos que permanecem alheios à percepção jurídica, tais como a criptografia, certificação e assinatura digitais, para a promoção da segurança nas relações jurídicas dessa sorte.

Interessa ao estudo, o enfrentamento do problema da atual roupagem dos pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade do contrato eletrônico, bem como a identificação, na arquitetura do Direito Contratual, da possibilidade de encontrar garantias aos contratantes. Aqui, situa-se o objetivo central da dissertação.

Defronta-se, então, com problema da redefinição dos pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade do contrato eletrônico. Afinal, é indispensável a determinabilidade do sujeito da relação para que, somente após, seja possível a verificação de sua capacidade. A vontade, antes de ter estudada sua idoneidade, deve permanecer íntegra. O conteúdo da declaração de vontade não pode pender de reconhecimento jurídico, ou seja, deve ser assegurado pelo Direito o não-repúdio da declaração de vontade. A forma livre para a contratação, que é regra, não pode ser confundida com a ausência absoluta de forma. E os princípios informadores específicos, enquanto normas de conteúdo dúplice, interpretativo e dogmático, devem contribuir para assegurar o ambiente possível, além de seguro, para as

relações jurídicas contratuais. É almejada a integração desses aspectos, assim considerados em sentido lato, à teoria geral do Direito dos Contratos.

As variáveis dependentes são as implicações do paradigma tecnológico ao Direito Contratual. Mesmo porque, a clareza de tais implicações depende do desenvolvimento dissertativo do problema. São variáveis independentes: as posições doutrinárias e disposições normativas, pertinentes à teorização atual dos contratos.

A hipótese é de que o atual Direito Contratual, aliado às ferramentas tecnológicas disponíveis, é capaz de superar os paradoxos apresentados. Defende-se, de início, que o contrato eletrônico deve, antes, existir e ser válido, sob pena de as discussões periféricas restarem inócuas.

A celeuma é instigante e complexa. Traz consigo o imperativo metodológico da limitação temática para fins de persecução do objetivo.

Há outros desafios ao regime jurídico do contrato eletrônico, a saber, o da possibilidade de se determinar o local da contratação, local de pagamento, foro competente para dirimir controvérsias advindas da relação contratual, forma e legislação aplicáveis às relações contratuais extraterritoriais, publicidade das ofertas realizadas pela internet, a formação e utilização das bases de dados. Entretanto, não é esse o foco da pesquisa.

A relevância do estudo para o campo do Direito do Consumidor também impõe desafios, na medida em que as relações consumeristas sofrem desterritorialização, além de majoração em seu volume, quando do acesso da sociedade ao meio eletrônico de contratação. Porém, no intuito de abordar o contrato eletrônico, na seara exclusiva da teoria do Direito dos Contratos, é de se preferir não sofrer influência de regimes jurídicos especiais, que acabariam por limitar a aplicação das conclusões obtidas. Esses pontos mantêm-se alheios à proposta de estudo.

Do mesmo modo, é imperioso deixar de lado a abordagem do Direito Internacional Privado, sob pena de não ser possível o teste da hipótese do presente trabalho. Isso porque a hipótese busca delinear o atual estado do Direito pátrio no que respeita aos desafios impostos ao Direito Privado, pelo contrato eletrônico.

Cumprido, ainda, afastar dos objetivos o tratamento dos efeitos dos contratos, mormente do contrato eletrônico, visto que a ocupação central será a de sua conclusão eficiente, de modo que possa produzir efeitos em amplitude. Tais efeitos podem ser, eventualmente, objeto de extensão da pesquisa presente.

O contrato eletrônico, levando em consideração as implicações decorrentes da assinatura e certificação digitais, demanda o delineamento de seu plano de existência e

validade, aplicação dos princípios do Direito Contratual, além de apresentar exigências hermenêuticas, pragmáticas e dogmáticas. É exatamente este o recorte investigativo.

Este estudo justifica-se diante da constatação da necessidade de abordar, no âmbito da teoria geral do Direito dos Contratos, as implicações do paradigma tecnológico. Contribuirá, portanto, para a sistematização das informações sobre o assunto, vez que visa a organizar, sistematicamente, as fontes de direito, existentes sobre a temática evidenciada no problema.

Certamente, dado o caráter de atualidade da questão, a reflexão acerca do mesmo é de grande valia. Em verdade, a realidade da via eletrônica de contratação é tema de extrema expressividade sócio-econômica e jurídica. Perceber o formato dado ao contrato eletrônico pelos instrumentos de segurança apontados garante ao Direito dos Contratos alguma coerência, para evitar a sua funcionalização pelo sistema social da Economia e da Tecnologia.

Não obstante a importância crescente da temática, sua abordagem jurídica não tem sido adequada, vez que formulada, principalmente, a partir das fontes de Direito Comparado e de esparsas normas de direito positivo, que tomam como base a teorização do fato jurídico, elaborada antes do surgimento do problema em questão.

A hipótese é construída e testada a partir do referencial legislativo do Código Civil (BRASIL, 2002), da Constituição da República (BRASIL, 1988), bem como as leituras realizadas da atual contratualidade, pela doutrina.

A abordagem dos princípios do Direito Contratual terá como marco a idéia da comunidade principiologia aberta do Direito Privado, que será delineada a partir da concepção interpretativa da integridade do Direito, preconizada por Ronald Dworkin (2003).

Tais referenciais serão expostos, não contrapostos. São pressupostos na persecução investigativa.

A vertente teórico-metodológica adotada é a jurídico-teórica, pois será buscado reconstruir aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários do tema proposto. Todavia, haverá adoção, em menor escala, da vertente jurídico-sociológica, uma vez que serão utilizados os elementos internos do ordenamento jurídico como parte de um ambiente social mais amplo, no sentido de evidenciar a relevância do enfrentamento dos problemas de existência e validade do contrato eletrônico, bem como da existência do ambiente eletrônico viável de contratação.

Considerando que a dissertação analisa a evolução de instituto jurídico específico pela compatibilização espaço/tempo, o breve histórico da teoria do Direito dos Contratos é necessário, pois a apreciação sistemática do tema impescinde de tal abordagem. Entretanto, a investigação jurídico-comparativa é útil, embora em menor dimensão, para comparar os

diferentes momentos dessa teorização diante do contrato eletrônico, no ordenamento jurídico pátrio.

A operacionalização do trabalho proposto acontece, essencialmente, por meio de procedimentos de coleta de dados em fonte bibliográfica e documental, para levantar as definições normativas e doutrinárias, que denotam o posicionamento dos instrumentos tecnológicos específicos, no contexto da teoria do Direito dos Contratos.

A atitude interpretativa construtiva viabiliza o alcance ao objetivo do trabalho, na medida em que demonstra de que forma a comunidade de princípios, prevalente sobre a rigidez semântica tradicional do regime jurídico dos contratos, não somente autoriza, mas também, determina a integração paradigma tecnológico à teoria em enfoque.

O desenvolvimento da pesquisa científica é realizado em fases, dedicadas tanto à construção do suporte teórico, que serve de referencial, quanto às discussões, que conduzirão às conclusões.

A primeira fase trata da tensão entre os sistemas sociais da Tecnologia e do Direito. A pretensão é de que sejam tracejados limites de desenvolvimento da dissertação, com fundamento na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (2002), por meio da busca da coerência jurídica na persecução da verificação da hipótese estabelecida ao problema. Nesta oportunidade, merecem destaque: a identificação do paradoxo entre Direito e Tecnologia, a sumária exposição da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, bem como, à luz dessa teoria, a análise da aludida tensão.

A segunda fase delinea os princípios fundantes do Direito Contratual, desde a gênese de tais princípios, evolução, conteúdo deôntico, até os casos das aparentes contradições entre si. Afinal, tais princípios são pertinentes ao contrato eletrônico.

A terceira fase traceja aspectos fundamentais da teoria do Direito dos Contratos, para evidenciar a distinção terminológica entre os pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade, além de apontar aqueles que são usualmente reconhecidos pela doutrina.

A quarta fase, que apresenta o ápice discursivo da dissertação, analisa as implicações da socialização do meio eletrônico de contratação, visando à efetividade do contrato eletrônico, esta entendida como sua conclusão eficiente. Nessa passagem, tem lugar o enfoque das inferências do paradigma tecnológico quando de sua interação com Direito dos Contratos. Analisa, ainda, a dimensão dos princípios deste ramo do Direito, para averiguar se seu conteúdo deôntico favorece a garantia de um meio eletrônico que possibilite a existência do contrato. Daí a relação com assinatura e certificação digitais.

A verificabilidade ocorrerá por meio de pesquisa objetiva do tratamento dispensado a tais fases, pelas fontes de Direito, de modo a assegurar a fundamentação das conclusões obtidas.

2. A TENSÃO ENTRE OS SISTEMAS SOCIAIS DA TECNOLOGIA E DO DIREITO

A problemática de tratamento pretendido invoca pontos diversos da Tecnologia e do Direito.

De um lado, uma teoria bem definida do Direito Contratual. Fundada em bases supostamente sólidas, com raízes que remontam à sistematização legal do Código Civil anterior (BRASIL, 1916), pouca coisa mudou no entendimento doutrinário, jurisprudencial e regime legal quanto aos pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade do contrato. As alterações havidas não possuem natureza estrutural. São marginais, especialmente no campo da validade, sendo a existência, pouco debatida. Como será visto, a despeito da crise sofrida pelo negócio jurídico e, em especial, pelo contrato, restou imposta uma releitura dos princípios fundantes da aludida teoria.

Por outro lado, a evolução da tecnologia informática estabeleceu, socialmente, o que aqui é entendido por paradigma tecnológico, formado pela inserção de parâmetros e formas contratuais tipicamente virtuais, por meio de instrumentos tecnológicos não previstos pelo Direito, tais como a tecnologia criptográfica, a assinatura e certificação digitais, a idéia de interoperabilidade ou viabilização de interação entre interfaces, todos com tratamento posterior, em passagem destinada especialmente a este fim, na presente dissertação.

A interação entre o paradigma tecnológico e o Direito impulsiona fenômenos de nomogênese e juridicização. O fato natural, de cunho tecnológico, depende de juridicização para passar a integrar o universo dos fatos jurídicos.

O Direito, na lição de Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 8), valora os fatos e, através de normas jurídicas, erige à categoria de fatos jurídicos aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano.

Por fenômeno da nomogênese¹, entende-se que a relevância de determinados eventos no mundo jurídico provoca sua normatização, ou seja, a gênese da norma, que, num segundo momento, poderá incidir sobre fato específico, para torná-lo jurídico.

¹ Taisa Maria Macena de Lima (1999, p. 236-237) assim entende a nomogênese: “A passagem do meramente factual para o jurídico dá-se com a nomogênese, partindo-se da constatação de que determinado fato natural ou ato humano, por sua repercussão, na comunidade, deve ser coibido, incentivado ou, simplesmente, autorizado. Feita tal avaliação, são elaboradas normas (jurídicas), cuja estrutura comporta a descrição de um fato (hipótese legal, hipótese de incidência, suporte fático *tabestant* etc.) e as conseqüências desencadeadas com a verificação do fato previsto. Nem sempre o direito recebe o dado factual como ele se apresenta. A hipótese de incidência pode ser cópia de fatos observados no mundo social ou um modelo instaurado exatamente para dar outra configuração ao fato”.

Desse modo, os anseios e impulsos dos demais sistemas sociais seriam os responsáveis por desenvolver no Direito a necessidade de verificação da relevância de fatos naturais ou sociais, para transformá-los em fatos jurídicos e, então, fazer surgir a normatização do fato respectivo.

Por fenômeno da juridicização, tem-se a própria incidência da norma sobre um fato do mundo, o que, efetivamente, torna-o fato jurídico. Taisa Maria Macena de Lima, de forma precisa e concisa, explica o fenômeno da juridicização:

O fenômeno da juridicização é lógica e cronologicamente posterior ao da nomogênese. Juridicizar significa tornar jurídico, implicando, assim, a entrada de certo evento (fato natural ou conduta do ser humano) no mundo jurídico. O evento somente entra no mundo jurídico quando preexiste norma que o discipline. A juridicização implica a existência do fato no mundo jurídico, ainda que esse implique violação de norma positivada. (LIMA, 1999, p. 237).

Todavia, normalmente os fenômenos de nomogênese e juridicização são insuficientes e tardios em relação ao surgimento dos problemas que envolvem esses dois sistemas sociais. Assim, o Direito, enquanto sistema social íntegro e funcionalmente independente, corre o risco de se enfraquecer, caso tenha seus problemas jurídicos e, portanto, internos, solucionados pelo sistema social da Tecnologia.

É exatamente neste sentido que se posiciona o presente capítulo. Não há como desconsiderar as ferramentas tecnológicas disponibilizadas ao Direito, pelo sistema da Tecnologia, para fins de superação de problemas criados pelo próprio desenvolvimento tecnológico. O problema jurídico da despersonalização das relações contratuais ocorridas em meio eletrônico, da desmaterialização do ambiente de contratação, do comprometimento da idoneidade do consentimento, da fragilidade do conteúdo volitivo da declaração e da incompreensão entre os contratantes em razão da diversidade das linguagens e equipamentos de expressão da comunicação, dentre outros, devem ser regidos pelo Direito.

O meio eletrônico de formação de relações jurídicas contratuais promove o desenvolvimento de instrumentos tecnológicos voltados a assegurar a existência e validade do contrato.

A Tecnologia é propulsora dos dilemas apontados, ao mesmo tempo em que é a única capaz de fornecer ferramentas propícias a superar, no mundo dos fatos, tais celeumas.

Porém, o Direito deve recepcionar esses instrumentos, sob pena de ter a Tecnologia, por meio de seus operadores, à frente das soluções das controvérsias jurídicas tecnológicas. Os novos paradigmas da teoria do Direito dos Contratos devem ser percebidos pelo Direito de

forma coerente, a partir de atividade reprodutiva consistente, que considere a rede recursiva anterior de seus próprios elementos constitutivos.

A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (2002) é adotada como referencial no enfrentamento deste problema, qual seja, da tensão entre os sistemas do Direito e da Tecnologia.

2.1. Considerações acerca da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann

A Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann (2002), nasce da necessidade de se construir uma teoria capaz de acompanhar e explicar a sociedade atual, de complexidade extrema. Para tanto, é necessária uma teoria de compatível complexidade, para decompor tais complexidades sociais, reduzindo-as².

Conforme a Teoria, complexidade corresponde ao grande número de possibilidades de operação sistêmica. Cabe aos sistemas sociais a tarefa de processar e permitir a redução de tais complexidades. Assim, a cada função desempenhada de forma particular corresponde um sistema. Clarissa Eckert Baeta Neves (1997, p. 12) expõe que: “Os sistemas sociais para Luhmann têm a função de captar e reduzir a complexidade do mundo. Pela formação de sistemas sociais, ocorre uma seleção de possibilidades, com exclusão de outras, permanecendo as excluídas ainda como oportunidades”.

Para que um sistema possa funcionar, deve, antes de tudo, ser sistema. Esse passa a existir quando se diferencia do ambiente por meio de um código comunicativo próprio. Ao Direito cabe dizer o que é direito ou não, assim como cabe à Política operar com o código da conveniência. O sistema social e seus subsistemas distinguem-se dos demais (sistemas vivos ou psíquicos) por constituírem-se de comunicações que, para a Teoria, resumem-se em um processo de seleção que sintetiza informação, comunicação e compreensão.

² Para a redução da complexidade, ou seja, para a funcionalidade, Clarissa Eckert Baeta Neves (1997, p. 13) identifica duas estratégias cruciais, que se referem à “transposição de problemas” e à “dupla seletividade”. Por meio da primeira estratégia, é possível transformar um problema do ambiente em problema do sistema. Dessarte, o problema torna-se solúvel, dentro das possibilidades selecionadas por aquele sistema, ou seja, sua complexidade o faz capaz de decompor e solucionar o problema. A “dupla seletividade”, por sua vez, é a seleção progressiva das possibilidades do mundo. Assim, assimilam-se possibilidades externas aumentando a complexidade interna. A partir de então, cabe ao sistema reduzir sua própria complexidade, ordenando tais possibilidades em forma de um código, com o qual se faz possível operar em situações concretas, visando sempre à funcionalidade.

A seleção, por meio do código próprio de cada sistema, é o que define os limites desse sistema, diferenciando-o do ambiente. As possibilidades não selecionadas são excluídas, e o sistema somente existe como efeito da determinação do que é interno e externo. O sistema só pode ser visualizado em contraposição a um ambiente. Se impossível a identificação do ambiente, inexistente sistema. Portanto, Luhmann considera o ambiente indispensável à existência do sistema.

Em privilégio do funcionamento, os sistemas de Luhmann possuem estrutura funcional - estrutural, o que permite a problematização da própria estrutura. Significa que a funcionalidade aos fins propostos é que determina a estrutura do sistema.

A diferenciação, por meio da seleção de possibilidades, não se dá de qualquer maneira. Há um limite, uma fronteira que é responsável pela reiteração de ações, permitindo estabilidade ao sistema: a auto-referência. A seleção de possibilidades desvinculada da referência interna significa fragilidade do sistema e incapacidade de auto-reprodução (NOGUEIRA, 2007, p. 56).

Luhmann atribui aos sistemas sociais características relevantes ao entendimento da Teoria. Portanto, os sistemas sociais são autopoieticos, auto-referentes, operacionalmente fechados, abertos à cognição, suscetíveis de irritação externa (NEVES; SAMIOS, 1997, p. 52-55).

O sistema autopoietico³ é o sistema capaz de produzir a si mesmo a partir de seus próprios elementos constitutivos.

A auto-referência do sistema garante sua identidade e coerência. A evolução não prescinde dos elementos pré-existentes, das possibilidades já selecionadas.

O fechamento operacional é, também, outra condição de existência e funcionamento do sistema. Ao ordenar as possibilidades selecionadas, cria-se um código próprio, único, privativo daquele sistema, com o qual deve operar. O código interno presta-se a determinar a compatibilidade da produção evolutiva (autopoiese). Assim, utilizar-se de código externo (de qualquer outro sistema) implica transgressão de limites, desorganização e enfraquecimento do sistema, o que compromete sua consistência e o confunde com o ambiente. Dessa feita,

³ A lição de Raffaele De Giorgi (1995, p. 44), sobre a autopoiese auto-referente do sistema do Direito, merece transcrição: "O direito reage à complexidade do sistema político com a reprodução de sua diferença, isto é, mantendo alto o limite de sua indiferença. O sistema vincula-se a si mesmo, transformando-se, assim, em uma máquina histórica, cujas operações se ativam sempre a partir do estado no qual o sistema se auto-colocou. Isso significa que o direito entra sempre em contato consigo mesmo e só se referente a si próprio. A sua indeterminação e a sua instabilidade são, portanto, auto-reproduzidas: em outros termos, a realidade construída pelo direito é a realidade de suas operações".

coloca-se em risco a capacidade de o sistema operar a partir de si próprio, ou seja, firmemente. Lúcio Antônio Chamon Júnior explica:

Mas não basta a referência à função para que distingamos o Direito para Luhmann, dos demais sistemas sociais. Na medida em que a sociedade é o sistema onicompreensivo das comunicações, também a Economia e a Religião, por exemplo, operam em si mesmas comunicativamente – o Direito, em sendo um sistema social, há que ser interpretado como aquele que tem suas operações orientadas ao código licitude/ilicitude. Somente assim, o Direito seria capaz de se distinguir de seu ambiente: enquanto dotado de uma função e código próprios. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 53).

Apesar do pressuposto do fechamento operacional, a abertura cognitiva é identificada como instrumento viabilizador do aperfeiçoamento do sistema. O fechamento operacional do sistema, preconizado pelo autor da Teoria, não significa que o sistema seja cego às aspirações sociais ou que o mesmo seja isolado, incapaz de perceber as circunstâncias existentes a seu redor. Ao contrário, é exatamente o fechamento operacional que permite a auto-observação, sendo que a abertura cognitiva somente é possível em decorrência da diferenciação.

Para Luhmann (1994, p. 30), “o conceito de autonomia refere-se, mais apropriadamente, ao fechamento operacional do sistema como condição para sua abertura”⁴. Nesse sentido, vale ponderar:

Luhmann provoca conclusões desconcertantes acerca dessas descobertas para a teoria do conhecimento. Elas indicam o elo que faltava para compreender o funcionamento dos sistemas, através do paradoxo do fechamento operacional como condição da abertura dos sistemas cognitivos. Ou seja, como diz o autor, o conhecimento não é um tipo de imagem do ambiente no sistema, mas a formação de construções próprias, de complexidade própria que não pode ser estruturada e menos ainda determinada, mas apenas irritada, pelo ambiente. Logo, ser aberto fundamenta-se em ser fechado. (NEVES; SAMIOS, 1997, p. 23).

Cumprido esclarecer a noção de irritação⁵, que, para a Teoria, é a capacidade de reação a situações ou eventos gerados por fatores externos. Luhmann (2002) esclarece que irritação não significa o abandono, em caso algum, da auto-referência para a autopoiese. O ambiente não contribui para qualquer operação de reprodução do sistema, mas, tão-somente, é pressuposto para tal.

⁴ El concepto de autonomía refiere, más bien, a la clausura operativa del sistema como condición para su apertura.

⁵ Irritação não se confunde com corrupção. Essa promove a seleção de possibilidades por um sistema, jamais a imposição de operatividade através de código externo. Portanto, sempre que o sistema do Direito opera com código externo, verifica-se a corrupção do sistema.

Não é pregado que o sistema deva ser fechado à sua própria evolução. A evolução do sistema ocorre, pois, graças à abertura cognitiva e aos acoplamentos estruturais⁶ entre sistemas distintos. Os elementos produzidos incoerentemente com a auto-referência são ilegítimos, impassíveis de subsistirem.

Tendo em vista o paradigma do Estado Democrático de Direito, assim reconhecido pela Constituição da República (BRASIL, 1988), tem-se que o sistema do Direito deve operar fechado ao ambiente, pois a ruptura de seus limites compromete a diferenciação sistêmica (corrupção de sistemas) e arrisca as estruturas democráticas e jurídicas do próprio Estado. A afirmação/diferenciação do Direito, que é sistema pressuposto pelo Estado Democrático, traz consigo o crescimento da democratização política e equilíbrio social, constitucionalmente almejados. Ademais, conforme explicitado, o fechamento operacional é condição à abertura cognitiva do sistema.

2.2. O paradoxo entre Direito e Tecnologia à luz da Teoria dos Sistemas

Conforme explicitado, a tecnologia informática ganha, crescentemente, espaço na sociedade, passando a condicionar os meios de contratação, para interferir nos contornos da teoria do Direito Contratual, no que respeita ao contrato eletrônico.

Diante dos desafios insurgidos com o advento do paradigma tecnológico, a Tecnologia encarregou-se de desenvolver ferramentas direcionadas à prevenção de conflitos ligados à segurança jurídica na contratação eletrônica. Estes conflitos, uma vez ocorridos, não são superados, de imediato, pelo Direito.

O paradoxo existente entre a Tecnologia e o Direito evidencia-se no fato de o Direito ter a função de dirimir as controvérsias trazidas pelo paradigma tecnológico, além de ter que perceber e recepcionar as próprias ferramentas tecnológicas para conseguir resolver conflitos.

A necessidade de delineamento de um regime jurídico satisfatório do contrato eletrônico apresenta-se como ameaça à diferenciação do sistema do Direito, que, em razão das pressões sociais, pode corromper-se diante das interferências de sistemas sociais distintos, especialmente da Tecnologia.

⁶ A Constituição da República (BRASIL, 1988) é exemplo de acoplamento estrutural, vez que apresenta interfaces entre sistemas distintos, no caso, entre a Política, Economia e o Direito, principalmente.

Se cada sistema produz, em sua própria rede de operações, paradoxos passíveis de solução interna ao funcionamento operacionalmente fechado, tal premissa sugere que o Direito pode enfrentar o paradoxo evidenciado pelo contrato eletrônico, a partir de sua própria rede recursiva de elementos (normas internas).

A seleção de possibilidades ou hipóteses para a problemática do contrato eletrônico, assim como delimitada nesse estudo, acontece de maneira impar por cada um dos subsistemas em apreciação. Como exemplo, tem-se que, à luz da Tecnologia, trata-se unicamente da questão de elaboração de novos sistemas informáticos capazes de efetivar os pressupostos contratuais. Entretanto, essa não é a leitura do sistema do Direito. A Teoria dos Sistemas propõe que o Direito seja sistema social autônomo, capaz de decidir, por emprego de seu código binário próprio (o que é jurídico ou não), os impasses evidentes na relatividade do contrato eletrônico.

Assim, o Direito, é o único sistema capaz de definir o que é lícito ou ilícito. E, em face dos crescentes paradoxos apresentados pelo contrato eletrônico, o que é justo (ou lícito ou direito) jamais poderá ser considerado justo pelo sistema em razão de ser tecnologicamente possível, conveniente, sagrado, economicamente viável. Será justo, simplesmente, por não ser injusto. É exatamente nesse aspecto que a Teoria dos Sistemas entende a coerência sistêmica: há coerência na medida em que há fidelidade na utilização do código interno⁷.

Se a diferenciação entre sistema e seu ambiente social é crucial para a operatividade do Direito, a coerência da abordagem jurídica do paradoxo evidenciado pelo contrato eletrônico dependerá da diferenciação entre sistema do Direito e demais sistemas, que apresentam códigos distintos para enfrentar a problemática⁸.

O questionamento que os juristas devem formular ao tentar superar os paradoxos emergentes quando do tratamento do contrato eletrônico é: se os elementos ou critérios utilizados são partes integrantes do código do Direito ou de qualquer outro sistema social.

Partindo da complexidade social apresentada por cada novo caso, caberá ao sistema do Direito, sistema social autônomo, decidir o que é justo ou não. Para tanto, será capaz de decidir o que é justo se desempenhar sua função de forma coerente, operacionalmente

⁷ Para a Teoria dos Sistemas, pressupor o código interno não significa pressupor a concepção interpretativa convencionalista do direito. O código interno não se identifica com direito anteriormente posto. Aquele representa que a linguagem comunicativa do direito é essencial à própria consistência do sistema, que pode, inclusive, produzir novo direito a partir de sua teia auto-referencial.

⁸ Os limites de cada sistema social, determinados a partir de sua funcionalidade, quando ultrajados, enfraquecem o sistema, posto que este somente existe em relação a um ambiente. Acontece a desdiferenciação. Nesse sentido, a lição de Juliana Neuenschwander Magalhães (1996, p. 248): “Quando falamos em condição construtiva paradoxal dos sistemas sociais entendemos, então, que estes sistemas usam sua própria diferença sistema/ambiente para se constituírem como sistema”.

fechada, com abertura cognitiva, respeitando a auto-referência para a realização de sua reprodução, sempre sendo possível a irritação dos demais sistemas.

A despeito de não se objetivar o esgotamento da presente Teoria, a mesma presta-se ao estudo no seguinte tocante: para definir a relevância, ao menos científica, de que as respostas aos problemas centrais dessa dissertação sejam obtidas em atenção à referência ao sistema do Direito. Assim, tão importante quanto a interação, é a manutenção de alguns limites entre a Tecnologia e o Direito.

Desse modo, princípios jurídicos têm relevância na abordagem das conseqüências da evolução tecnológica para o Direito. Se instrumentalizados, os princípios, por motivos ou fins alheios ao Direito, este último perde em consistência.

No entanto, é exatamente no que diz respeito aos princípios gerais do Direito que Luhmann (2002) chega a algumas conclusões que serão abandonadas por este trabalho. As noções de coerência a partir da idéia integridade do Direito (DWORKIN, 2003), que remontam a uma hermenêutica principiológica, parecem superar os pontos cegos da Teoria dos Sistemas⁹.

Cabe explicar. Ao afirmar que práticas sociais somente poderiam ser consideradas como dotadas de forma normativa, quando e na medida em que assumidas na práxis jurisdicional, Luhmann (2002) atribui aos tribunais um papel central na determinação da superação dos paradoxos sistêmicos. Então, assume os princípios como dotados de um caráter não normativo, mas, sobretudo, de caráter criativo. Significa dizer que os tribunais, a partir dos princípios jurídicos, poderiam criar decisões, ou criar os próprios princípios, pondo em xeque a idéia central da Teoria, de que o sistema reproduz-se a partir de referencial interno. Aos tribunais, poderia ser reconhecido papel criativo, para além do Direito (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 54-55).

Então, com a contribuição da Teoria dos Sistemas para evidenciar que a interação entre os sistemas sociais da Tecnologia e do Direito é tão importante quanto a definição de seus limites, surge a proposição de tratamento dos princípios jurídicos na perspectiva de Dworkin (2003).

⁹ A Teoria dos Sistemas não impõe a existência de uma resposta certa pré-existente à complexidade social, tampouco aceita que critérios extrajurídicos sejam empregados. Rejeita, ainda, a concepção interpretativa convencionalista do Direito. Luhmann admite, contudo, que a abertura cognitiva desses sistemas é fundamental à auto-poiese, e, por meio da comunicação, as irritações de um em relação ao outro incitam incorporações de possibilidades, de modo que, a partir dos próprios elementos (inclusive princípios), o sistema é capaz de se auto-produzir para funcionar eficientemente.

3. OS PRINCÍPIOS NO DIREITO DOS CONTRATOS

3.1. Considerações iniciais

É defendida a existência de um novo paradigma: o paradigma tecnológico. Acredita-se que o mesmo é determinante da teoria geral do Direito dos Contratos, impondo-a uma crise em relação a seus paradigmas clássicos, no que respeitam aos pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade.

Entretanto, não seria verídico imputar, com exclusividade, ao paradigma tecnológico, toda a atualização da roupagem dessa teoria. Ademais, os aspectos anteriores às implicações ocasionadas pelo desenvolvimento da tecnologia informática são imprescindíveis para a compreensão das hipóteses levantadas no estudo. Assim, cumpre expor, antes de qualquer coisa, a evolução da teoria do Direito Contratual, que implica a reconstrução de sua textura principiológica. Somente depois, em capítulo dedicado a este fim, serão tratados os aspectos tangentes à existência e validade.

Nessa passagem do trabalho, antes de abordar as transformações mais atuais da teoria geral do Direito dos Contratos, a partir de uma análise principiológica, é necessário definir, para fins de compreensão deste trabalho, qual o entendimento assumido para a conceituação de princípios jurídicos, qual o referencial teórico adotado para tanto, além do modo como ocorre a gênese ou transformação dos princípios, para, somente então, identificá-los no campo do Direito dos Contratos. O encerramento da fase da dissertação ocorre com a apreciação da proposta apresentada no referencial teórico hermenêutico, para a superação, pelo Direito, das aparentes contradições havidas entre seus princípios.

Para que sejam explorados os princípios específicos do Direito Contratual, sob enfoque de uma teoria interpretativa determinada, é preciso apreciar como essa teoria afeta a idéia clássica de Direito Privado.

Propõe-se, portanto, demonstrar que a idéia de Ronald Dworkin (2003), de personificação da comunidade, faz possível a concepção de uma comunidade principiológica plural e aberta no Direito Privado, assim como em seu ramo do Direito dos Contratos, e que sua concepção interpretativa do Direito como integridade é capaz de oferecer uma solução plausível às aparentes contradições entre princípios.

O problema que origina a presente fase da investigação evidencia-se quando os princípios vigentes no Direito Contratual, que, no presente enfoque hermenêutico, formam uma comunidade plural aberta, aparentam antagônicos ou até mesmo incompatíveis entre si.

Não faz parte do objeto do trabalho a diferenciação entre princípios, regras e valores¹⁰, pois outros já o fizeram com propriedade. Em verdade, tal distinção não se desponta no referencial teórico em análise. Para Dworkin (2003), é impossível distinguir, aprioristicamente, regras e princípios, sendo que os valores teriam lugar somente quando do processo de gênese das normas, estejam elas contidas em princípios ou regras. Porém, a abordagem do problema proposto acaba por denotar os contornos da definição de princípios, adotada pelo teórico.

O tema é relevante, pois não basta identificar os princípios centrais do Direito dos Contratos. É necessário solucionar o problema das aparentes contradições internas a tal comunidade principiológica, posta a crise de paradigmas do Direito Privado, que impõe novos delineamentos de princípios clássicos, além de novos princípios, que devem ser interpretados, satisfatoriamente, à garantia de integridade do sistema jurídico.

Para que seja alcançado o objetivo geral proposto, o caminho a ser percorrido iniciar-se-á pelo estudo da comunidade personificada que, para Dworkin (2003), seria a responsável pela determinação da vigência dos princípios. Compreendida tal perspectiva teórica acerca da origem dos princípios no sistema jurídico, passa-se a delinear as feições jurídicas da comunidade personificada na atualidade, especialmente aquelas relacionadas ao ordenamento jurídico aplicável aos contratos, para que seja verossímil a identificação de princípios no contexto desse Direito.

A operacionalização dessa fase acontecerá, essencialmente, por meio de procedimentos de coleta de dados em fonte bibliográfica, para levantar os construtos trazidos pela teorização interpretativa pré-estabelecida. A exemplo de Ronald Dworkin, a pesquisa privilegia o raciocínio dedutivo, para que, a partir das premissas fundadas no decorrer do estudo científico, possam ser alcançadas conclusões consistentes.

¹⁰ Humberto Ávila (2006) é responsável por obra de destaque no contexto dessa diferenciação. O autor faz uma reconstrução da evolução da distinção entre princípios e regras, para, em seguida, evidenciar os vários critérios de dissociação entre os mesmos. Conclui que “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”. A aplicação das regras depende de análise de correspondência entre os fatos e a norma pretensamente aplicável. Os princípios, por sua vez, seriam “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. Os princípios seriam axiologicamente sobrejacentes às regras. (ÁVILA, 2006, p. 167)

3.2. A comunidade personificada e os princípios

Para que seja apresentado o panorama jurídico privatístico atual da comunidade personificada, de onde se evidenciam os princípios que fundamentam a concepção interpretativa preconizada por Ronald Dworkin (2003), é imprescindível o entendimento dessa comunidade, pressuposta pela integridade política.

E se a integridade política supõe a personificação da comunidade, é verdade que sempre que for verificável tal integridade política, será manifesta a existência de determinada comunidade personificada.

Tal personificação é entendida por Dworkin (2003, p. 204) como sendo uma maneira especial de formação de uma entidade, que não se confunde com as pessoas ou cidadãos que a compõem.

Tecidas as explicações, Dworkin (2003, p. 208) consegue identificar a comunidade como um agente moral. Nesse sentido, é capaz de engendrar princípios próprios, passíveis de serem observados ou desconsiderados por essa comunidade, dotada de consciência transcendente aos seus membros, que, reconhecendo-a ou não como convergente com a consciência individual, admitem sua validade e extensão. A comunidade personificada, portanto, também possui seus próprios princípios ou convicções, que não necessariamente coincidem com as de seus membros.

A personificação, assim, visa à atribuição de condutas, intenções e convicções ao ente, sem a tradução redutiva da simples representatividade das individualidades. Utilizando o exemplo da atribuição de responsabilidade ao ente, Dworkin (2003) pontua que os indivíduos não necessariamente participam da cadeia causal para fins de configuração dessa responsabilidade, não aparentando, pois, correto que estes, ainda que indiretamente, sejam responsabilizados. Isso porque eventual erro, provavelmente, não poderá ter sua autoria ligada a alguém específica e isoladamente. Desse modo, é considerável a responsabilidade da instituição corporificada como um todo, o que prescinde da avaliação da conduta, intenção ou convicção de cada indivíduo.

Tal personificação é dotada de evidente caráter intersubjetivo, pois a consciência comunitária, apesar de depender do reconhecimento individual, em nada corresponde à moral privada. O delineamento da comunidade personificada depende, antes, do compartilhamento do mínimo de consenso sobre conceitos centrais em torno dos quais se fundam seus

princípios, em especial das construções comunitárias da justiça política e equidade. Dworkin explica:

Portanto, não podemos explicar as responsabilidades especiais da função política se tentarmos extraí-las diretamente de princípios correntes da moralidade privada. Precisamos de uma idéia que não se encontra ali: a de que a comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com seus membros, e que as autoridades se comportam como agentes da comunidade ao exercerem essa responsabilidade. (DWORKIN, 2003, p. 212).

Para construir a idéia da personificação da comunidade ou do Estado, Dworkin (2003) tenta refutar a perspectiva metafísica.

Assim, há de se questionar qual é o fator de coesão, viabilizador da personificação. Trata-se, esse fator, de um ideal político que teria sido pelo menos almejado pela retórica revolucionária francesa. Aqui, nenhuma síntese seria fiel às palavras de Dworkin (2003, p. 228): “A retórica revolucionária francesa reconheceu um ideal político que ainda não examinamos. Deveríamos procurar nossa defesa da integridade nas imediações da fraternidade, ou, para usar seu nome mais difundido, da comunidade”.

O fator de coesão, a reciprocidade, é coincidente ao fundamento da obrigação comunitária ou associativa. A legitimidade dessa obrigação implica delineamento da comunidade.

A reciprocidade, todavia, é conceito interpretativo (DWORKIN, 2003, p. 240), e é exatamente o compartilhamento, entre determinados membros, da concepção da reciprocidade que define a extensão da obrigação comunitária e, por conseguinte, da própria comunidade.

Se a comunidade personificada pode ser delineada, deve poder agir legitimamente. E, para Dworkin (2003), poderá agir legitimamente se a comunidade for verdadeira, ou seja, se constituir-se comunidade básica.

Vale explicar. A abordagem dworkiniana parte da obrigação política que, se genuína, assegura a autoridade moral do Estado. Porém, diante da afirmação do papel desempenhado pela obrigação política na integridade política da comunidade, uma nova questão impõe-se, qual seja, aquela sobre o fundamento dessa obrigação.

A lição de Dworkin (2003, p. 232) é no sentido de que os instrumentos normativos aprovados pelo legislativo não são o fundamento da obrigação política, porque mesmo aqueles que desrespeitam tais instrumentos normativos validam a legitimidade da coerção oficial e, conseqüentemente, a autoridade moral do Estado.

Dworkin (2003, p. 233-234) também rejeita a idéia de que a legitimidade da autoridade estatal estaria relacionada à idéia de um acordo tácito, firmado entre Estado e membros, pois esse acordo não poderia ser estendido a todos. Refuta, ainda, a visão de John Rawls de que a obrigação política legitimar-se-ia a partir de um dever de apoiar as instituições minimamente justas, pois permaneceria sem explicação a relação entre a obrigação política reconhecida pelos membros e a comunidade específica, a relação entre a variável concepção de justiça de determinada comunidade e a respectiva obrigação.

Por fim, Dworkin (2003) ataca a teoria do jogo limpo, que afirma que os indivíduos de uma comunidade, beneficiados de alguma forma por sua organização política, aceitariam, automaticamente, suas obrigações internas, ainda que jamais tenham buscado tais benefícios. Afinal, o reconhecimento das obrigações não é automático, tampouco é possível a exigibilidade obrigacional em circunstâncias de incoerência de efetivo aumento de bem-estar do indivíduo.

As pessoas não reconhecem obrigações como sendo legítimas em uma comunidade pelo simples fato por pertencerem a ela, pois, ainda assim, por não poderem escolher integrá-la ou não, podem não reconhecer as obrigações comunitárias. Não dependem de laços emocionais, tampouco correspondem a grandes paixões, tais como nacionalismo ou racismo (DWORKIN, 2003, p. 238).

Dessarte, Dworkin (2003, p. 239-241) entende que as obrigações associativas ou comunitárias são legítimas por outras razões: as obrigações são atraídas por uma história de eventos difusos e escolhas imperceptíveis individualmente. Significa que tais obrigações existem no contexto da intersubjetividade, pressupondo, assim, a reciprocidade, essa compreendida como compartilhamento de uma idéia geral e difusa dos direitos e das responsabilidades. Os limites da personificação relacionam-se intimamente com o compartilhamento no reconhecimento das obrigações associativas.

Ao apresentar a idéia de comunidade básica, Dworkin (2003, p. 243) explica que, quando essa se verifica, as obrigações entre seus membros são recíprocas. Para que a mesma ocorra, quatro atitudes específicas devem ser adotadas por seus membros: as responsabilidades devem ser entendidas como especiais, ou seja, como sendo distintas daquelas assumidas por membros alheios ao grupo; as responsabilidades devem ser pessoais, no sentido de admitir a titularidade e as conseqüências inerentes às mesmas; deve haver interesse de cada um pelo bem-estar dos outros membros do grupo; além de que os membros devem pressupor que as práticas do grupo denotam igual interesse por todos os seus membros,

individualmente considerados. Assim, a verdadeira comunidade é, portanto, a comunidade básica.

A existência da comunidade básica é que legitima a autoridade moral do Estado e a obrigação política. Portanto, se, para o teórico, o Direito é associado à possibilidade da justificativa da coerção oficial, e, em especial de seu monopólio por parte da comunidade, deve-se demonstrar qual concepção interpretativa é capaz de justificar o monopólio da coerção oficial. Isso porque a comunidade básica deve engendrar responsabilidades genuínas, e essa última característica está ligada à atitude interpretativa. Assegurada a genuinidade, terá sido demonstrado que a obrigação política é associativa.

Para tanto, são trazidos três modelos de comunidade, que apresentam a postura de seus respectivos membros. O primeiro é modelo da associação como acidente de fato, e seus membros não se interessam uns pelos outros. A consciência de que podem, individualmente e de forma desvinculada, aperfeiçoar a justiça, conduz à subordinação dos interesses alheios, descriteriosamente. O segundo é o modelo de regras, no qual essas regras são concebidas como acordos ou negociações sobre os interesses antagônicos, prescindindo da convicção fraterna da obrigação. O terceiro modelo é o da comunidade de princípios, assim explicado por Dworkin:

O terceiro modelo é o modelo de princípios. Concorda com o modelo das regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal, e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual a pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Os membros de uma comunidade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. (DWORKIN, 2003, p. 254-255).

Desse modo, nesse terceiro modelo, cada um aceita a integridade política, decorrente do fato histórico da adoção de um sistema de princípios. Mesmo numa sociedade moralmente plural, a personificação é possível, porque a especialização e identificação das obrigações acontecem para cada um e para todos os seus membros, que se interessam pelo bem da comunidade e são igualmente considerados por ela.

Conclui-se, pois, que, diante da personificação da verdadeira comunidade, a de princípios, as obrigações políticas são genuínas. Essa comunidade aceita a integridade como concepção interpretativa. Logo, as obrigações, sendo genuínas, impõem o conteúdo deontológico dos princípios, e autorizam a reivindicação da autoridade moral.

Daí a possibilidade de sustentar que os princípios são normas abstraídas das obrigações políticas associativas e, assim, genuínas, impassíveis de pré-determinação de aplicabilidade, havidas no contexto da comunidade básica.

Assim, a idéia de Dworkin, que muito serve ao presente estudo, é seu entendimento acerca dos contornos da feição da comunidade:

A personificação é profunda: consiste em considerar seriamente a companhia como um agente moral. Mas será ainda uma personificação, e não uma descoberta, pois reconhecemos que a comunidade não tem uma existência metafísica independente, que ela própria é uma criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve. (DWORKIN, 2003, p. 208, grifo nosso).

E se a comunidade profundamente personificada depende da atitude interpretativa das práticas sociais e políticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve, é válida a tentativa de esboçar o panorama jurídico privatístico atual da comunidade personificada para, a partir da mesma, identificar alguns de seus princípios, oriundos de sua moralidade política, especialmente voltados ao Direito Contratual.

3.3. Como a teoria de Dworkin afeta a idéia clássica de Direito Privado

O contexto do Estado Democrático de Direito tornou notória a crise de paradigmas que já vinha sendo sofrida pelo Direito Privado, colocando em xeque a concepção clássica de sistema fechado¹¹, de princípios pré-estabelecidos e de limites estáticos.

¹¹ Nessa passagem, surge a preocupação com a possível incompatibilidade entre dois distintos referenciais teóricos adotados. O primeiro, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (2002), foi empregado para defender a idéia proposta de que, a despeito da coexistência dos sistemas do Direito e da Tecnologia, é válida a preservação da identidade e da coerência das operações dos mesmos, por meio de uma reprodução autopoietica e auto-referencial, além de um funcionamento que seja operativamente fechado. Ademais, a Teoria dos Sistemas aceita que um sistema seja influenciado pelos demais, sendo que o entendimento da Teoria dos Sistemas de fechamento operacional (para funcionamento) não impede que o sistema social sofra irritações do ambiente (demais sistemas), tampouco que possa exercer uma abertura cognitiva, possível, exatamente, em razão da diferenciação sistema-ambiente, dada na medida desse fechamento operacional. Por outro lado, a teoria do Direito como integridade é teoria pós-positivista. Por tal classificação, em princípio, seria antagonista à primeira. Porém, esta é útil para outro fim: para a idéia de gênese dos princípios e para a superação das aparentes contradições havidas entre os mesmos. Ademais, a crítica da segunda à Teoria aos Sistemas fechados de Luhmann (2002) refere-se à

Em conformidade com a teoria em apreciação, a consciência comunitária é dotada de princípios ou convicções próprias, que não necessariamente coincidem com as de seus membros. Nesse diapasão, a verdadeira comunidade personificada reconhece obrigações no contexto da intersubjetividade, e, como obrigações, possuem conteúdo deontico.

O fato de os princípios dependerem da consciência comunitária, que não é estanque, implica a afirmação de que a comunidade de princípios é plural, bem como aberta à atitude interpretativa do Direito como integridade, sendo que essa idéia é contrária ao viés clássico de entendimento de sistema jurídico privado.

É conveniente explicar. A partir de características da moral política da comunidade personificada, que considera as obrigações que seus membros reciprocamente reconhecem, é possível identificar princípios jurídicos correspondentes, formadores de uma comunidade de princípios, de natureza plural e aberta, uma vez que essa, também, constitui-se nas práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve, impassíveis de limitação em quantidade ou qualidade.

É por essa razão que se parte da explanação da idéia dworkiniana da personificação da comunidade, porque essa idéia é capaz de justificar a existência da comunidade principiológica aberta e plural.

Daí, a importância de observar o desenho da consciência comunitária no que respeita ao sistema jurídico privatístico, para que suas características façam emergir a comunidade de princípios no Direito Privado, da qual serão destacados os aplicáveis ao Direito Contratual, campo de ocorrência do entrave das aparentes contradições principiológicas, que será posteriormente enfrentado.

idéia de fechamento absoluto dos sistemas concebidos no positivismo legalista absolutamente formal, em nada atingindo-a. Isso porque a Teoria dos Sistemas considera igualmente importante o conhecimento e absorção, pelo Direito, das expectativas sociais. Para a Teoria dos Sistemas, deve ser preservada a identidade dos sistemas, sob pena de desdiferenciação. Entende-se por necessária a preservação das fronteiras entre as funções do Direito e da Tecnologia, o que impõe ao Direito que assumo o regime jurídico das relações havidas em meio eletrônico, que, mesmo neste contexto de desmaterialização, é sua função. Por outro lado, o paradoxo entre princípios seria evolutivo para a Teoria dos Sistemas, e levaria à criação de novo princípio, em movimento autopoietico e auto-referencial. É exatamente neste tocante que a pesquisa abandona o primeiro referencial, para adotar o segundo, posto que a aparente contradição não necessariamente impõe a criação de novo princípio, mas sim de adequação, de somente um desses dois princípios aparentemente conflitantes, dependendo da análise das peculiaridades do caso concreto. A gênese dos princípios ficaria, portanto, a cargo da idéia de moral política da comunidade personificada, da teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin (2003).

3.4. O panorama jurídico privatístico atual da comunidade personificada (características da consciência comunitária e a gênese dos princípios)

Acredita-se ser possível destacar algumas das principais características da consciência comunitária, por meio das quais se evidencia o panorama privatístico dos dias de hoje. Do mesmo modo e com o mesmo pano de fundo, podem ser evidenciados princípios insertos na experiência do Direito dos Contratos na atualidade¹².

A cisão que se faz das características infra apreciadas ocorre, unicamente, para fins de facilitação da compreensão, visto que, em verdade, compõem as mais diversas faces de um único e contínuo processo de crise, de transformação da comunidade em tela.

O panorama da comunidade personificada, em sua presente fase do processo de evolução¹³ social ininterrupto, elucida a interação entre os diversos sistemas sociais, e, no que respeita especialmente ao Direito Privado, cinco principais características.

A primeira se refere ao fato de a comunidade relativizar a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado;

Quando do Estado Liberal, restava clara a distinção entre Direito Público e Direito Privado, de maneira que se reservava, ao primeiro, o conjunto de normas com as quais o Estado regulamenta a própria estrutura organizativa e as relações com os cidadãos e, ao segundo, a normatividade incidente sobre a iniciativa individual. As normas de Direito Privado seriam dispositivas, ou seja, somente seriam aplicadas no caso de falta de expressa vontade contrária dos interesses privados (AMARAL, 2003, p. 71).

No entanto, o contexto atual deflora esse fenômeno de relativização da dicotomia tratada:

Na área do Direito Público, têm-se produzido privatizações que provocaram um traslado de uma de suas áreas mais importantes ao Direito Privado; a mudança é tão profunda que o Direito Administrativo tem sido levado à sua mínima expressão. Mas ao Direito Privado lhe resulta difícil explicar a idéia de um serviço público forçoso e de utilizar suas ferramentas tradicionais para defender os consumidores. De outra parte, temas típicos do Direito Privado, como os familiares e os da pessoa se tornam públicos. Não é possível resolver casos vinculados à genética, sem

¹² O final da Segunda Guerra Mundial é o marco definidor aproximado do início dessa fase que foi taxada de atualidade, que se estende até os presentes dias. Francisco Amaral compreende essa nova fase como reação ou resistência aos modelos da modernidade, de compreensão da realidade. Para ele, pós-modernidade melhor definiria a sociedade atual (AMARAL, 2003, p. 62).

¹³ Evolução social, para essa dissertação, é o processo contínuo de alteração da complexidade social, tanto de majoração quanto de redução, de caráter não necessariamente positivo ou pejorativo. Refere-se, simplesmente, à dinâmica social, que é contínua por natureza.

considerações públicas, ou temas contratuais, sem uma avaliação da economia. (LORENZETTI, 1998, p. 227).

Os eventos descritos por Lorenzetti (1998) consolidam-se porque a República Federativa do Brasil toma a forma de Estado Democrático de Direito. Vigem a Constituição da República (BRASIL, 1988), de caráter democrático, que, conforme idealizada pelo Poder Constituinte originário, não deve se render a modelos políticos ou políticas econômicas. Deve operar sem subordinação, ou seja, em coordenação.

Nessa esteira, o Estado passa a tutelar interesses existenciais e a promover o bem comum, o que acarreta a relativização da dicotomia havida entre Direito Público e Direito Privado. Passam a interagir os instrumentos normativos que, anteriormente, visavam a regulamentar, separadamente, as relações privadas e, de outro lado, as questões políticas.

Ademais, ocorre a transmigração normativa entre instrumentos legais que se destinavam a reger diferentes áreas do Direito¹⁴.

Significa que, ainda que os legados do liberalismo clássico, especialmente o individualismo, estejam tão presentes, a intervenção estatal nas relações entre particulares acontece, diante da evidência de que a igualdade formal se distancia da justiça social.

Esse evento é descrito por Francisco Amaral (2003, p. 75) como “relativização da dicotomia Estado *versus* Sociedade Civil, ou público *versus* privado, surgindo um terceiro setor, o dos interesses públicos, porém não-estatais, ora a cargo de entidades ou associações não-governamentais”.

A segunda característica liga-se ao fenômeno da personalização, que atinge o Direito, para garantir e promover a dignidade.

Esse fenômeno é verificável quando o Direito Privado impõe a preocupação com a vida, em especial com a vida digna da pessoa humana, como sendo esse o sentido do sistema, determinante da leitura, sob essa perspectiva, de todo o seu conteúdo.

Eis, pois, o fenômeno da personalização. Francisco Amaral delinea tal fenômeno, como característica do Direito Civil na atualidade:

¹⁴Esta dissertação não adota a idéia de que o Direito Privado possua um epicentro em torno do qual gravita. Defende que a inexistência de epicentro é mais uma característica da atualidade. São várias faces de um mesmo Direito, íntegro e coerente com seus princípios. De todo modo, é notável a relevância da pessoa e sua dignidade no contexto do presente estado de coisas. Direito Civil-Constitucional, constitucionalização do Direito Civil, ou, ainda, civilização do Direito Constitucional, são todas terminologias que denotam, cada uma a sua maneira, o mesmo fenômeno: o de rompimento das fronteiras jurídicas clássicas entre o interesse público e o interesse privado. Sobre Direito Civil-Constitucional, ver Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho (2003) e Gustavo Tepedino (2003, p. 115). No sentido da constitucionalização do Direito Civil, ver Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 197).

[...] personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade humana, elevados à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição, donde o reconhecimento de um novo e importante ramo jurídico, o dos direitos da personalidade, direitos fundamentais ou humanos, que “constituem o núcleo das Constituições dos sistemas jurídicos contemporâneos”. (AMARAL, 2006, p. 76).

Identifica-se, assim, a tendência do Direito Privado em formatar-se como um Direito mais ético, mais digno, mais socializado, mais permeável ao afeto, mais humano (HIRONAKA, 2003a, p. 8)¹⁵.

Tal fenômeno da personalização remonta ao princípio da dignidade da pessoa humana, de previsão constitucional. A interação entre dignidade e vida impõe citar Kant, que preconizou que o homem é fim em si mesmo, e não meio. A indignidade seria constatada sempre que verificada a coisificação do homem. Nessa esteira, o homem não poderia ser tratado como objeto nem por si próprio. Assim, a dignidade estaria acima de todo preço (SARLET, 2006, p. 33-34).

Dessarte, a dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, limite e tarefa do poder estatal (SARLET, 2006, p. 47), assim como a própria vida humana. Elimar Szaniawski pontua:

[...] conclui-se que o direito à vida constitui-se em direito fundamental tão importante quanto é o princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos, direito à vida e princípio da dignidade da pessoa humana, convivem juntos, sendo inseparáveis. [...] Não se pode compreender um direito à vida sem dignidade, nem se pode compreender o princípio da dignidade da pessoa humana sem a existência e a tutela ampla da vida. (SZANIAWSKI, 2005, p. 147).

Passa-se “do individualismo ao solidarismo, ou solidariedade social, expressa na nova concepção de pessoa, não mais sujeito abstrato e formal da modernidade, mas a pessoa engajada no seu meio social.” (AMARAL, 2003, p. 74).

No sentido desse movimento, portanto, há tendência atual de focar o Direito Privado sob a perspectiva do acesso (LORENZETTI, 1998, p. 88). A personalização torna imperativo o acesso ao mínimo necessário à dignidade, levando à expectativa da inclusão social.

A terceira importante característica do panorama jurídico privatístico atual é a acentuada crise que as instituições de Direito Civil enfrentam.

¹⁵ A idéia da autora é tratada, pela mesma, em vários de seus textos. Ver: HIRONAKA, 2003a, p. 10; 2003b, p. 107.

As primordiais instituições de Direito Civil são determinadas diferentemente pela doutrina. Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 205) menciona que, ao menos nas feições liberais, os principais institutos das relações civis são: a propriedade e o contrato.

As instituições de Direito Civil, para César Fiuza (2003, p. 24), são a autonomia da vontade, o patrimônio e a família, como sustentáculos dos quatro tradicionais grandes ramos do Direito, quais sejam, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões. Interessa ao trabalho a abordagem da autonomia da vontade e do patrimônio.

E se o paradigma do Estado Democrático de Direito determinou a consolidação da possibilidade de intervenção estatal na esfera privada, certo é que o Estado deixou de ser minimalista, superando a igualdade formal, para balizar a autonomia da vontade. O Direito impõe, portanto, limites à liberdade econômica.

A despeito dessa postura adotada pelo Estado e das atuais feições do Direito, o fenômeno da massificação, resultante da urbanização e da concentração capitalista, é persistente. César Fiuza explica:

Assim, temos que o liberalismo e o individualismo resultaram do capitalismo mercantilista. Com a Revolução Industrial, que começa na Inglaterra, já no século XVIII, a sociedade se transforma. Dois fenômenos importantes ocorrem: a urbanização e a concentração capitalista, esta consequência da concorrência, da racionalização etc. Esses dois fenômenos resultaram na massificação das cidades, das fábricas (produção em série), das comunicações, das relações de trabalho e de consumo, da própria responsabilidade civil (do grupo pelo ato de um indivíduo); etc. (FIUZA, 2003, p. 26).

A massificação é realidade social. A autonomia da vontade sofre sua primeira mitigação por parte do outro contratante, usualmente a parte com maior poder econômico na relação. Os contratos são firmados em massa, reduzindo a vontade ao simples desejo de contratar ou não, aceitando-se todas as condições pré-estabelecidas. Outras vezes, sequer a opção de contratar existe, como nos contrato de adesão e nos contratos necessários.

O negócio jurídico, entendido em seu sentido liberal¹⁶, mostra-se insuficiente para abarcar a complexidade das relações sociais, sobrevindas especialmente do último século. A experiência social complexa determinou a intervenção crescente do Estado na autonomia da vontade, uma vez que os desequilíbrios advindos da preservação do paradigma da igualdade formal passaram a ser insustentáveis.

¹⁶ Assim entendido como ato volitivo, intencional e autônomo das pessoas, visando à regulação de seus próprios interesses jurídicos ou práticos (MELLO, 2003, p. 188).

Hoje, a vontade não se apresenta ilimitada, mas sim mitigada pelos preceitos jurídicos, para proibir ou permitir as manifestações de seu conteúdo.

Os limites impostos por lei à vontade negocial são exatamente os contornos da autonomia privada. Se o negócio jurídico respeitar os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito, o Direito o dotará de efeitos jurídicos. A liberdade contratual sofre interferências estatais, no sentido de assegurar interesses sociais maiores. A autonomia da vontade cede espaço à autonomia privada¹⁷. Os negócios jurídicos deixam, portanto, de ser definidos como atos de vontade para serem definidos como atos de autonomia privada.

O contrato na atualidade não mais é celebrado como mero fenômeno da vontade, tampouco simplesmente enquadrado como subespécie do negócio jurídico assim definido pela pandectística alemã oitocentista. É compreendido como fruto de necessidades econômicas e sociais, meio de realização de contingências humanas reais ou simples desejos, todos nos limites da autonomia privada (FIUZA, 2003, p. 27).

No que respeita ao patrimônio, esse permanece como instituição de Direito Privado. Porém, se antes a propriedade privada era determinante dos grandes grupos do Direito das Coisas, Direito de Família e Sucessões, hoje, o fenômeno da personalização do Direito faz com que todo esse repertório seja relido à luz do dever do Estado de garantir e promover a dignidade da pessoa humana.

Assim, a despeito de não ocorrer uma despatrimonialização do Direito Privado, a propriedade privada é efetivamente relativizada, e passa a ser pensada sob o prisma da garantia de um patrimônio mínimo à dignidade humana¹⁸. Ademais, a função social que as expressões do patrimônio devem desempenhar (função social da propriedade, função social do contrato, função social da empresa) ganha relevância, ao lado das funções econômica e pedagógica.

As feições apresentadas pela autonomia da vontade e pelo contrato são determinantes da principiologia do Direito dos Contratos, que será tratada adiante.

A quarta característica que merece destaque é a emergente concepção de segurança jurídica, que se aproxima da justiça social, em superação da era da codificação e da rigidez semântica das leis, para privilegiar a atitude interpretativa. Os sistemas sociais são admitidos como sistemas complexos, menos rígidos e de limites flexíveis.

¹⁷ Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 1), em referência à visão do Estado Liberal, afirma que “salvo apenas pouquíssimas limitações de lei de ordem pública, é a autonomia da vontade que preside o destino e determina a força da convenção criada pelos contratantes”. Parece, assim, ratificar a idéia de que a autonomia da vontade era havida naquele contexto, comportando sua substituição, na atualidade, pela autonomia privada.

¹⁸ Luiz Edson Fachin (2001) trata do patrimônio mínimo, de amplitude definida pela dignidade humana.

Desta feita, também sofre transformação o paradigma da necessidade de um sistema jurídico rígido, puro, completo, de alto grau de abstração e, sobretudo, capaz de subsumir a totalidade da experiência social¹⁹. As razões históricas, políticas e econômicas que antes justificavam a codificação como meio de garantia da soberania dos Estados Nacionais já não mais subsistem.

Logo, essa não é a feição jurídica da comunidade personificada na atualidade.

No universo *craquelé* da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. (MARTINS-COSTA, 2000).

Hoje, a fragilidade dos limites dos sistemas sociais é nítida, rompendo-se com a idéia de sistemas sociais absolutamente fechados. Grande parte da doutrina pensa o Direito como sistema aberto. É a lição de César Fiuza:

Se observarmos o comportamento dos tribunais, através dos tempos, chegaremos à conclusão de que o sistema sempre foi aberto. O tratamento sempre foi casuístico. A interpretação sempre foi argumentativa. O medo da arbitrariedade de um judiciário sem freios e sem preparo técnico é que levou os juristas, em vão, à tarefa de tentar fechar o sistema. (FIUZA, 2003, p. 35).

Até mesmo aqueles que pensam os sistemas sociais como sistemas fechados, como Niklas Luhmann (2002), entendem que o fechamento é tão somente, mas necessariamente, operacional, sendo que esse implica abertura cognitiva em relação ao ambiente. E se o fechamento é essencial ao funcionamento, e o mesmo possibilita a abertura cognitiva, essa última é denotada como inerente àquele. Ademais, é tida como relevante a influência da complexidade social para o Direito, aquela como ambiente deste. Clarissa Eckert Baeta Neves, em interpretação à obra do sociólogo em referência, expõe:

[...] o conhecimento é possível só e porque os sistemas se fecham operacionalmente ao nível de seu diferenciar e designar, tornando-se deste modo independentes frente àquilo que, com isto, é excluído do ambiente. A concepção de que o conhecimento só é alcançável através da ruptura de relações operacionais com o mundo externo, nem por isso significa que o conhecimento não seja algo real ou não designe algo real: ela apenas indica que, para as operações com as quais um sistema de

¹⁹Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003a, p. 2) comenta essa transformação: “Por tudo isso e por isso mesmo, os paradigmas desse tempo pretérito foram os paradigmas da lei e da jurisdição, a significar que a segurança pretendida e ansiada devesse resultar de uma construção normativa que fosse suficientemente abstrata para ser universal, e que fosse suficientemente clara para ser abrangente de todas as hipóteses realizáveis.”

conhecimento se diferencia, não pode existir no ambiente nenhum equivalente, porque se assim fosse, o sistema se dissolveria continuamente no seu ambiente, tornando, com isso, o conhecer impossível. (NEVES; SAMIOS, 1997, p. 109-110).

Desse modo, a justiça perde a conotação de decorrência automática da aplicação do comando legal. Em contraposição ao silogismo de subsunção, a atitude interpretativa é valorizada, figurando como alternativa à aplicação metódica da lei. Deixa de representar ameaça à segurança jurídica, para assegurá-la, na medida em que pretende considerar as especialidades do caso e os diversos aspectos sistemáticos.

José Luiz Quadros de Magalhães destaca a importância da atitude interpretativa:

A história constitucional norte-americana reforça a idéia de uma Constituição dinâmica, viva, que se reconstrói, diariamente, diante da complexidade das sociedades contemporâneas. Uma Constituição presente em cada momento da vida. Uma Constituição que é interpretação e não texto. A experiência norte-americana nos revela uma nova dimensão da jurisdição constitucional, presente em toda a manifestação do Direito. É tarefa do agente do Direito, nas suas mais diversas funções, dizer a Constituição no caso concreto e promover leituras constitucionalmente adequadas de todas as normas e fatos. A vida é interpretação, não há texto que não seja interpretado. A interpretação do mundo, dos fatos, das normas é inafastável. (MAGALHÃES, 2004).

Peter Häberle é de imprescindível alusão, no que diz respeito à interpretação como processo recorrente e de múltiplos participantes:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Os princípios desempenham papel relevante na concepção interpretativa do Direito como integridade, conforme tracejada por Ronald Dworkin (2003), exposta adiante. São fundantes do Direito, resultados das concepções de moral política da comunidade personificada, além de servirem como parâmetros de coerência sistêmica.

Insta frisar, ainda, que a comunidade não admite que os fins justifiquem os meios. A idéia não é a de funcionalidade a qualquer custo. Ocorre que não é a inflexibilidade semântica que protege o cidadão contra as ingerências do Estado. O Direito, em si, busca justificar o monopólio estatal de coerção oficial, e funda-se em princípios garantidores da promoção da pessoa humana e da justiça social.

Por fim, evidenciam-se, como qualidades distintivas do panorama privatístico, microssistemas jurídicos, que se formam para admitir e reger a pluralidade em suas mais diversas vertentes²⁰. O surgimento de um microssistema é devido à instalação de nova ordem protetiva sobre determinado assunto, com princípios próprios, doutrina e jurisprudência próprias, autônomos ao Direito Comum (SÁ, 2003, p. 189).

A majoração da complexidade do sistema do Direito ocorre em compasso com os demais sistemas sociais. É notável uma pluralidade não somente de morais, culturas ou convicções. Há pluralidade de modelos negociais, de maneiras de convivência social ou familiar, de concepções de dignidade, de meios para engendrar a vida, de desejos distintos em relação à morte, de categorias de trabalho e profissão etc. Cada um desses microssistemas e a sociedade, como um todo, multiplicam suas exigências, especialmente diante dos parâmetros plurais de organização política e econômica.

Conseqüentemente, se, por um lado, acontece a interpenetração de campos jurídicos que eram anteriormente tidos como estanques, por outro lado, configuram-se microssistemas jurídicos para reger tal crescente complexidade, de modo direcionado.

3.5. Alguns princípios do Direito Contratual

3.5.1. Linhas introdutórias

Em retorno ao Direito dos Contratos, propõe-se tratar a transformação sofrida por sua teoria geral, desde o movimento das codificações do século XVIII até a atualidade, sob prisma dos princípios jurídicos aplicáveis aos contratos.

Tal excursão, em enfoque reduzido, de certo modo já ocorreu, quando do tratamento da crise do contrato e do patrimônio, enquanto instituição do Direito Privado. Contudo, se essas transformações implicam evolução da consciência moral e política da comunidade

²⁰ Francisco Amaral (2003, p. 63-74) considera que a sociedade contemporânea, pós-moderna ou pós-industrial, é uma sociedade “pluralista, complexa, marcada pela revolução da técnica, pela mundialização da economia, pela massificação dos meios de comunicação”. No mesmo texto, aduz que o Direito, ao superar o paradigma da modernidade, admite “o pluralismo das fontes e a importância crescente dos princípios jurídicos na gênese da norma jurídica aplicável ao caso concreto.” (AMARAL, 2003, p. 74).

personificada, há implicações diretamente relacionadas com os princípios identificáveis no contexto dos fundamentos do próprio Direito dos Contratos.

No texto a seguir, ganha evidência o chamado paradigma do Estado Democrático de Direito, como sucedâneo do paradigma do Estado Liberal Clássico e individualismo filosófico. Cumpre, assim, esclarecer a razão da limitação do resgate histórico ao século XVIII.

Tal opção pelo marco inicial justifica-se pela instauração dos Estados Liberais em lugar dos Estados Nacionais Absolutistas. E foi sob égide do Estado Liberal que se pode afirmar fundar-se o Direito Privado Moderno:

Com a Revolução Francesa, que marca o fim do antigo regime absolutista e o começo dos regimes liberais, surge o Estado de Direito. Sua importância para o direito privado é tanta que permite afirmar-se ser o direito privado moderno o sistema jurídico que o Estado de Direito exprimiu. (AMARAL 2003, p. 67).

O que é comumente denominado pela doutrina como modelo clássico de contrato formou-se a partir dessa ideologia liberal, que possui raízes nas idéias de liberdade contratual exacerbada; da obrigatoriedade das cláusulas contratuais, vez que presumidamente firmadas entre iguais; de relatividade dos efeitos; da intangibilidade dos contratos (BIERWAGEN, 2003, p. 26).

Desse modo, metodologicamente, partir-se-á, sempre, das concepções clássicas, assim entendidas como aquelas havidas no contexto do liberalismo econômico do século XVIII, e do pensamento do individualismo filosófico, para alcançar a sistemática vigente no Brasil dos dias de hoje, em face do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito²¹ e das inovações do Código Civil (BRASIL, 2002).

Por paradigma do Estado Liberal de Direito²² entende-se, sumariamente, a vigência das idéias centrais de individualismo – enquanto expressão do princípio do subjetivismo, pelo

²¹ Este compreendido como o sucessor do Estado Social. Caracteriza-se pela institucionalização da divergência da democracia e do socialismo, superando o neocapitalismo próprio do Estado Social de Direito (AMARAL, 2003, p. 73).

²² José Afonso da Silva (2000) define Estado Liberal de Direito: “Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal. Constituía uma das garantias das constituições liberais burguesas. Daí falar-se em Estado Liberal de Direito. Tinha como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade, segundo o qual toda atividade estatal havia de submeter-se à lei. Suas características básicas foram: a) submissão ao *império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do poder legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) *divisão de poderes*, que separa, de forma independente e harmônica, os poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal”.

qual o fim do Direito é o próprio indivíduo - e liberalismo jurídico, que preconizam o ideal da igualdade formal, em expressão de um Direito legalista e formalista, com pretensões de regência da totalidade das circunstâncias jurídicas, sempre tidas enquanto situacionais. Tal paradigma acontece durante a existência da sociedade pós-industrial, da metade do século XVIII até metade do século XX²³.

Em seguida, o paradigma do Estado Social²⁴, marcado pela Primeira Grande Guerra²⁵, prepondera em algumas regiões do planeta, com idéias implicantes de mitigação da liberdade e exacerbação da intervenção do poder público nas relações privadas, exprimindo seu caráter paternalista. A proposta de bem-estar social, a ser realizada forçosamente, acaba por levar à falência a realização dos programas constitucionais sociais. De todo modo, a crise vivenciada no Estado Democrático de Direito radica-se, ainda que ideologicamente, no Estado Social.

O Estado Democrático de Direito supera o Estado Social e o Estado Liberal, para almejar a realização, democraticamente, de uma sociedade justa, solidária e plural, na qual a pessoa humana possa se realizar, não somente em sua dignidade e intimidade, mas também, enquanto inserida no grupo social, para participá-la dos processos decisórios e de produção do Direito, viabilizando o pleno exercício dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Estabelecem-se novos modelos jurídicos que privilegiam esses objetivos.

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art.1o. da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus

²³ Conforme explica Francisco Amaral (2003, p. 62-63): “A sociedade contemporânea sucede à industrial, que seria a fase entre a metade do século XVIII e a metade do século XX. Tendo-se em vista a falta de uniformidade na sua conceituação e caracterização, autores há que preferem a expressão *sociedade pós-industrial*.”

²⁴ O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma com o fim Segunda, acaba por redefinir os clássicos direitos de vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. [...] Sob o paradigma social cabe ao Estado, através de ações diretas e indiretas, intervir na economia com o intuito de manter o capitalismo, o que é feito “através de uma proposta de bem estar (*Welfare State*) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através de direitos sociais.” (DUARTE, 2007, p. 15-16).

²⁵ Para que o paradigma do Estado Social estabelecesse-se com o marco da primeira guerra, deve ter iniciado sua imposição um pouco antes, como expõe Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 2): “O Estado social impôs-se, progressivamente, a partir dos fins do século XIX e princípios do século XX, provocando o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia da vontade no intercâmbio negocial, e afastando o neutralismo jurídico diante do mundo da economia. A consequência foi o desenvolvimento dos mecanismos de intervenção estatal no processo econômico [...]”.

representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2000).

O advento desse paradigma deflagra a já existente crise do contrato e de sua teoria. Isso porque em tempos atuais, os contratos não de se submeter ao intervencionismo estatal realizado em busca da implantação de uma sociedade do ‘bem-estar’, com garantia dos Direitos Humanos (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 6). A crise²⁶ do contrato é, portanto, também a crise de seus princípios.

O entendimento de Dworkin (2003) acerca da definição de princípios e do modo como ocorre sua gênese é adotada, conforme explanada, anteriormente. Assim, pende a identificação dos princípios havidos na seara do Direito dos Contratos, para, em seguida, apontar a proposta de solução às aparentes contradições existentes entre si.

Deve-se considerar, por sua clareza, o posicionamento de César Fiuza (2004), que apresenta valores sociais determinados como sendo fundamentais à sociedade ocidental, para relacioná-los a cinco princípios centrais. Elucida:

À liberdade, corresponde o princípio da autonomia privada. À ordem (segurança), o princípio da boa-fé; À justiça, o princípio da justiça contratual. À dignidade do homem, correspondem todos eles e os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato. (FIUZA, 2004, p. 378).

Foi explicada, há pouco, a noção de existência de uma comunidade aberta de princípios, que reflete a moral política atual da comunidade personificada. Significa dizer que não é possível limitar ou definir, em exaustão, os princípios do Direito Contratual. Resta apenas explicitar alguns dos princípios nucleares que se destacam para o regime dos contratos, sem o desejo de esgotar tal rol. Mesmo porque, a doutrina não é pacífica neste aspecto.

Parte-se, para abordagem da proposta dessa fase da dissertação, da relação da evolução semântica de concepções essenciais à teoria geral do Direito dos Contratos para, a partir da mesma, densificar o conteúdo do princípio melhor evidenciado no contexto.

²⁶ Adota-se o termo ‘crise’ no sentido de transformação, superação de paradigmas, a exemplo de César Fiuza (2003, p. 23).

Obviamente, todos os princípios tratados compõem a comunidade principiológica plural no Direito Privado e, como tais, possuem inter-relação e ligação, simultaneamente, com todos os contextos semânticos tratados a seguir. Muitos podem ser deduzidos de outros, que se interpenetram, sendo a divisão, por vezes, mais didática do que efetiva.

Para o êxito na empreitada, além o esforço semântico, será evidenciada a positivação do princípio, bem como seu fundamento constitucional, que, em tempos de flexibilidade sistêmica e de diálogo de fontes²⁷, não podem ser abandonados.

O esforço na diagnose dos princípios fundantes do Direito dos Contratos na atualidade reveste-se de grande importância, uma vez que a teoria contratual clássica revelou-se insuficiente para reger as mudanças sociais decorrentes da massificação do consumo, da produção e das relações jurídicas, além da evolução da tecnologia informática. Ademais, a abordagem principiológica é imprescindível à compreensão da teoria geral que se pretende esboçar, no intuito de, posteriormente, verificar a situação dos instrumentos tecnológicos em tratamento no contexto da aludida teoria

O objetivo é o de definição e explicitação do meio interpretativo para superação das aparentes contradições entre princípios da atual contratualidade, para possibilitar a inserção do debate central, qual seja, da inserção dos instrumentos e circunstâncias trazidas pelo paradigma tecnológico.

3.5.2. Contratante: do indivíduo à pessoa – princípio da dignidade da pessoa humana

A superação do paradigma do individualismo, enquanto doutrina filosófica prevalente no contexto do liberalismo econômico determinante do Direito, no século XVIII, assim como sua mitigação por outro paradigma, qual seja, o da visão do ser humano enquanto pessoa, dotada de dignidade, é sem dúvida vertente ideal para abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana.

Hoje, muito se fala em dignidade da pessoa humana, em circunstâncias que ameaçam, muitas vezes, desconstituir a relevância do respectivo princípio, decorrente de um esvaziamento, que surge como consequência de seu emprego excessivo e desprovido de fundamentação ou correspondência teórica.

²⁷ A idéia de diálogo de fontes no Brasil é comumente atribuída a Claudia Lima Marques (2006), que dela se ocupa em sua obra.

A concepção de dignidade da pessoa humana, como já dito, pressupõe o resgate do direito à vida. O direito à vida recebe tratamento de direito humano. A evolução dos direitos humanos impõe a apreciação da origem dos deveres humanos. Nessa perspectiva, os direitos humanos seriam anteriores a qualquer forma de declaração. Para Sérgio Resende de Barros (2003), a era da imposição de deveres precedeu à da oposição de direitos. Entende que, nos primórdios da sociedade, antes mesmo de qualquer direito, era a comunidade condição lógica e histórica da sociedade, sendo o primeiro dever o dever de comunidade. Nessa esteira, o dever de preservação da humanidade seria o dever máximo de todos os indivíduos, reconhecido pelos mesmos antes mesmo de qualquer coerção institucional ou aparato estatal (BARROS, 2003).

O dever de preservação da comunidade, apresentado por Barros (2003), identifica-se com o dever humano de viver, ou seja, de sobrevivência. Nessa fase evolutiva, a execução de tal dever encontrava-se balizado naturalmente, posto que os excessos em sua realização acabariam por resultar perda da própria vida, num conflito de sobrevivências de indivíduos distintos.

Impostos os deveres pelo aparato estatal, nasce a necessidade, para o sistema do Direito, de justificar o monopólio estatal dos instrumentos de coerção²⁸. Talvez em nome dessa justificação os Direitos Humanos apareceriam, sendo eles as razões justificadoras da coerção exercida pelo aparato estatal.

A vida é condição para o exercício de qualquer direito (CARVALHO, 1994, p. 189). E nessa perspectiva, pode ser considerado o mais fundamental de todos os direitos (MORAES, 2000, p. 61).

Certo é que o direito à vida ocupa posição capital no sistema dos direitos da personalidade, sem o qual nenhum dos demais direitos dessa categoria poderia ter lugar. Assim, ganha status de bem jurídico fundamental (AMARAL, 2006, p. 259).

Para Adriano de Cupis (2004, p. 72), o direito à vida é direito inato, na medida em que este respeita ao indivíduo pelo simples fato de este ter personalidade²⁹.

²⁸ Como premissa de toda sua obra, Dworkin (2003) justifica que a concepção interpretativa do Direito como integridade é atraente, em razão de sua capacidade de justificar o monopólio da força coercitiva estatal e de proteger contra parcialidades, fraude e outras formas de corrupção oficial. Dworkin (2003, p. 228) buscou um consenso do qual toda a atividade interpretativa poderia partir. Para tanto, acredita-se que ele remontou à própria origem dos direitos, integrantes do sistema do Direito, capaz de se auto-justificar.

²⁹ Adriano de Cupis (2004, p. 25) explica que a expressão 'inato' deve ser entendida no sentido de que tais direitos inatos são atribuídos por natureza à pessoa.

José Afonso da Silva (1999, p. 201), a despeito de também adotar tal conteúdo amplo, destaca o direito à existência, sem o qual toda a substância adjacente do direito à vida perde o sentido.

A noção de indivíduo comporta essa idéia de proteção da vida. O indivíduo oitocentista gozava de amplo direito à vida, no que toca à sua proteção contra ingerências não justificadas por parte do Estado. Este, minimalista, por meio de sua conduta abstencionista, garantia a liberdade do indivíduo e sua realização como tal na sociedade.

O individualismo era expressão do princípio da subjetividade, segundo o qual, a grande razão de ser do Direito seria o próprio indivíduo (AMARAL, 2003, p. 68).

As codificações desse contexto refletiam o individualismo. Nessa etapa de desenvolvimento do Direito Civil, as relações do indivíduo frente à sociedade e frente ao Estado são, respectivamente, de indiferença e de resistência. Teresa Negreiros elucida:

Não se desconhece o interesse público, mas este é concebido como resultado da soma aritmética da satisfação de interesses particulares, o que confere às codificações civis uma estrutura ou um significado “constitucional”, pois que a própria concepção e o próprio fundamento do Estado partem do indivíduo. (NEGREIROS, 2006, p. 15).

O conjunto de reflexos sociais da revolução industrial, do processo de urbanização e da busca exacerbada pelo lucro, em práticas comerciais marcadas pela liberdade mercadológica, que se pautava na presunção de igualdade entre as partes, levou o indivíduo a degradar-se. O simples direito à vida, relacionado à noção de indivíduo, não era suficiente para garantir a vida de forma plena, ou seja, não fornecia condições para o indivíduo desenvolver-se em suas diversas potencialidades.

A constitucionalização do Direito Civil foi responsável pela explicitação de um novo paradigma ou um importante comando constitucional – o de realização da dignidade da pessoa humana. São úteis as definições de Edinês Maria Sormani Garcia:

A palavra *dignidade* tem origem no substantivo *dignitas*, que significa mérito, prestígio, consideração, excelência, qualificando o que era digno e o que merecia reverência. A origem etimológica da palavra *pessoa* vem da expressão latina *personare*, referindo-se à máscara teatral utilizada para amplificar a voz dos atores, servindo mais tarde para designar a própria personagem representada. A palavra acabou por ser incorporada a linguagem jurídica designando cada um dos seres da espécie humana. [...] Correlacionando-se, então, os conceitos de *dignidade* e *pessoa*, conclui-se que a dignidade é atributo da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade estranha a própria natureza do ser humano e com ela se confunde. (GARCIA, 2004, p. 258).

Desse modo, não faz sentido falar em dignidade da pessoa humana em face da ausência de vida. Lado outro, a vida há de ser vivida com garantia da dignidade da pessoa humana. E para essa conclusão, o individualismo não é desimportante. Há a evolução da visão do ser humano, de indivíduo à pessoa. O simples direito à vida não perde relevância. Antes, é pressuposto ao direito à vida digna³⁰, preconizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana é o direito à vida digna. O direito à vida digna³¹ é definido por Cármen Lúcia Antunes Rocha:

O direito à vida digna, ou à dignidade da vida humana, é ainda mais amplo que o mero cuidado com a vida. O direito à vida, universalmente titularizada, quer dizer, titularizada por todos e cada um dos membros da família humana, acoplada à extensão da condição de pessoa a todo ser humano nascido com vida (pelo menos, na generalidade das legislações, a todo ser humano nascido com vida – o que aqui se põe apenas para afastar a discussão sobre o estatuto constitucional do embrião e do feto neste momento deste estudo), estende o conteúdo do direito à vida humana e torna o Estado e a Sociedade responsáveis pela tutela, proteção e garantia desse direito. (ROCHA, 2004, p. 56).

Faz sentido, diante da constitucionalização da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento de seu conteúdo normativo, sua classificação enquanto princípio: “A dignidade da pessoa humana é simultaneamente valor e princípio, constituindo elemento decisivo na afirmação de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a conformar todo o tecido normativo.” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 41).

Daí, o surgimento do princípio da dignidade da pessoa humana, que é munido de *status* de princípio constitucional, e, como tal, dotado de natureza deôntica.

Além de não haver dúvidas sobre a existência, vigência e plena eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, trata-se de princípio largamente positivado.

A própria evolução dos chamados Direitos Humanos representa a evolução do direito à vida, para incorporar a dignidade. A dignidade, por sua vez, aponta para a realização do ser humano enquanto pessoa, considerada em seu meio social e nele podendo desenvolver-se plenamente. Essa é a razão da relação da dignidade da pessoa humana com os demais Direitos Humanos, cujo processo de atualização confunde-se com a própria idéia de dotar o direito à

³⁰ A mudança desse paradigma da vida à vida digna é bem considerada por Maria de Fátima Freire Sá (2001, p. 60), que pontua que, no contexto constitucional, a dignidade perdida deve ser devolvida à vida.

³¹ Diante do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, é nítida a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade, que determina o dever de se pensar o direito à vida como direito à vida digna. O direito à vida digna, como direito da personalidade, veste-se dos alegóricos dessa categoria mais ampla na qual se insere, podendo ser considerado irrenunciável, absoluto, indisponível, necessário e oponível *erga omnes*.

vida de dignidade. Sérgio de Resende de Barros discorre acerca dessa continuação histórica em defesa do ser humano:

Assim, a Declaração Francesa de 1789 (direitos individuais e políticos) principiou a efetivação dos direitos do Homem, continuada pela Constituição de Weimar de 1919 (direitos econômicos, sociais e culturais), prosseguindo pela Declaração da ONU de 1948 (amalgama dos direitos individuais, políticos, econômicos, sociais e culturais) e chegando à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Carta de Banjul) de 1981 (direitos de solidariedade ou fraternidade entre os povos da Terra). (BARROS, 2003, p. 28).

A Declaração de Direitos Humanos (ONU, 1948) expressamente prevê o direito à vida (art. III), à vida privada (art. XII), padrão de vida digna (art. XXV) e vida cultural (art. XXVII).

Ademais, possui previsão constitucional (BRASIL, 1988), no art. 1º, III, sendo erigido à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

A aplicação do princípio da dignidade humana transcende o próprio Direito Privado, para alcançar o sistema do Direito em sua mais ampla dimensão. Todavia, merecem consideração os efeitos desse princípio para o Direito Civil e, especialmente, para o Direito Contratual.

O Direito Civil é chamado a tutelar a dignidade da pessoa humana, por meio de tarefas de proteção, que se especializam na medida em que ocorre a transposição da idéia unitária de indivíduo, para dirigir-se não a um sujeito abstrato, dotado de capacidade negocial, “mas sim, a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais.” (NEGREIROS, 2003, p. 18). Em verdade, a própria sociedade demanda essa proteção, em decorrência de sua própria mudança, como expõe Teresa Negreiros:

Diferentemente da sociedade formada por indivíduos em si mesmos considerados, cujos interesses particulares coexistiam, justapondo-se uns como limites dos outros, a comunidade de pessoas constrói-se juridicamente a partir de relações de solidariedade e de responsabilidade mútuas, não só de direitos mas também de deveres, que tomam em conta as necessidades reais e concretas da pessoa humana. (NEGREIROS, 2006, p. 19).

Conforme referencial teórico adotado, a cognição do sistema como sendo um sistema íntegro impõe o diálogo de suas fontes formais, sendo abandonada a idéia de Código Civil como núcleo normativo estanque das relações privadas. Logo, a previsão constitucional há de bastar para a aplicação do princípio em tela às relações contratuais, pois os sistemas normativos não se excluem, mas complementam-se.

Ademais, a inovação do Código Civil (BRASIL, 2002), ao condicionar, expressamente, o exercício da liberdade contratual ao respeito da função social do contrato, denota a pretensão do Direito para a realização da dignidade da pessoa humana por meio do atendimento a um objetivo maior, qual seja, o bem-comum. Tal pretensão não se trata, propriamente, de um pensamento novo. O Código Civil (BRASIL, 2002) é “resultado do desenvolvimento do pensamento jurista do século XX, selando a passagem de um Direito formal-individualista para o caracterizado pelo peso do interesse público.” (BASTOS, 2004, p. 177).

Nesse contexto, fala-se da adoção, pela Constituição (BRASIL, 1988), e consagração, pelo Código Civil (BRASIL, 2002), do chamado personalismo ético, representativo da transição que sofreu a idéia de indivíduo à ser humano dotado de dignidade³².

Significa que o contrato passa a ser concebido como meio de promoção da pessoa em sua dignidade, de modo que qualquer relação contratual que mitigue a dignidade humana padece de legitimidade jurídica, submetendo-se à intervenção estatal, no sentido de ajustá-la para a consecução desse fim maior: considerar o ser humano, enquanto contratante, para além do indivíduo, para recepcioná-lo como pessoa, cuja promoção da dignidade constitui dever do Estado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, no tocante ao contrato, determina que: “Os contratos, enquanto meio de geração de riquezas, de movimentação da cadeia produtiva, devem ser instrumentos de promoção do ser humano e de sua dignidade.” (FIUZA, 2004, p. 378).

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana será responsável por contribuir para a determinação, diante do caso concreto, da aplicação do princípio da autonomia privada e do princípio do solidarismo social³³. Ademais, irradia seus efeitos ao direito à vida em todos os seus aspectos e roupagens, ao princípio da igualdade, ao princípio da autonomia privada, de modo a penetrar o Direito dos Contratos pelas vias principais do princípio da boa-fé objetiva, da justiça contratual e da promoção da função social dos contratos.

³² “Um percurso preambular, todavia, há de ser obrigatoriamente percorrido por quem quer que pressinta o reclamo de crise e de transformação do direito privado, neste alvorecer de um milênio, qual seja, aquele percurso que perpassa o indivíduo, que ultrapassa o sujeito de direito e se faz presente ao lado do verdadeiro centro epistemológico do chamado direito pós-moderno: o ser humano e a sua dignidade, em prol da realização da sua condição de cidadão solidário. O individualismo liberal que triunfara no século anterior, por influência, ainda, do envolver oitocentista, cede lugar ao personalismo ético como valor político-social fundante e legitimador, e a pessoa humana passa a ser o ponto central do direito.” (HIRONAKA, 2003b, p. 107).

³³ O princípio do solidarismo social encontra seu fundamento positivo no preâmbulo da Constituição da República (BRASIL, 1988) e em seu art. 3º, I.

3.5.3. Da liberdade para a expressão da vontade juridicamente reconhecida: da autonomia da vontade à autonomia privada – princípio da autonomia privada

Tendo em vista o campo jurídico da presente abordagem, qual seja, a autonomia privada, é notório o destaque da idéia de liberdade.

Interessa, pois, o viés da liberdade aplicado às relações jurídicas contratuais.

O exercício da liberdade, o poder de decisão da prática de atos e de autoconformação de condutas e seu regramento podem ser taxados de autonomia.

Por essa razão, importa a liberdade jurídica, que possibilita que o indivíduo possa praticar atos e, eventualmente, decidir por seus efeitos no mundo jurídico. Francisco Amaral bem considera que a liberdade:

[...] consiste no poder de praticar todos os atos não ordenados, tampouco proibidos por lei, optando entre o exercício e o não-exercício de seus direitos subjetivos. [...] No aspecto subjetivo, a liberdade manifesta-se no campo do direito privado, no poder da pessoa estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a modificação e a extinção de suas relações jurídicas. No aspecto objetivo, significa o poder de criar juridicamente essas relações, estabelecendo-lhes o respectivo conteúdo e disciplina. (AMARAL, 2006, p. 22).

É exatamente a plena liberdade, com restrições mínimas, que era preconizada pela doutrina econômica do liberalismo, no final do século XIII e no século XIX. Tanto que estatuiu a máxima de que, no campo do Direito Privado, tudo que não é proibido é permitido.

Isso porque o liberalismo, enquanto regime econômico que reservava ao Estado um papel minimalista nas relações privadas, preconizava a liberdade econômica acima de qualquer outro princípio. Essa liberdade era a liberdade formal, ou seja, bastava estar garantida em lei, ainda que, efetivamente, a mesma não fosse isonomicamente exercida pelos indivíduos (FIUZA, 2003, p. 25).

E se exercício de liberdade é a própria autonomia, no âmbito civilístico dos contratos a esfera de liberdade que a pessoa dispõe pôde ser definido, historicamente, como autonomia da vontade. E como conceito histórico, depende do contexto histórico para delinear-se (BORGES, 2007, p. 89). Logo, a exposição dos contornos da autonomia da vontade e autonomia privada depende da evolução histórica da noção de reconhecimento jurídico da liberdade de expressão da vontade.

A vontade desempenhava um papel de relevo no Direito Privado, e em especial no Direito dos Contratos, em razão de ser elemento fundamental do ato jurídico. Desde que manifestada conforme os preceitos legais, suscitava a produção de efeitos, para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas (AMARAL, 2006, p. 344). A própria concepção clássica do negócio jurídico pensava-o como sendo constituído pela própria declaração de vontade, que podia reger seus próprios efeitos.

Teresa Negreiros destaca o papel da vontade no modelo contratual do século XVIII e XIX:

A vontade passa a ser o cerne do contrato, e este, o cerne do direito objetivo como um todo e do próprio Estado. O cenário jurídico-filosófico do século XVIII – o século das Luzes da liberdade, do indivíduo e do contrato – vai espalhar-se na teoria jurídica desenvolvida ao longo do século XIX, resultando na formulação de princípios, categorias e valores que, em torno da autonomia privada, até hoje governam correntes significativas do pensamento civilístico. (NEGREIROS, 2006, p. 25).

Assim, o elemento volitivo dos contratos possuía caráter quase absoluto, na medida em que somente era limitado por princípios gerais de ordem pública³⁴, bons costumes e a boa-fé. Afinal, era tido como garantia de prosperidade e de justiça. As normas editadas nesse período possuíam caráter negativista, impunham tênues limites proibitivos à vontade dos indivíduos, de modo que, respeitados tais limites, tudo seria autorizado. Qualquer invasão do Estado na esfera privada, para condicionar a vontade das partes, iria de encontro à concepção liberal do Direito dos Contratos (MULHOLLAND, 2006, p. 17).

E se a vontade era determinante tanto do exercício de direitos subjetivos quanto da formação, modificação ou extinção de relações jurídicas, fazia sentido falar, principalmente no Direito Privado desse tempo, em autonomia da vontade. A autonomia era, assim, concebida como autonomia da vontade, vez que o fenômeno volitivo essencial à formação das relações contratuais representava o fenômeno da vontade livre, desvinculada de questões econômicas ou sociais. Havia, portanto, a soberania da vontade:

³⁴ Se pensar-se que a própria idéia de ordem pública também sofre crise e modificação de seu conteúdo, a partir da mudança de paradigmas vivenciados na atualidade, é possível compreender o princípio da autonomia privada como vigente desde o Direito Romano. Isso porque a autonomia seria a mesma. A mudança de sua amplitude ficaria a cargo do que se entende, ao longo da linha histórica, por 'ordem pública'. Nessa esteira, faz sentido a distinção apresentada por Francisco Amaral (2006), entre autonomia da vontade e autonomia privada. "Os limites da autonomia privada são a ordem pública, os bons costumes e a boa-fé. Ordem pública, como conjunto de normas jurídicas que protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. Bons costumes, como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc. E a boa-fé, como lealdade no comportamento." (AMARAL, 2006, p. 347).

O dogma da vontade, assim, ocupava espaço de destaque no cenário jurídico, tendo o respaldo da lei, que garantia às convenções privadas total validade, obrigando os seus contratantes de maneira irrestrita (*pacta sunt servanda*), independentemente da realidade das partes ou das circunstâncias específicas que envolviam o contrato, ou das pessoas dos contratantes. O que importa é o ajuste, a vontade contratual. (BASTOS, 2004, p. 184).

Conforme a contratualidade clássica, do Estado Liberal, as cláusulas, quando pactuadas, faziam lei entre as partes e deviam ser cumpridas (princípio da obrigatoriedade contratual)³⁵. “Costuma-se traduzir esse princípio em latim por *pacta sunt servanda*.” (FIUZA, 2004, p. 374).

O princípio da obrigatoriedade contratual é expressão direta do princípio da autonomia da vontade. Os contratos, depois de celebrados, não mais podiam ser modificados pelas partes, a não ser por mútuo acordo, devendo ser cumpridos como se fossem lei. Havia primazia da vontade sobre fatores que viessem a impossibilitar ou alterar as condições iniciais do contrato.

Mônica Yoshizato Bierwagen esclarece:

Na concepção clássica, justificava-se tal princípio em virtude da igualdade que esse mesmo modelo exigia: se o contrato era celebrado entre pessoas livres para dispor o que quisessem, em igualdade de condições de negociação, logicamente o que fosse avençado entre elas deveria ser cumprido com a máxima exatidão e pontualidade, pois, afinal, liberdade se exerce com responsabilidade. (BIERWAGEN, 2003, p. 29).

Também expressão do princípio da autonomia da vontade, muitas vezes tido por subprincípio, é o princípio da relatividade dos efeitos, segundo o qual as estipulações do contrato somente possuem efeitos entre as partes, não transcendendo os limites relacionais para atingir terceiros. Representa a coroação da vontade, na medida em que circunscreve as conseqüências de sua manifestação somente às partes envolvidas, únicas interessadas na conclusão e execução do contrato.

O princípio da autonomia da vontade fundava-se, portanto, na ampla liberdade de contratar, que se realizava pela autonomia da vontade individual. Contudo, o ápice do liberalismo econômico faz acentuar as desigualdades, para comprometer a liberdade e a própria autonomia da vontade.

³⁵ Flávio Tartuce (2007, p. 182-183) explica que tal princípio, ao mesmo tempo em que representa expressão da liberdade, importa autêntica restrição da mesma, uma vez que, em uma visão clássica, a vontade torna-se limitada para aqueles que celebram o contrato, consensualmente e por vontade autônoma, ou seja, sob prisma da auto-limitação da própria liberdade.

Bierwagen (2003, p. 29) considera que “[...] o poder econômico submetia e retirava cada vez mais o poder de barganha do economicamente mais fraco, que tinha de aceitar as condições da outra parte, sob pena de não contratar”.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social foi marcada pela instituição de limites à vontade individual, sendo que a autonomia da vontade não mais existia de forma praticamente incondicionada.

A vontade, portanto, deixa de ser concebida enquanto fonte, para passar a ser tida como veio condutor (FIUZA, 2003, p. 27). Significa que a soberania da vontade não mais subsiste ao processo de socialização do Estado e, posteriormente, de sua juridicização. O nascimento do Estado Social traz a preocupação do Estado com o bem-comum, de modo que não mais havia espaço para uma autonomia da vontade livre e quase ilimitada, que em nada se coadunava aos fins do Estado, mormente ao bem comum, almejado como prioridade por esse modelo político.

Como consequência, o princípio da obrigatoriedade contratual foi relido diante das desigualdades e injustiças trazidas por sua aplicação direta e prevalente. Apesar de essencial à segurança das relações jurídicas contratuais, distancia-se de sua rigidez original. Afinal, não mais era possível afirmar a paridade da liberdade contratual das partes.

O princípio da relatividade dos efeitos e da intangibilidade dos contratos, determinante da soberania do regime jurídico criado pela vontade das partes para reger seus direitos e obrigações, também sofreu reconstrução, quando da subordinação do exercício da liberdade contratual à promoção da função social do contrato. Ademais, a própria dignidade das partes relacionadas passa a exigir a tangibilidade do conteúdo contratual, de modo a permitir ingerências do Estado em favor da realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim como os reflexos da autonomia da vontade foram revisitados, o próprio princípio impôs sua releitura.

Fala-se em impossibilidade de manutenção de seu conteúdo clássico, posto que a autonomia da vontade mostra-se insuficiente para abarcar a complexidade das relações sociais (fenômeno da massificação social) advindas especialmente no último século. A experiência social complexa determinou a intervenção crescente do Estado na autonomia da vontade. Assim, é notável que alguns fenômenos sociais promoveram a perda do caráter individual das relações negociais.

Aos poucos, as gerações de Direitos Humanos, os direitos considerados fundamentais e, mais recentemente, com a Constituição da República (BRASIL, 1988), os direitos e garantias individuais e sociais impuseram um novo paradigma à liberdade, que, a despeito de

subsistir enquanto finalidade do Estado Constitucional Democrático de Direito e como direito fundamental em diversos aspectos, não mais se condiciona somente aos frágeis marcos oitocentistas. Todo o ordenamento, na realização de seus objetivos sociais, políticos e econômicos, é representativo de novas lindes à liberdade. A autonomia, expressão da liberdade, também sofre as mesmas conformações.

Daí, a autonomia da vontade passar a ser melhor definida por autonomia privada³⁶. Trata-se do aspecto evolutivo da acepção da liberdade desde o regime econômico liberal e do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Entende-se, portanto, que pouco importa a exata denominação do princípio em referência. Enquanto visto como princípio da autonomia privada, parece trazer em sua essência a nova roupagem da vontade. Se chamado, o princípio, de autonomia da vontade, a vontade há de ser lida pelo intérprete à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Se alterada sua denominação para princípio da vontade racional ou da autonomia privada, tal racionalização refere-se aos exatos mesmos limites da vontade em qualquer das outras versões. Prefere-se taxar “princípio da autonomia privada”, por parecer mais didático e fiel às novas implicações semânticas da expressão³⁷.

E, se é defendido que a liberdade contratual segue sofrendo mitigação pelas intervenções estatais e dirigismo contratual, no sentido de assegurar interesses sociais maiores, é possível concluir que a autonomia da vontade cede, definitivamente, espaço à autonomia privada³⁸.

É importante notar que em nenhum momento a liberdade de manifestação da vontade deixou de ser fundamental à teoria geral do Direito dos Contratos. Contudo, as transformações traçadas hão de ser consideradas.

Significa que a liberdade permanece constitucionalmente estatuída, de modo que a autonomia das partes é assegurada pelo Direito. E esta autonomia é exatamente a autonomia privada, ou seja, a autonomia reservada à pessoa, do mesmo modo que limitada à consideração da dignidade das demais pessoas.

³⁶ Insta, antes, destacar que a autonomia privada não se confunde com liberdade de estipulação contratual. Taisa Maria Macena de Lima (2004) explica: “Não poucos autores identificam autonomia privada com liberdade de estipulação negocial. Contudo essa é bem mais restrita do que aquela. Na verdade, a autonomia privada tem conteúdo muito mais vasto, englobando questões de natureza patrimonial e questões de natureza pessoal”.

³⁷ Francisco Amaral (2006, p. 345 e 347) não compreende autonomia privada como sucedânea de autonomia da vontade, tampouco acredita que se tratam do mesmo fenômeno. Segundo o autor, “a expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a ‘autonomia privada’ marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. Essa objetividade é garantida pelos limites da ordem pública e dos bons costumes.” (AMARAL, 2006, p. 345 e 347).

³⁸ César Fiuza (2004, p. 379) não identifica autonomia da vontade com autonomia privada. Para ele, autonomia da vontade determina o contrato formado de dentro para fora.

O princípio da autonomia privada reconhece nos particulares um poder jurígeno, um poder de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações jurídicas de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina. É uma das mais significativas representações do valor jurídico da liberdade, de natureza também constitucional (CF, Preâmbulo e art. 170), que reafirma a liberdade contratual, desde que exercida nos limites da função social do contrato (CC, art. 421). (AMARAL, 2006, p. 61).

É com este conteúdo que prevalece a liberdade no ordenamento jurídico pátrio, inclusive a liberdade na qual se radica a autonomia privada. Encontra-se ainda positivada no preâmbulo da Constituição (BRASIL, 1988), em seu art. 5º *caput* e incisos, além de mencionar a liberdade em outras passagens de seu texto³⁹, sempre condicionada a objetivos maiores do Estado brasileiro.

³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988): Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

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: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte [...]

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos [...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das

No Código Civil vigente (BRASIL, 2002), a autonomia e seus condicionamentos são percebidos em vários de seus títulos⁴⁰.

Apesar da relevância da autonomia privada para os mais diversos ramos do Direito, é certo que seu campo de maior evidência é o do Direito Civil, especialmente o do Direito dos Contratos.

Importa, pois, o conteúdo deontológico do princípio em análise. Este sofreu mudanças determinantes para as relações contratuais. Na atualidade, o princípio impõe a autonomia da pessoa humana, esta fundada na vontade, como essencial à conclusão eficiente das relações contratuais. Entretanto, apesar de as pessoas serem livres para manifestarem seus interesses e estabelecerem o regime de suas relações contratuais, tal autonomia deve, necessariamente, respeitar os limites jurídicos amplamente considerados, que não se encontram dispostos, exaustivamente, em lei.

O contrato, a partir do princípio da autonomia privada⁴¹, deixa de ser fenômeno exclusivamente volitivo, deixando, portanto, de vir de dentro para fora. Apesar de as partes

desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios [...] II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴⁰ Código Civil (BRASIL, 2002). Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

⁴¹ César Fiuza (2004, p. 380-381) identifica, como subprincípios da autonomia privada, o princípio da liberdade de contratar, como sendo a liberdade de realizar ou não o contrato; o princípio da liberdade contratual, como

poderem reger seu próprio comportamento por meio da auto-imposição de normas de conduta, a vontade é condicionada por fatores externos, necessidades que dizem respeito aos motivos contratuais (FIUZA, 2004, p. 380).

Diante de todo o esboçado, cumpre definir o princípio da autonomia privada. Prefere-se trazer as palavras de Flávio Tartuce, pois nenhuma elaboração seria fiel a essa sua conjectura conceitual, que muito aproveita à investigação, no que tange à submissão da liberdade aos princípios sociais contratuais⁴² para a formação de sua compreensão:

[...] o princípio da autonomia privada pode ser conceituado como sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública -, pelo qual na formação dos contratos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de regulamentar os seus próprios interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais. (TARTUCE, 2007, p. 180).

Se esse é o conteúdo normativo do princípio da autonomia privada das partes contratantes, insta posicioná-las, uma em relação à outra. Afinal, a autonomia privada deve considerar o outro e as suas legítimas expectativas, como importante fonte de seu reconhecimento jurídico, em observância aos preceitos delineados pelo princípio da boa-fé objetiva.

3.5.4. Contrato: do contrato estático ao contrato dinâmico – princípio da boa-fé objetiva

As mudanças paradigmáticas não somente impuseram, para o contrato, releitura dos papéis desempenhados pelos contratantes e fenômeno volitivo essencial à sua formação, mas também de seu conteúdo relacional.

faculdade dos contratantes de estabelecimento do conteúdo contratual; o princípio da relatividade contratual, também conhecido como efeito relativo dos contratos, pelo qual o contrato, em princípio, respeita os limites subjetivos da relação jurídica contratual; princípio do consensualismo, que dispõe que basta o acordo de vontades para que o contrato se considere celebrado; princípio da auto-responsabilidade, que determina a responsabilização da parte por ações ou omissões que possam ser imputada à mesma; princípio da imutabilidade, que impede, em condições normais, a alteração do conteúdo contratual a não ser por mútuo consentimento; princípio da itangibilidade, pelo qual o contrato é irretroatável, salvo em situações excepcionais; e por fim o princípio da obrigatoriedade contratual, que ratifica a força obrigatória das disposições contratuais.

⁴² Os princípios sociais contratuais seriam o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da justiça contratual e princípio da função social, além de todos aqueles que se vinculam ao objetivo de formação de uma sociedade justa e solidária, do Estado Democrático de Direito.

Esse conteúdo deve ser compreendido como conteúdo jurídico do contrato, ou seja, o resultado jurídico advindo de sua celebração, e, como tal, dotado de eficácia jurídica, para fazer erigir direitos e deveres.

Todavia, a formação do resultado jurídico válido deve atender a premissas estabelecidas pelo ordenamento, para que prevaleçam seus efeitos idealizados pelas partes contratantes. Parte da proposta é de relacionar os requisitos que devem ser atendidos à conclusão e execução do contrato.

Tais requisitos ligam-se a todos os princípios jurídicos listados como havidos no contexto da contratualidade atual. Contudo, ganha evidência a importância do princípio da boa-fé objetiva⁴³, para que o conteúdo resultante do contrato seja válido e possa produzir efeitos. Sem dúvida a boa-fé atinge o conteúdo relacional em aspectos mais diversificados, que se radicam na dinâmica da relação jurídica. Estes aspectos merecem consideração nessa passagem do trabalho.

Portanto, para compreender como a boa-fé objetiva atinge o contrato, é necessário superar a idéia de contrato estático, para concebê-lo como, essencialmente, dinâmico e flexível, cujo conteúdo é passível de ajustamento a partir do modo como as partes relacionam-se e de como o conteúdo pretendido pelas partes insere-se no contexto jurídico constitucional.

Assim, a percepção do contrato enquanto relação jurídica⁴⁴ dinâmica, para a dissertação, é pressuposto teórico.

A inclusão do princípio da boa-fé⁴⁵ na parte geral do Código Civil (BRASIL, 2002)⁴⁶ denota a transição pela qual perpassa o ordenamento jurídico, de sistema dogmático-formalista a sistema ético-jurídico.

⁴³ Antes de reportar os detalhes sobre o princípio da boa-fé no Direito dos Contratos, insta, inicialmente, distinguir boa-fé subjetiva de boa-fé objetiva. César Fiuza (2004, p. 381) explica que “a boa-fé subjetiva baseia-se em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa”. A boa-fé subjetiva esteve presente no Código Civil anterior (BRASIL, 1916) e também no Código Civil vigente (BRASIL, 2002). “Refere-se a aspectos internos do sujeito, ao estado de desconhecimento ou de compreensão equivocada acerca de determinado fato.” (BIERWAGEN, 2003, p. 52). Portanto, a boa-fé subjetiva tem natureza psicológica e traduz-se em um estado de consciência de convicção de licitude e existência do Direito. O princípio informador do Direito dos Contratos na atualidade deve ser verificado à luz de sua acepção objetiva, posto que seu propósito central é garantir a validade e eficácia contratual por meio da estabilidade e segurança nas relações jurídicas negociais.

⁴⁴ Adota-se a idéia atribuída a Pietro Perlingieri, por Bruno Torquato de Oliveira Naves (2003, p. 16-20), segundo a qual a relação jurídica é a normativa harmonizada das situações jurídicas subjetivas, sendo que essas são representativas de centros de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. Assim, a relação constitui uma contraposição de situações.

⁴⁵ No que respeita às raízes históricas do princípio da boa-fé, Francisco Amaral (2006, p. 420-421) ensina que o mesmo “é um valor histórico e universal, de grande importância já no direito romano. O primeiro testemunho da presença da *fides* encontra-se na antiqüíssima norma *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (Lei das XII Tábuas, 8, 21), embora a tradição atribua esta norma ao princípio fundador da cidade, isto é, a norma é tão antiga quanto a instituição da clientela. A *fides* era assim considerada como o núcleo normativo dos contratos de direito privado, com a função de exigir dos contratantes o respeito à palavra dada (*pacta sunt servanda*), isto é, os fatos

O princípio da boa-fé, acompanhado da qualidade da probidade, confere ao Direito atual a roupagem de sistema ético-jurídico, por estabelecer padrões éticos, objetivamente considerados, evidenciados na intersubjetividade. Apesar dos parâmetros éticos aprioristicamente extraídos do princípio em alusão, não se exaure a possibilidade de densificação de seu conteúdo diante do caso concreto. Daí, é possível a afirmação de que, por este novo modelo jurídico, prevalece a ética intersubjetiva à dogmática positiva.

A boa-fé objetiva independe da intenção ou convicção do integrante da relação jurídica, mas sim, do atendimento a padrões éticos juridicamente estabelecidos, considerados objetivamente.

Os parâmetros éticos obtidos a partir de uma análise abstrata do princípio são a probidade, honestidade, integridade, retidão. Significa que a pessoa deve agir em conformidade com a expectativa⁴⁷ que se firmou numa relação pautada na honestidade das partes, com retidão no cumprimento dos deveres legitimamente estabelecidos. A probidade refere-se à lealdade das partes na cooperação mútua para a satisfação dos interesses havidos na dinâmica da relação jurídica, sendo pregada a integridade das atitudes, para que sejam irrepreensíveis.

Logo, a boa-fé objetiva determina a consideração dos interesses legítimos da contraparte, o que é típico de um comportamento leal, probado, honesto, e formaliza dever de lisura, correção e lealdade (AMARAL, 2006, p. 420).

Nesse viés, a boa-fé objetiva pode ser bem definida como sendo “um modelo de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 40).

Judith Martins-Costa define boa-fé objetiva:

[...] a expressão boa-fé objetiva designa um critério de interpretação dos negócios jurídicos, seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação jurídica obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva

devem corresponder às palavras, chegando-se a considerar que o grande mérito do pensamento jurídico no final da República, o século de Cícero, foi pôr em evidência a necessidade de conceber-se o direito como inseparável de seus valores éticos.”. Francisco Amaral (2006) acrescenta que na Idade Média a boa-fé vestiu-se de suas importantes versões, da subjetiva, em matéria de posse, e da objetiva, aplicável, por excelência, ao Direito das Obrigações.

⁴⁶ A boa-fé objetiva consagra a diretriz da eticidade, assumida pelo Código Civil (BRASIL, 2002).

⁴⁷ Trata-se da tutela da justa expectativa do contratante, que espera que a outra parte aja de acordo com o pactuado, pautando-se por parâmetro objetivo e de caráter genérico de comportamento, relacionado à lealdade e probidade na reação contratual (HIRONAKA, 2003b, p. 112-113).

no tráfico internegocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico *standard* ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé. (MARTINS-COSTA, 2002, p.612).

Significa que esse princípio refere-se à possibilidade de introduzir na relação jurídica os padrões éticos objetivos de conduta, porém, para além de seu sentido *standard*, ou seja, passíveis de definição conforme o meio social, cultural, econômico, histórico.

A opção legislativa foi positivar o princípio da boa-fé objetiva em forma de cláusula geral⁴⁸, de modo a possibilitar sua definição e ajustamento sempre dependente da circunstância jurídica⁴⁹.

Enquanto cláusula geral, o princípio da boa-fé objetiva possui abertura semântica, proporcionada pela imprecisão de seus termos, que dessa maneira foram positivados por intenção do legislador, ou seja, por técnica legislativa.

Insta destacar que a opção legislativa, de introdução expressa do princípio da boa-fé objetiva no regime legal civilístico por meio de cláusula geral, não significa que o julgador pode compreendê-la através de suas convicções pessoais. Deverá preencher o conteúdo semântico do princípio a partir de fatores objetivamente justificados, racionalmente construídos, através de aspectos presentes na intersubjetividade da relação jurídica contratual, sempre com respaldo do ordenamento jurídico, especialmente da Constituição vigente (BRASIL, 1988). Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem:

Não obstante, o juízo de valor do magistrado não é a tomada de posição conforme um ato interno ou um mero sentir irracional. Quando o julgador percebe que determinada conduta é contrária à boa-fé, formula o juízo com base em fatos objetivamente justificáveis, em conformidade com as exigências e pautas de valoração do ordenamento jurídico, da Constituição e dos princípios jurídicos. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 39).

São aportadas três funções ao princípio da boa-fé objetiva⁵⁰, que preenchem seu conteúdo deontológico. São elas a função interpretativa, função limitadora ou de controle e função

⁴⁸ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2006, p. 39) explicam que “o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa, pois, graças à sua generalidade, torna-se possível captar um vasto grupo de situações a uma consequência jurídica.”

⁴⁹ As diversas manifestações jurídicas da emersão deste princípio já se faziam notar antes mesmo da positivação pelo Código Civil (BRASIL, 2002). Como exemplos, podem ser citadas as normas dos arts. 4º, III e 51, IV, ambos do CDC.

⁵⁰ No Brasil, as lições de Judith Martins Costa devem ser necessariamente consideradas, visto que seu pioneirismo dedicação ao tema é amplamente reconhecido pela doutrina (FARIAS; ROSENVALD, 2006). Judith Martins-Costa (2002, p. 640) aduz à boa-fé objetiva um aspecto tridimensional, que engendra as suas três funções, explicadas no texto.

integrativa. Cada uma delas reporta-se intimamente com a positivação do princípio, em três momentos distintos, pelo Código Civil (BRASIL, 2002).

A função interpretativa é reconhecida ao princípio da boa-fé objetiva em vinculação com a previsão do dispositivo normativo do art. 113 do Código Civil⁵¹ (BRASIL, 2002), segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”.

No que respeita a essa primeira função, a normatividade do princípio determina que negócios jurídicos (sendo os contratos importante categoria dos negócios jurídicos, de relevo político, social e econômico), levando-se em consideração os padrões éticos juridicamente estabelecidos, devem ser apurados numa perspectiva intersubjetiva, ou seja, compreensiva entre os sujeitos, sendo de menor relevância as convicções particulares. Significa privilegiar a aparência do conteúdo contratual, assim como visualizado intersubjetivamente. Logo, as expectativas legitimamente criadas são consideradas para a verificação do sentido objetivo do objeto jurídico do contrato.

Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 54) afirma que o emprego do princípio como critério de interpretação é “irrecusável no trabalho hermenêutico dos contratos”.

A função de controle é consectário do que prevê o Código Civil (BRASIL, 2002), em seu art. 187. Versa sobre o abuso do direito⁵².

Assim, a boa-fé objetiva, em sua função de controle, está diretamente relacionada à teoria do abuso de direito, para limitar ou impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual⁵³. “[...] o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.” (NEGREIROS, 2006, p. 140, 141).

⁵¹ Como fontes de Direito Comparado do referido dispositivo legal, Francisco Amaral (2006, p. 419) destaca o Código Civil francês (art. 1.135), o alemão (§157), o italiano (art. 1.366), o português (art. 239).

⁵² César Fiuza (2004, p. 382) relaciona o abuso de direito com o exercício desleal de direitos, comportamento contraditório e constituição desleal de direitos.

⁵³ É interessante o posicionamento divergente de José de Oliveira Ascensão (2005). Ele explica que o art. 187 do Código Civil comporta situações distintas de irregularidades no exercício de um direito. Porém, não se referem, todas elas, ao abuso de direito. Para defender tal tese, o autor explica a origem do abuso de direito, vinculando-o aos atos emulativos, através dos quais o proprietário exerce seu direito de modo a prejudicar o proprietário vizinho. Acrescenta, ainda, que os atos emulativos têm previsão no art. 1228, §2º do Código Civil vigente. Desse modo, enquanto o abuso de direito refere-se ao exercício de um direito fora dos limites para causar prejuízos a terceiros no âmbito do Direito de Propriedade, o art. 187 do Código Civil vigente traz três limitações distintas de direito: os bons costumes, a boa-fé e o fim econômico e social. Afirma, então, a inexistência de base para a unificação dos comandos normativos do art. 187 à figura unitária do abuso de direito. No que tange à oficiosidade na apreciação, tampouco coincidem os regimes das normas do art. 187 do Código Civil vigente. Esses comandos normativos seriam bem mais amplos que o abuso de direito, e poderiam encontrar melhor compreensão no cenário da extensão semântica da boa-fé objetiva: todas as limitações referem-se a “causas valorativas de atuações objetivamente ilícitas no exercício dos direitos.” (ASCENSÃO, 2005, p. 54).

Para Flávio Tartuce (2007, p. 229), o abuso de direito⁵⁴ “é um ato lícito pelo conteúdo, mas ilícito pelas conseqüências, ou seja, a ilicitude está na forma de execução do ato”. A norma contida no art. 187 do Código Civil, que institui 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”, estabelece limites ao exercício dos direitos subjetivos, sendo que um desses limites é a boa-fé objetiva.

Tais limites trazidos pela função de controle do princípio da boa-fé objetiva restringem, em especial, a autonomia privada. Porém, o conteúdo do contrato é que será adequado, interpretado ou integrado ao ordenamento jurídico, em razão do princípio. Às partes não é dado o direito de negligenciar os deveres éticos de conduta, sob pena de ajustamento do conteúdo do contrato, conforme o contexto da relação jurídica negocial e, ainda, o ambiente social em que essa relação acontece.

A função de controle tem a si vinculado o reconhecimento de algumas figuras jurídicas, todas representativas de limites ao exercício abusivo de direitos. São figuras protetivas das legítimas expectativas dos atores da relação jurídica contratual.

Tais figuras são construídas a partir de uma hermenêutica jurídica do Direito Civil Contratual que considera o ordenamento como um todo, a relevância das normas constitucionais e a interação entre as diversas expressões da normatividade principiológica da boa-fé.

Flávio Tartuce (2007, p. 203) explica que, além de essas construções⁵⁵ serem caracterizadas como abuso de direito e, portanto, identificadas como vieses da função de controle, também podem ser empregadas para, na função integrativa, proceder ao preenchimento de lacunas.

A *supressio* é explicada como a supressão de um direito, com o passar dos tempos, em razão da renúncia tácita do mesmo pelo seu não exercício. Correlatamente, surge um direito para o devedor, por meio da surreição ou *surrectio*, ou seja, um direito que não existia passa a

⁵⁴ No que respeita à origem do abuso de direito, e em referência às lições do Prof. Renan Lotufo, Flávio Tartuce (2007, p. 227) reporta à figura da *aemulatio* do Direito Romano, e explica que a mesma define-se como o “exercício de um direito sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem”, sendo que tal figura teve aplicação ampliada, para alcançar o direito de vizinhança.

⁵⁵ Mônica Yoshizato Bierwagen, em referência a José Roberto de Castro Neves, relaciona essas figuras: “[...] *venire contra factum proprium*, que consiste no impedimento de obtenção de vantagem daquele que, pela prática de ato contraditório a um outro por ele mesmo praticado anteriormente, acabe confundindo a outra parte; da *supressio*, que se refere à demora desleal e anormal na realização de certo negócio, liberando a outra parte da obrigação, se assim for comprovado; e do *tu quorquæ*, pelo qual a parte que deixou de realizar certo ato não pode exigir da contraparte que cumpra a sua, ou seja, ‘um contratante não tem o poder de exigir do outro um determinado comportamento que ele próprio descumpriu’.” (BIERWAGEN, 2003, p. 56).

existir, em decorrência da efetividade social, de acordo com os bons costumes. Desse modo, a *supressio* e a *surrectio* seriam duas faces da mesma moeda. Há que se falar da máxima *tu quoque*, que faz reconhecer que o contratante que violou uma norma jurídica não pode tirar proveito da situação em próprio favor. Tem lugar ainda a *venire contra factum proprium*, que proscreve que determinada pessoa exerça um direito próprio de modo a contrariar um comportamento anterior, que tenha gerado legítima expectativa à contraparte, ou seja, tal figura indica a vedação do comportamento contraditório. Por fim, o *duty to mitigate the loss*, como a atribuição ao credor da obrigação lateral de evitar o agravamento do próprio prejuízo, sendo que, caso não o faça, terá a impossibilidade de se restituir da parte que poderia ter evitado (TARTUCE, 2007, p. 205-211).

Ainda sobre *venire contra factum proprium*:

A expressão *venire contra factum proprium* significa a proibição de agir de modo a frustrar a justa confiança, ou a contradizer as legítimas expectativas que uma parte suscita no outro pólo da relação contratual e, sucessivamente, desilude, pois não é lícito contradizer o próprio comportamento, frustrando a expectativa legitimamente despertada. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 645-646).

Por fim, a positivação da função integrativa do princípio da boa-fé objetiva é reconhecida no art. 422 do Código Civil (BRASIL, 2002), que institui que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A integração refere-se aos respectivos efeitos da boa-fé objetiva sobre os contratos, constituindo-se no processo por meio do qual as eventuais lacunas existentes no negócio jurídico, resultantes da ausência de normas aplicáveis ao caso concreto, são preenchidas. A necessidade da integração decorre do fato de as partes não terem previsto todos os efeitos de sua declaração. Assim, a integração completa o negócio (AMARAL, 2006, p. 422).

A função integrativa é a que recebeu maior teorização. Foi concebida em duas importantes dimensões, todas ligadas a importantes normas de relativização do conteúdo relacional do contratual. Tais dimensões devem ser consideradas para a consecução do objetivo dessa passagem da presente dissertação, qual seja, a busca por linhas gerais de uma teoria geral dos contratos, inserida no contexto constitucional da atualidade e capaz de enxergar para além das normas jurídicas positivadas.

Na primeira dimensão, o princípio da boa-fé possibilita preencher as lacunas do conteúdo contratual, conforme os citados parâmetros éticos, objetivamente apurados, e provenientes do próprio ordenamento.

Numa segunda dimensão, são frequentemente reconhecidos como irradiados da função integrativa do princípio, os chamados deveres anexos de conduta. Trata-se, nos dizeres de Teresa Negreiros (2006, p. 150), da especialização da exigência de as partes se comportarem em conformidade com os ditames da boa-fé, o que engendraria os deveres instrumentais, também denominados deveres laterais ou anexos.

Os deveres anexos são impassíveis de enumeração exaustiva⁵⁶, em decorrência da lógica de sua gênese, qual seja, a de decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva, cuja extensão do conteúdo semântico é acentuado por seu caráter de princípio e por sua positivação por meio de cláusula geral.

Tais deveres não decorrem da vontade das partes, mas sim, da relação jurídica contratual em sua atual roupagem, que remonta ao Estado Social, para consagrar-se sob paradigma do Estado Democrático de Direito, e ainda, sob influência de toda a principiologia do Direito dos Contratos.

Significa, portanto, que esses deveres são inerentes a qualquer contrato, sendo desnecessária qualquer previsão no instrumento (TARTUCE, 2007, p. 200).

Dessarte, enquanto sujeitos de centros de interesses contrapostos para a formação de relação jurídica contratual, as partes possuem deveres de conduta impostos pelo princípio da boa-fé objetiva, quais sejam, dever de proteção, esclarecimento e lealdade⁵⁷, dentre outros desses decorrentes.

O dever de proteção refere-se à proteção da contraparte dos riscos de danos à sua pessoa e a seu patrimônio, antes, durante e após a relação contratual. Preza a segurança e previdência das partes. O dever de lealdade comporta a obrigação das partes de agirem em cooperação, de modo a evitarem quaisquer condutas capazes de falsear o objeto do contrato, desequilibrar as prestações ou comprometer a dignidade do outro. Guarda íntima relação com o princípio constitucional do solidarismo social. Ademais, estende a responsabilidade dos contratantes, para alcançar desde a fase das tratativas, a fase de conclusão, execução, para atingir o momento pós-contratual. Por fim, o dever de esclarecimento, também vigente antes, durante e após a conclusão do contrato, ordena a regularização de déficits de entendimento, a prestação de informações claras e precisas acerca de todo o objeto contratual, de modo que

⁵⁶ Foi feita a opção de se assumir de três deveres anexos de conduta, dos quais, sustenta-se, partem todos os demais. Porém, a doutrina, não raramente, explicita série mais ampla de deveres anexos. A exemplo, Flávio Tartuce (2007, p. 216-217) identifica seis palavras-chave para a compreensão do instituto: lealdade, confiança, equidade, razoabilidade, cooperação e colaboração.

⁵⁷ Tal tripartição é empregada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2006, p. 53), em *Direito das Obrigações*.

nenhum dado essencial à formação do convencimento e à execução do contrato seja sonegado (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 54-56).

É coerente o entendimento de que o princípio tem incidência também na fase das tratativas, e para além do término da conclusão e execução do contrato. Nessa direção, Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 11) sustenta que a incidência do princípio da boa-fé objetiva ocorre desde a fase pré-contratual, “perdura no momento da definição do ajuste contratual, assim como no de seu cumprimento; e subsiste, até mesmo, depois de exaurido o vínculo contratual pelo pagamento ou quitação.”.

Sobre a relação entre a boa-fé objetiva e a concepção do contrato enquanto dotado de natureza dinâmica, para tornar obrigatória a aplicação do princípio em todos seus efeitos, fases e expectativas, Teresa Negreiros considera:

Na promoção da ética e da solidariedade social, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à sua execução, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contratantes. (NEGREIROS, 2006, p. 118).

Em síntese, é o princípio da boa-fé objetiva⁵⁸ que direciona a colaboração intersubjetiva no contexto da relação jurídica contratual. Nessa medida, atrai a aplicação dos outros princípios jurídicos havidos sob paradigma do Estado Democrático de Direito ao contrato, em sua perspectiva relacional.

3.5.5. Da posição relacional dos contratantes: da igualdade formal à igualdade substancial – princípio da justiça contratual

Muito já foi dito acerca da evolução do paradigma da igualdade. Aqui, é imperioso retomar a temática para tratamento do princípio da justiça contratual, que se funda exatamente na promoção do equilíbrio, da comutatividade e da paridade.

Em verdade, há de se falar em duas modalidades de igualdade, para compreensão da transição do paradigma. A igualdade formal e a igualdade material.

⁵⁸ César Fiuza (2004, p. 382-383) concebe como subprincípios da boa-fé objetiva os princípios da transparência e da confiança. Pensa-se que tais conteúdos normativos estejam vinculados à função integrativa da boa-fé objetiva, quando da inserção dos deveres anexos de conduta na relação contratual.

A igualdade formal é aquela assegurada por lei no contexto do Estado Liberal, para garantir a liberdade. Considerar o indivíduo igual significava protegê-lo, igualmente aos demais, das ingerências indesejadas do Estado. Assim, a igualdade era a potencialidade, dada a todos, de serem iguais. O Estado Liberal preocupava-se em não privilegiar qualquer parte, tampouco intervir, visto que formalmente, nos termos da lei, garantia igualdade entre os indivíduos. Trata-se de percepção da igualdade, não somente através de uma perspectiva liberal econômica, mas também, por uma ideologia filosófica individualista.

A igualdade formal, portanto, preconiza igualdade de oportunidades, ainda que tais oportunidades, efetivamente, não possam ser exercidas livremente, por outros motivos determinantes. É a igualdade de todos perante a lei.

A igualdade substancial, por sua vez, ocupa-se da comutatividade contratual e da distribuição equitativa de ônus e riscos. “Salvo em casos excepcionais, presente a justiça formal, presume-se presente a justiça substancial.” (FIUZA, 2004, p. 383).

Essa segunda versão da igualdade é imposta como exigência do próprio regime jurídico atual. “Consiste no reconhecimento das desigualdades sociais de modo a justificar a interferência do poder público para proteger os interesses dos mais fracos.” (AMARAL, 2006, p. 25).

Isso porque a igualdade formal, havida como condição ao desenvolvimento das atividades de mercado, acabou por gerar desigualdades em outras dimensões e esferas, de modo que a evolução social e política foram, também, determinantes da mutação do conteúdo do princípio da igualdade, para passar a comportar a igualdade substancial.

Na realidade, a evolução do paradigma da igualdade do Estado Liberal oitocentista ao Estado Democrático de Direito não pode ser evidenciada como sendo a substituição, mas sim, a complementação da igualdade formal pela igualdade substancial. Trata-se, sim, de incorporação, à idéia de igualdade, da igualdade material, faticamente perseguida. Logo, a igualdade formal possui relevância e é ponto de partida, tida como mínima condição para que a igualdade substancial se realize.

A igualdade substancial não é prevista com fincas à garantia abstrata da igualdade, mas como exigência objetiva para sua efetivação.

O princípio da igualdade, que normatiza um dos valores básicos do direito privado e legitima um direito fundamental constitucional (CF, Preâmbulo e art. 5º), concretiza a idéia de que as pessoas devem ter uma posição de equilíbrio nas relações jurídicas de que participam. Essa igualdade é formal quando considerada em face da lei (igualdade formal), e é material quando referente às oportunidades da

peessoa na sua vida em sociedade (igualdade material ou substancial). (AMARAL, 2006, p. 61).

Na concepção clássica, em que a liberdade e a igualdade eram as sustentadas pelo regime do liberalismo econômico e pela doutrina filosófica do individualismo, as partes eram formalmente iguais e podiam exercer sua liberdade de forma ampla e quase irrestrita. Possuíam, de forma presumida, consciência das obrigações assumidas. Por isso, desproporções prestacionais exageradas eram inquestionáveis, sob pena de ofensa à própria liberdade individual.

Naquele cenário, embora a lei pronunciasse a igualdade e a justiça (entendidas como igualdade e justiça formais), “as desigualdades sociais faziam da lei a sua própria inoperância”, uma vez que era ausente a proscricção do domínio dos mais fracos pelos grupos econômicos mais fortes. O tratamento liberal, “principalmente no campo do direito patrimonial, praticamente avalizavam a injustiça contratual.” (BASTOS, 2004, p. 185).

A vigência do princípio da igualdade substancial compõe, sob paradigma do Estado Democrático de Direito, o que se chama de justiça contratual.

O princípio da igualdade, fundamento do princípio da justiça contratual, encontra-se positivado na Constituição da República (BRASIL, 1988), tanto em seu preâmbulo quanto no *caput* do art. 5º.

Em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, o princípio da justiça contratual determina, não somente a realização da igualdade formal, mas também, da igualdade material. Se a igualdade sofre mitigação em qualquer de suas versões expressivas, há ofensa da norma evidenciada pelo princípio em alusão.

Assim, no âmbito das relações contratuais, o princípio da justiça impõe às partes o dever de atuar em conformidade com a justiça formal (igualdade das partes no processo de contratação) e a justiça substancial (efetivo equilíbrio de direitos e deveres das partes contratantes) (NORONHA, 1994 *apud* LIMA, 2004).

Diante dessa previsão constitucional e do paradigma tratado, ascendem-se os debates acerca do que é uma relação contratual justa. Desses debates, alguns parâmetros e normas cogentes, muitos deles identificados como subprincípios, quando incidentes sobre as relações contratuais, instituem o alcance o princípio da justiça contratual, conforme arrolados a seguir.

O princípio da justiça contratual, em seu aspecto relacionado à igualdade substancial, é que determina a equivalência entre as prestações ou a comutatividade contratual. Paulo Luiz Netto Lôbo explica:

Talvez uma das maiores características do contrato na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência material das prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando se as mudanças de circunstâncias podiam ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega do cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível, objetivamente, segundo regras da experiência ordinária. (LÓBO, 2003, p. 215).

Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 29), sobre a relevância desse princípio para o Direito, defende que o mesmo é princípio essencial, porque exige a equivalência e equilíbrio das prestações no curso das contratações, uma vez que às partes é dado saber, desde o início das tratativas, quais serão seus proveitos econômicos e suas perdas.

Não se deve confundir equivalência das prestações com a necessidade de equivalência objetiva. Não precisam ser rigorosamente do mesmo valor, mas devem corresponder às expectativas que as partes tinham a seu respeito (BIERWAGEN, 2003, p. 70).

Nesse diapasão é a lição de Teresa Negreiros:

[...] o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa contratual, servindo como parâmetro para a avaliação do seu conteúdo e resultado, mediante a comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada um dos contratantes. Inspirado na igualdade substancial, o princípio do equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável. [...] De acordo com esse princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes. Definitivamente, a justiça contratual deixa de ser concebida como uma decorrência inexorável da autonomia da vontade. (NEGREIROS, 2006, p. 159).

Consagram-se, assim, os paradigmas do tratamento paritário e do equilíbrio econômico, este entendido não somente enquanto distribuição equitativa de ônus, riscos e benefícios, mas também, como a proscrição do comportamento economicamente abusivo, ainda que em contrato não comutativo. A proporcionalidade não pode ser aferida exclusivamente a partir das prestações estabelecidas na relação contratual, mas também, é passível de averiguação em comparação com os valores de mercado e com a razoabilidade das cláusulas contratuais criadoras de benefícios excessivos ou de ônus exagerados. É conveniente explicar.

É comum a defesa da tese de que o princípio da equivalência das prestações, aqui tido como desdobramento do princípio da justiça contratual, somente seria aplicado aos contratos comutativos, assim entendidos como aqueles nos quais as partes, desde o momento da

celebração, conseguem estimar a prestação a ser recebida. No entanto, acredita-se que o princípio da equivalência das prestações pode marchar até os contratos ditos aleatórios, cujos riscos não são equitativamente distribuídos, e as prestações não guardam a mesma proporção.

Quanto aos contratos comutativos, não restam dúvidas acerca da incidência direta do princípio da justiça contratual por meio do princípio da equivalência das prestações. Todavia, mesmo os contratos aleatórios devem, em suas cláusulas, proceder a uma distribuição equânime de ônus e benefícios. De fato, os contratos aleatórios pressupõem naturalmente uma desproporção entre prestações. Cumpre, contudo, insistir que tal falta de comutatividade não pode implicar desproporção quanto ao risco assumido. Logo, ainda que as prestações não possam corresponder entre si, ou seja, ainda que inexista comutatividade, essas devem corresponder aos os riscos distribuídos e assumidos, como expressão do subprincípio da equivalência das prestações⁵⁹.

Em seguimento ao objetivo de discorrer sobre as diversas expressões do princípio da justiça contratual, tem-se que as disposições pertinentes à promoção da justiça contratual, ou seja, do equilíbrio entre prestação e contraprestação, no momento da contratação (lesão) ou nos contratos de execução continuada ou diferida (onerosidade excessiva superveniente), são manifestações do princípio da igualdade substancial.

A previsão da possibilidade de anulação do contrato, em caso de lesão e do vício de consentimento do estado de perigo, são, assim, exemplos adicionais de derivações do comando normativo do princípio da justiça contratual, no sentido de preservar o real equilíbrio de distribuição de riscos e ônus do contrato.

Interessam, portanto, o estado de perigo e a lesão, pois, além de se constituírem, no tocante à positivação expressa no Código Civil (BRASIL, 2002), duas novas modalidades de anulação do contrato, configuram, também, hipóteses de reapreciação do contrato por força de desequilíbrio prestacional, ou seja, por ausência de justiça contratual. Significa que os desequilíbrios havidos em decorrência desses vícios são igualmente atentatórios ao conteúdo normativo do princípio da justiça contratual e, portanto, podem ser submetidos à análise judicial.

⁵⁹ Por exemplo, em um contrato de seguro de automóvel, o prêmio, é calculado com base na mensuração do risco do bem segurado, e o valor da indenização não pode ser majorado pelas condições de mercado. Assim, é também certo que a indenização não poderia ser reduzida por motivo de desvalorização do veículo com o tempo. Se o segurado pagou o prêmio em razão de maior valor, o princípio da equivalência das prestações há de ser aplicado, para clamar por duas soluções equânimes: ou a indenização é prefixada quando da contratação ou a mesma deve poder oscilar para mais ou para menos. Se puder somente ser reduzida, o ônus do segurado é maior que para a seguradora, sendo ofendido o princípio da justiça contratual.

O estado de perigo em sentido lato é a situação em que se faz necessário sacrificar um bem jurídico em favor de outro. O estado de perigo previsto no art.156 do Código Civil (BRASIL, 2002) é uma de suas espécies (BIERWAGEN, 2003, p. 102). “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”.

Importa a conclusão do negócio jurídico em estado de perigo previsto pelo Código Civil citado, mormente em razão de tal vício de consentimento relacionar-se com o desequilíbrio das prestações. Para que o contrato firmado em estado de perigo seja passível de anulação, são necessários os seguintes requisitos cumulativos: a) alguém deve estar premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família de grave dano; b) tal dano deve ser conhecido pela outra parte; c) deve haver assunção de obrigação excessivamente onerosa.

Em realidade, há a presunção de que a pessoa, no estado de perigo descrito, tem reduzida a capacidade ou o discernimento para os atos negociais. O fato de o dano grave iminente dever ser conhecido pela outra parte significa que é em razão dele que a parte em desvantagem consente.

Quanto à lesão, o instituto não é propriamente novo, senão no Código Civil⁶⁰ (BRASIL, 2002). No Direito brasileiro, a lesão evoluiu até ser abandonada pelo Código Civil anterior (BRASIL, 1916). César Fiuza (2004, p. 225-227) narra que a Constituição de 1937 trouxe de volta a lesão, o que provocou a produção doutrinária e jurisprudencial. Tido, normalmente, como filho da equidade, a lesão permaneceu no Direito pátrio de forma idêntica àquela do Direito português, uma vez que, quando da independência do país, foi decretada a vigência de da lei portuguesa nas partes em que não tivesse sido revogada pela lei brasileira. Em 1951, a Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei n.º1521) tratou da usura, expressão da proibição da lesão. O Código Consumerista, por sua vez, abordou a lesão, ao garantir ao consumidor a modificação das cláusulas contratuais quando estabelecerem prestações desproporcionais e ao considerar nulas de pleno direito as cláusulas iníquas, abusivas, que colocarem o consumidor em desvantagem exagerada.

⁶⁰ César Fiuza (2004, p. 223) faz digressão acerca da origem do instituto da lesão. Segundo o autor, as fontes mais próximas e diretas da lesão radicam-se no Direito Romano. A lesão teve lugar no final do Alto Império, sendo que tal legislação imperial é a fonte da qual decorre toda a doutrina do instituto. Após tratar o instituto desde o Direito Romano até os dias atuais, aponta como sendo a evolução do Estado Liberal para o Estado Social a responsável pela ressurreição da lesão. O mesmo autor (2004, p. 227) ainda critica a técnica legislativa ao posicionar o instituto da lesão ao lado dos vícios de consentimento. Entende que o fundamento do instituto da lesão não é a dissonância, por qualquer razão, entre a vontade declarada e a vontade real. Do mesmo modo, a lesão distancia-se, sobremaneira, da hipótese de ser considerada vício social. O fundamento da lesão é a própria existência de desproporção exagerada entre as prestações.

Sobre a lesão, dispõe o Código Civil:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (BRASIL, 2002)

A lesão, enquanto vício excepcional (FIUZA, 2004, p. 228) hábil a anular ou impor a revisão do contrato, depende de: a) sua ocorrência no momento da contratação; b) a pessoa encontrar-se ou sob premente necessidade ou agir em inexperiência, ou seja, em condição de inferioridade, para assim, assumir obrigação de pagar a prestação; c) a prestação ser manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Ainda sobre a lesão, no aspecto subjetivo, novamente há presunção de redução do consentimento, posta a aceitação de obrigar-se a prestação manifestamente desproporcional, diante da inexperiência ou premente. A desproporção há de ser apreciada conforme as condições da época da realização do negócio jurídico. A jurisprudência, inclusive, tem dispensado a prova do aproveitamento, sendo esse deduzido das circunstâncias em que se realizou o negócio.

Havendo lesão, há previsão da possibilidade de conservação do contrato em caso de oferecimento de suplemento ou se a parte favorecida concordar em reduzir seu proveito, de modo a equilibrar as prestações. Quando das hipóteses de conservação do contrato, não basta o simples suplemento ou redução do proveito. Estes devem ser suficientes à justiça contratual, evitando-se, assim, enriquecimento sem causa para uma das partes. Nesse caso, mais uma vez o conteúdo obrigacional poderá ser revisto, com fincas à realização da justiça contratual. Ademais, a despeito de a disposição legal prever, como regra, a anulação, e ainda, como faculdade e em caráter de exceção, a conservação do negócio com o oferecimento de suplemento prestacional ou de redução do proveito econômico, em tudo, necessariamente, há de ser observada a função social que o contrato desempenha e, sobretudo, a que pode desempenhar.

Sobre a alteração das circunstâncias contratuais após a conclusão eficiente do negócio e durante sua execução, merece apreciação a possibilidade de ocorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários que, muitas vezes, fazem com que a execução do contrato, por uma das partes, fique excessivamente onerosa. Também com o escopo de promover a justiça

contratual é que, alicerçadas na cláusula *rebus sic stantibus*, bem definida pela Teoria da Imprevisão como disposição implícita que permite a revisão de cláusulas e o restabelecimento do equilíbrio relacional inicial, surgem duas possibilidades: a de ajustamento das prestações por meio de revisão forçada e a conseqüente conservação do contrato, ou a de resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Tais possibilidades são dispostas no Código Civil, conforme abaixo:

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

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (BRASIL, 2002).

A interpretação literal das normas contidas nos artigos de lei acima transcritos levaria à conclusão de que, somente ao devedor, é dada a faculdade de pleitear a resolução do contrato por onerosidade excessiva. Adiante, confere, unicamente, ao credor a opção de desejar e promover a conservação do contrato. Há a presunção de que somente o devedor pretenderá resolver o contrato e que ele jamais poderá desejar ou optar pela conservação.

Porém, essa não é conclusão racional, em tempos de Direito com feições ético-jurídicas. O credor não necessariamente deseja locupletar-se às expensas do devedor. Ademais, ao credor pode interessar a resolução do contrato, assim como ao devedor, a conservação. Insta, ainda, ressaltar que à sociedade pode não ser benéfico o desfazimento do negócio.

Em verdade, a melhor hermenêutica constitucional - que considera o sistema do Direito como um todo, de normas inter-relacionadas e indissociáveis, e que acontece e evolui sob paradigma do Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, preconiza, além da função social do contrato, a igualdade substancial - leva a outra conclusão: não somente às partes, em igualdade, é dado o direito de pleitear a revisão ou resolução do contrato, mas também, os interesses da sociedade deverão ser, necessariamente, considerados quando da decisão judicial.

Assim, para que se proceda à resolução do contrato com fundamento na Teoria da Imprevisão, da maneira como recepcionada pelo Direito Civil brasileiro, é imprescindível a configuração das seguintes hipóteses: os contratos devem ser de execução continuada ou

diferida; a prestação de uma das partes deve tornar-se extremamente onerosa, além do risco assumido quando da contratação; deve haver extrema vantagem para outra parte, maior do que a melhor lucratividade esperada; tal desequilíbrio deve ocorrer em razão de fatos imprevisíveis ou extraordinários (fatos incomuns e inesperados, entendidos pelas partes como não prováveis à época da celebração do contrato, apesar de possíveis).

Entretanto, a tendência é de que, verificado o desequilíbrio das prestações, seja o contrato revisto ou resolvido por onerosidade excessiva, ainda que com fundamento na função residual do princípio proibitivo do enriquecimento sem causa, que será exposto a seguir.

Assim, em nome do princípio da justiça contratual, igual destaque merece a positivação do princípio proibitivo do enriquecimento sem causa, do art. 884 do Código Civil (BRASIL, 2002), esclarecido adiante.

A doutrina, antes do advento do Código Civil (BRASIL, 2002), era bastante omissa quanto ao enriquecimento sem causa. Em geral, tratavam o pagamento indevido quando da obrigação natural, e o enriquecimento sem causa muitas vezes sequer era mencionado.

Fernando Noronha (2003), Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2006) utilizam o enriquecimento sem causa para identificar uma tripartição na classificação das obrigações, a partir de sua função: função negocial, reparatória ou restitutória. Todavia, pouco se arriscam na terceira categoria.

Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 199) pontifica que “o pagamento indevido pertence ao grande manancial de obrigações que surge sob égide do enriquecimento sem causa”. Entende o primeiro como integrante do segundo. Nessa linha de raciocínio, parece desejar aproximar-se da idéia de Fernando Noronha (2003), da importância desses institutos para firmar a categoria das obrigações de natureza restitutória, ou seja, como fonte autônoma de obrigações.

Aqui, Venosa (2006) chama a atenção para uma questão fundamental: não se trata de simples desequilíbrio ou transferência patrimonial não comutativa. Insta saber se a origem do enriquecimento encontra causa justa, advinda de ato jurídico válido. Mesmo porque o enriquecimento não é vedado, mas sim o enriquecimento sem causa, entendido como aquele desproporcional e sem fundamento jurídico, que passa a ser considerado como abusivo de direito e, portanto, ilícito.

O que determina o princípio proibitivo do enriquecimento sem causa, enquanto expressão do princípio da justiça contratual, é a remoção de acréscimos indevidos de determinado patrimônio. A aplicação do princípio proibitivo do enriquecimento sem causa

transcende o Direito dos Contratos. Para este último ramo do Direito Civil, a origem do enriquecimento sem causa deve ligar-se a uma relação contratual.

Considerando a ação *in rem verso*, para a reversão do enriquecimento sem causa, que possui, por força de dispositivo normativo positivado no Código Civil (BRASIL, 2002), caráter de subsidiariedade, é possível concluir que só sobrevirá a ação de reversão enriquecimento sem causa, quando não houver outro remédio no ordenamento jurídico processual. Assim, se existentes outros meios para proceder à justiça contratual, este será privilegiado, sendo residual a aplicabilidade do princípio proibitivo do enriquecimento sem causa.

O princípio da justiça contratual visa a promover a efetiva igualdade e equilíbrio entre as posições dos contratantes na relação contratual.

3.5.6. Do objeto contratual: do liberalismo clássico ao dirigismo contratual determinante do objeto jurídico-funcional – princípio da promoção da função social do contrato

Os direitos subjetivos eram praticamente incondicionados quando do Estado Liberal, que, abstencionista, era adotante da doutrina do liberalismo econômico. A não ser que fossem ofendidas normas gerais de ordem pública⁶¹ e os bons costumes, o exercício dos direitos subjetivos poderia ocorrer de forma ampla e irrestrita por seus titulares.

O percurso histórico marcado pelo desenvolvimento do capitalismo demonstrou que o exercício dos direitos no sentido exclusivo dos interesses individuais, ou seja, de forma egoística, ao invés de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca (BIERWAGEN, 2003, p. 26). Na seara dos contratos, as grandes indústrias, em verdade, impunham suas condições, deixando pouco ou nenhum espaço à liberdade da outra parte, que não podia deixar de consumir, por causa de suas necessidades.

Mônica Yosizato Bierwagen explica que:

O novo conceber da propriedade, fundada no absoluto uso, gozo e disposição dos bens consagrados no Código Napoleônico e em outros sistemas jurídicos formados ao longo do século XIX e início do século XX, se por um lado representava o

⁶¹ A idéia de ordem pública no Estado Liberal é bem diferente da ordem pública prescrita no Estado Democrático de Direito. A ordem pública subsiste no tempo enquanto expressão de limite ao exercício da autonomia privada. Entretanto, o regime jurídico da ordem pública se ampliou, para impor exigências maiores e ingerências mais frequentes nas relações jurídicas privadas.

definitivo rompimento com o decadente regime feudal, a representação máxima da liberdade individual, por outro, com a crescente industrialização, que se seguiu de forma desordenada pela não-intervenção do Estado, logo mostrou sua face nefasta: a exploração da propriedade de forma irrestrita e incondicional com o desmedido intuito de lucro permitiu a concentração de capital nas mãos de poucos, que, através do poder econômico e do monopólio dos meios produtivos, estabeleciam, unilateralmente, as condições dos contratos, tornando a tão decantada liberdade de contratar num verdadeiro cárcere aos menos favorecidos, que cada vez mais viam escasseadas as opções para satisfação de suas necessidades, seja de trabalho, seja de consumo, senão através das grandes indústrias que se formavam. (BIERWAGEN, 2003, p. 37-38).

Em decorrência do crescimento desordenado da sociedade e do tempo que persistiu a propriedade privada como valor absoluto de expressão de liberdade e de individualidade, as desigualdades se acentuaram, de maneira a evidenciar a incompatibilidade de tais concepções com as tendências da atualidade, de consideração da pessoa e de sua dignidade, bem como da postura intervencionista do Estado, em promoção do bem-estar social.

Assim, houve um crescente condicionamento da propriedade ao atendimento da função social⁶².

A evolução social, acompanhada do crescimento populacional, do desenvolvimento das tecnologias de produção em série, do fenômeno da contratação em massa e da imposição de conteúdos contratuais pela parte economicamente mais forte, fez emergir um modelo de Estado que possuía pretensões maiores para a propriedade. Um duplo aspecto passa a emergir do direito de propriedade, de maneira que, ao mesmo tempo em que representa o direito da pessoa de possuir o que é necessário à sua sobrevivência, impõe que os excessos revertam-se em favor da sociedade.

É exatamente a ascensão do Estado Democrático de Direito que evidencia o objetivo da consideração do espaço à pessoa, para exercício de sua dignidade. Há, então, a pressuposição de uma necessária liberdade, que, a despeito de não ser quase absoluta, não deixa de existir.

Desse modo, a função social da propriedade, estabelecida constitucionalmente⁶³, acabou por atingir também os contratos, como instrumento de realização da circulação das riquezas (patrimônio), da paz social, da consecução das necessidades humanas, da efetivação

⁶² Segundo Mônica Bierwagen (2003, p. 39), em menção a Giselda Maria Novaes Hironaka, a construção de uma doutrina da função social da propriedade deve-se especialmente aos trabalhos desenvolvidos por São Tomás de Aquino, que já defendia que a propriedade, fruto do direito natural, não seria um simples bem inserido no acervo de riquezas de alguém, mas um bem de produção dotado de uma função social, esta entendida como a função de exercer o direito subjetivo de propriedade no sentido da impulsão do bem comum e da justiça social.

⁶³ Constituição da República (BRASIL, 1988). “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: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.”.

do bem-comum. A função social, assim, chegou ao Direito das Obrigações, para limitar a vontade e formatar o princípio da autonomia privada. Alguns conteúdos contratuais passaram a ser impostos, outros, proibidos, sempre com o condão de tutelar as partes da relação contratual e a sociedade, na medida em que essa pode sofrer os efeitos do conteúdo relacional.

A limitação da liberdade contratual, a partir do necessário atendimento à função social, é tida como questão de sobrevivência humana, conforme explica Bernardo Julius Alves Wainstein (2003, p. 44). Partindo da idéia de que o fundamento da vida em sociedade é o bem-estar de todos os indivíduos, reconhece-se a necessidade de se restringir autonomia da vontade como modo de preservação do próprio homem no grupo social.

Acerca da transcendência da atribuição, à propriedade, de desempenho de uma função social, para o âmbito dos contratos, Flávio Tartuce pontifica:

[...] é preciso compreender a função social do contrato na mesma amplitude da já notória e conhecida função social da propriedade, prevista nos arts. 5.º, XXII e XXIII, e 170, III, da Constituição Federal. Ora, se nosso sistema condiciona o exercício do direito subjetivo de propriedade ao atendimento de uma função social, não vemos razão para não existir a investidura social do contrato, relação de cunho patrimonial por natureza. Por tudo isso, a proteção do contrato torna-se imperiosa, já que esse nada mais é do que uma propriedade pessoal do celebrante. [...] O conceito de função social da propriedade serve como fundamento constitucional para a análise da natureza jurídica da função social do contrato. (TARTUCE, 2007, p. 262).

Em razão do exposto, tem-se a opção de relacionar o princípio da promoção da função social⁶⁴ do contrato com a conduta intervencionista do Estado. Trata-se da intervenção do Estado para além dos casos de preservação da ordem pública⁶⁵ e dos bons costumes. A função social vincula-se aos princípios constitucionais do solidarismo social e da dignidade da pessoa humana.

Diante do princípio da promoção da função social do contrato, o principal afetado é o princípio da relatividade dos efeitos, por meio do qual os efeitos da relação contratual restringem-se às partes contratantes. Conforme esclarece Teresa Negreiros (2006, p. 218), o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, num cenário pretérito em que a vontade ocupava o centro das atenções, traduzia-se num dos mais importantes corolários do voluntarismo. A superação dessa concepção voluntarista do contrato trouxe consigo a

⁶⁴ A idéia de realização de uma função social insere-se no movimento notável contemporaneamente vivenciado, de funcionalização dos direitos subjetivos, que pode ser visualizado desde o início século XX (BIERWAGEN, 2003, p. 41).

⁶⁵ Isso porque o Estado pode intervir no domínio econômico por outros meios que não a tutela dos efeitos do contrato por seus reflexos a direitos institucionais. No caso da função social dos contratos, essa legitima um dos meios de intervenção do Estado no domínio privado. A atuação daria-se “no palco dos reflexos dos efeitos do contrato no meio social.” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. XI).

mudança de conteúdo do princípio da relatividade dos efeitos, que, somente em regra e em princípio se restringem às partes. Se houver interesse ou repercussão social, será cabível a intervenção do Estado na promoção da função social do contrato.

O princípio em alusão é, portanto, responsável pela reconstrução ou preenchimento do conteúdo da autonomia privada, posto que representa seu marco mais direto. O princípio da promoção da função social do contrato e da autonomia privada são dois lados da mesma moeda – a liberdade. O primeiro é aspecto relacionado ao exercício da liberdade, enquanto o segundo é representativo das restrições impostas pelo Direito aos contratos.

Os contratos, portanto, passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais (FIUZA, 2003, p. 27).

Não que os contratos não tivessem uma função social, mas, aqui se defende, a mesma não passava de mera função. Isso porque tradicionalmente são reconhecidas aos contratos o desempenho de três funções, a saber, função econômica, função pedagógica e função social (LIMA, 2004; FIUZA, 2004, p. 365).

A função econômica do contrato é a mais perceptível das três. O contrato possui o condão de instrumentalizar a circulação de riquezas e, por conseqüência, a própria produção de riquezas. Até a superação do paradigma do Estado Liberal, esta era tida como função primordial. Conforme aclara Taisa Maria Macena de Lima (2004), “a função econômica dos contratos revela-se pelo caráter instrumental, ou seja, o contrato é instrumento no processo de circulação de riqueza”.

A função pedagógica existe desde os primórdios, quando o homem pôde deixar de fazer guerra para satisfazer suas necessidades e adquirir bens de seu interesse. César Fiuza (2006, p. 166) explica que o contrato é meio de civilização e de educação do povo para a vida em sociedade, sendo capaz de aproximar os homens, promover o respeito ao próximo e a si mesmo, reduzir suas diferenças e de familiarizá-los com o Direito, na medida em que o contrato representa miniatura do ordenamento jurídico.

A função social do contrato era função basicamente organizacional e regulatória, podendo ser considerada a síntese das duas funções anteriores. O contrato era útil ao desenvolvimento social como um todo, para assegurar a exigibilidade das obrigações assumidas e promover a segurança jurídica nas relações negociais. Tal função é essencial para reger as relações entre particulares, assegurando-lhes previsibilidade dos efeitos de seus negócios jurídicos.

O contrato na atualidade permanece dotado dessas três funções. Porém, o conteúdo da função social sofreu a influência do paradigma do Estado Democrático de Direito. Teve seu

alcance alargado, podendo até mesmo ser nitidamente separada e destacada da função regulatória, com a qual, anteriormente, confundia-se. E, conforme exposto, a consciência moral política da comunidade personificada impõe que a função social seja compreendida para além de simples função naturalmente desempenhada pelo contrato. Em verdade, as expectativas juridicamente explicitadas no contexto social da atualidade são na orientação de que a liberdade de contratar somente pode ser exercida nos limites e em razão da função social dos contratos.

Ademais, impõe que o contrato seja moldado e harmonizado aos fundamentos constitucionais e demais princípios jurídicos que ordenam o solidarismo social, além de preconizar a prevalência do bem-comum e dos interesses sociais sobre a realização dos interesses meramente individuais, tudo na esteira da inserção da pessoa, socialmente vinculada, no grupo, onde a mesma deve existir em plenitude.

É possível afirmar, portanto, que a função social, a despeito de sua dimensão ontológica, ganhou conteúdo deontológico, uma vez que, independentemente da função social que o contrato naturalmente desempenha, manda que seja respeitada, realizada e promovida sua função social⁶⁶.

Por esse motivo, há a possibilidade de, atualmente, incluir, no rol de princípios de destaque no Direito Privado, o princípio da função social do contrato ou princípio da promoção da função social do contrato⁶⁷. Prefere-se essa segunda expressão, por denotar não somente o caráter de dever-ser do princípio, mas também, por evidenciar que não basta a abstenção da ofensa a essa função, mas sua efetiva promoção.

Significa que passa a ser reconhecida a necessidade de que o contrato seja concluído e executado de forma socialmente responsável, com a finalidade de assegurar o equilíbrio social. O contrato afasta-se do modelo clássico, de instrumento de satisfação de interesses

⁶⁶ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior (2008) argumenta que nem sempre há função social do contrato, mesmo porque há casos em que o contrato fica adstrito ao relacionamento entre os sujeitos do contrato. “Enquanto o negócio lícito persistir produzindo efeitos e reflexos apenas no relacionamento entre os sujeitos do contrato, será o fato indiferente ao meio social. O bem comum não terá sido afetado. Não haverá limite algum a impor os contratantes, além dos que genericamente condicionam a validade e eficácia de todo e qualquer contrato.” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 71).

⁶⁷ Em alusão ao princípio da promoção da função social do contrato, Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 214) expõe: “A constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art.170). À justiça social importa “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º e inciso VII do art. 170). São, portanto, incompatíveis com a Constituição as políticas econômicas públicas e privadas denominadas neoliberais, pois pressupõem um Estado mínimo e total liberdade ao mercado, dispensando a regulamentação da ordem econômica, que só faz sentido por perseguir a função social e a tutela jurídica dos mais fracos e por supor uma intervenção estatal permanente (legislativa, governamental e judicial)”.

meramente individuais, para ser visto como mais um dos instrumentos destinados à realização de uma finalidade social (BIERWAGEN, 2003, p. 27).

Já foi dito o atendimento à função social é a mais importante fronteira da autonomia privada⁶⁸.

Tal limite refere-se à dupla eficácia⁶⁹, interna e externa, do princípio em comento, condicionando não somente a liberdade contratual, mas também, o objeto relacional. É nessa perspectiva que o princípio promoção da função social pode ser invocado tanto em favor e para consideração de uma das partes (eficácia interna do princípio) quanto para coibir e responsabilizar um terceiro ofensor, assim como para proteger terceiro ou sociedade em geral de implicações decorrentes do contrato (eficácia externa) (TARTUCE, 2007, p. 242-247).

Ambos os efeitos do princípio da promoção da função social do contrato reportam-se à limitação do exercício da liberdade contratual. Os efeitos internos ligam-se ao direito de uma das partes de poder invocar a disfunção social para eventual revisão contratual, ainda que não tenha faltado a boa-fé objetiva, tampouco justiça contratual⁷⁰. Os efeitos externos, por sua

⁶⁸ É de vanguarda a posição de Teresa Negreiros (2006) ao defender a consagração de um novo paradigma, o paradigma da essencialidade. Entende-se que tal paradigma representa leitura do princípio da promoção da função social do contrato. Assim, nenhuma síntese seria melhor do que aquela realizada pela própria autora: “O aqui denominado *paradigma da essencialidade* constitui, portanto, um instrumento para se distinguirem os contratos, à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar – ampliando-se, correlatamente, o campo de aplicação dos novos princípios. Ao revés, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não se configuram necessidades básicas da pessoa, tais contratos são compatíveis com uma disciplina mais liberal, o que vale dizer que devem sofrer maior influência dos princípios clássicos.” (NEGREIROS, 2006, p. 31-32). E ainda: “O paradigma da essencialidade, de acordo com o qual a medida da essencialidade existencial do objeto do contrato deve ser um fator considerado pelo ordenamento jurídico como relevante na apreciação de conflitos entre princípios contratuais é, neste contexto, capaz de dar à prática jurídica, um ponto de apoio para argumentações sensíveis às necessidades dos contratantes.” (NEGREIROS, 2006, p. 343-344). A autora pretende, por meio do que chama de paradigma da essencialidade, definir as hipóteses de aplicação dos princípios jurídicos do Direito dos Contratos, em sua nova roupagem. Lado outro, pugna pela aplicação dos princípios classicamente concebidos, caso o objeto do contrato não seja considerado essencial às necessidades básicas da pessoa humana. Desse posicionamento, Cabe divergir. Esclarece-se. Os princípios destacados como integrantes da atual teoria do Direito dos Contratos possuem, todo eles em sua medida, o papel de contribuir e de conformar o contrato, para a realização de uma função social. Afinal, a despeito de ser nova a idéia de um paradigma da essencialidade, há muito se defende o paradigma da socialidade para as relações privadas. Não se acredita que a atual principiologia possa ter sua aplicação majorada ou reduzida, conforme a essencialidade do objeto mediato do contrato. A autora citada defende a possibilidade de preferir a aplicação de um ou outro princípio na dimensão do peso, tudo direcionado pelo paradigma da essencialidade, erigido à categoria de valor. Contudo, o que definiria a essencialidade do bem senão um juízo de valor? Acredita-se, sim, que a função social de alguns contratos é mais acentuada. A aplicabilidade dos princípios do Direito Contratual não se condiciona à essencialidade do objeto, mas sim às circunstâncias do caso concreto, que determinarão, no plano da adequação e da justificação, o princípio aplicável, bem como seu conteúdo. De todo modo, é consenso que o Direito deve buscar a realização da função social do contrato.

⁶⁹ Sobre a questão da eficácia interna e externa do princípio tratado, ver: NEGREIROS, 2006, p. 267; TARTUCE, 2007, p. 246-247; e THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 31, 41, 48.

⁷⁰ Quer dizer que, mesmo que em um determinado contrato não reste ofendida a boa-fé objetiva ou a justiça contratual, a parte contratante deve auto-limitar sua liberdade contratual pela função social que o contrato deve desempenhar. Ademais, o próprio contratante pode alegar desatenção ao princípio da promoção função social do

vez, tocam à consideração do contrato como fato socialmente relevante, ou seja, pode ser tanguido por terceiros ofendidos ou pelo próprio Estado.

O Código Civil (BRASIL, 2002) inovou ao trazer expressamente em seu texto condicionamento da liberdade contratual nos limites e em razão da função social do contrato. É comum a análise do princípio da função social do contrato, com menção somente ao disposto no art. 421 do Código Civil vigente. Porém, a norma contida no art. 2.035 é relevante para a compreensão da normatividade evidenciada pelo princípio em apreciação:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (BRASIL, 2002)

É possível a conclusão de que a norma do atendimento à função social é preceito de ordem pública e, como tal, pode ser aplicada ou exigida de ofício pelo juiz, independentemente da vontade das partes. Ademais, se a parte invocar a aplicação do princípio da promoção da função social do contrato, não há como deixar de apreciá-la no caso específico, sendo patente a ocorrência de efeitos em relação às partes. Logo, restam explícitos os efeitos externos e internos que podem advir da aplicação do princípio de promoção da função social do contrato.

A realização da função social representa a harmonização dos interesses particulares e coletivos, por meio de uma relação contratual formada a partir dos paradigmas da dignidade da pessoa humana, da igualdade formal e material, além da liberdade dos contratantes nos moldes constitucionalmente previstos. Assim, o Estado, distante da feição abstencionista do liberalismo clássico, pode intervir para equilibrar a relação e garantir o atendimento da função social.

É exatamente o princípio da promoção da função social do contrato que traz a pluralidade inesgotável das possibilidades de intervenção do Estado nas relações privadas, no sentido de firmar a igualdade, a justiça, a solidariedade, para muito além dos interesses individualmente considerados, das partes contratantes.

contrato, o que não necessariamente o resolveria em proveito próprio, mas, após a dilação probatória, a resolução daria-se em seu próprio prejuízo. Significa que, ainda internamente e antes da produção de efeitos, a parte deve reconhecer e respeitar os limites da autonomia privada.

Em apertada síntese, o contrato não pode relegar sua função de contribuir para o equilíbrio social. Deve servir de instrumento para a circulação e distribuição da riqueza, jamais deixando de almejar o atendimento de interesses sociais, além dos interesses particulares essencialmente regidos. Mônica Yoshizato Bierwagen (2003, p. 47) bem considera que, “em última análise, a proteção dos direitos sociais nada mais é que a consagração dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade”. Cumpre complementar: em última análise, o contrato socialmente funcionalizado busca realizar a dignidade da pessoa humana em plenitude.

Por fim, vale dar relevo à questão dos contornos dos demais princípios no Direito Privado e, especialmente na seara do Direito dos Contratos. O princípio da promoção da função social dos contratos delimita o campo de atividade dos sujeitos de direito, na medida em que faz penetrar, de forma explícita, no regime jurídico privatístico, “o princípio da supremacia da ordem pública, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública, aos bons costumes e à função social dos negócios jurídicos.” (MARCELINO, 2006, p. 63).

Dessa feita, ao conceito de contrato passa a ser aditado seu objetivo essencial de “cooperação das pessoas por meio da prestação de serviços e a circulação dos bens econômicos.” (AMARAL, 2006, p. 147).

Dada a comunidade principiológica plural e aberta havida no Direito dos Contratos e, dessarte, pertinente ao contrato eletrônico, há de se enfrentar o problema das aparentes contradições entre as normas tratadas, até então.

3.6. As aparentes contradições entre princípios no Direito dos Contratos

Definidas as características da consciência da comunidade personificada, tal consciência deve apontar os princípios jurídicos comunitariamente adotados, ou seja, a comunidade de princípios.

Alcançou-se a concepção de que a consciência comunitária, que revela a comunidade de princípios, é projetada pelas imprevisíveis e ilimitadas práticas de pensamento e linguagem nas quais a comunidade personificada se inscreve. É consectário que a comunidade de princípios é igualmente plural e aberta.

Nesse mesmo sentido, Maria de Fátima Freire de Sá pontua:

Mas o que seriam esses princípios e qual seria o conteúdo dos mesmos? O conteúdo desses princípios é a moral que transcende as diversas morais individuais, por isso trata-se de moral objetiva. Daí a concepção de *Dworkin* do ordenamento jurídico como *sistema aberto de regras e princípios*. (SÁ, 2001, p. 170).

Marcelo Campos Galuppo (2002) ensina que “a concorrência entre princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito”. Logo adiante, pela pluralidade, sustenta que “a concorrência dos princípios deriva do fato de que nossa identidade é uma identidade plural.” (GALUPPO, 2002, p. 198).

Portanto, se tivermos em mente a exigência de *Integridade* do direito (que se cumpre, antes de mais nada, de forma interpretativa), os princípios devem ser concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados previamente a uma situação específica, nem hierarquizados em qualquer circunstância, e que podem excepcionar a aplicação de outros direitos, vez que, não podendo permanecer em concorrência uns com os outros no caso concreto, se desejamos respeitar a *Integridade* do direito, às vezes não poderão ser contemporaneamente aplicados. (GALUPPO, 2002, p. 189).

Os princípios, na ordem de coisas atual, interpenetram-se, subdividem-se, apresentam-se em aspectos sortidos, num único catálogo aberto, ou, por melhor dizer, numa única comunidade aberta. Se for abandonada, por hora, a idéia de princípios fundantes, que é redutiva, tem-se que a comunidade de princípios estende-se no compasso da complexidade social relacionada à experiência jurídica e, lado outro, compõem, todos os princípios, o sistema jurídico.

Dessarte, outros princípios podem ser mencionados, muitos deles idênticos (inovadores somente no que é tangente à nomenclatura), outros, de conteúdo deôntico peculiar, todos havidos no contexto do Direito dos Contratos.

Com a visualização da comunidade plural aberta de princípios no Direito Privado, um questionamento faz-se obrigatório, para a aproximação do objetivo maior deste capítulo. Princípios, no atual Direito dos Contratos, podem, eventualmente, entrar em contradição ou incompatibilidade?

3.7. A proposta hermenêutica de superação das aparentes contradições entre princípios

Para superar a austeridade semântica, idealizada pelo positivismo jurídico, Dworkin (2003) tenta demonstrar que as divergências interpretativas centrais não são pertinentes ao aspecto empírico, mas ao aspecto teórico. Os intérpretes, usualmente, discordam não sobre o que ocorreu faticamente, mas sim, quanto ao conteúdo de determinados institutos, significados de termos diversos. Com essa exposição, pontifica a relevância da atitude interpretativa.

A atitude interpretativa faz com que a teorização de determinado instituto deixe de ser mecânica. A atitude interpretativa, com seus dois componentes, é criativa. Os dois componentes são, em verdade, a busca pelo valor e conteúdo.

A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior. (DWORKIN, 2003, p. 59).

É nessa passagem que Dworkin (2003, p. 60) introduz o Direito como conceito interpretativo e, portanto, construído por atitude interpretativa. A atitude interpretativa criativa (não causal) construtiva (não conversacional, tampouco artística) é a interação entre propósito e objeto (DWORKIN, 2003, p. 64).

Após abordar a crise interpretativa enfrentada pelo Direito na segunda metade do século XX, a partir de alguns casos concretos, os quais denominou *hard cases*, Dworkin (2003) construiu três concepções interpretativas do Direito para, em seguida, rejeitar as duas primeiras e, então, demonstrar a adequabilidade da terceira ao ideal de garantir ao Direito a possibilidade de desempenhar sua principal função: justificar a coerção estatal, assegurando uma razoável previsibilidade de expectativas. Rejeita, portanto, o convencionalismo e o pragmatismo, para apresentar sua concepção interpretativa, tratada por integridade ou Direito como integridade. Essa é a proposta de Ronald Dworkin (2003).

A integridade, como concepção interpretativa do Direito, parece ser a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas, na medida em que seu modelo de comunidade torna genuínas as obrigações comunitárias. Assim, o Direito como integridade é capaz de justificar o monopólio da coerção oficial pela comunidade personificada no Estado. As

parcialidades, fraudes e injustiças sociais são passíveis de mitigação, diante da eficiência do Direito fundado em princípios relacionados à moralidade política comunitária, que rejeita as práticas egoístas convencionalistas e pragmáticas.

O Direito como integridade não compartilha com o convencionalismo a idéia de que as manifestações do Direito seriam relatos factuais voltados para o passado, assim como não compartilha com o pragmatismo, que as manifestações do Direito seriam programas instrumentais voltados para o futuro (DWORKIN, 2003, p. 271).

O que a concepção do Direito como integridade preconiza é a consideração do passado para a atitude interpretativa criativa construtiva, de modo a possibilitar a continuidade do processo em desenvolvimento, sem jamais aprisionar ao passado ou esboçar projeções desarrazoadas para o futuro.

Desse modo, a diferença na performance interpretativa da integridade e das demais concepções é que: o convencionalismo exige a coerência pela coerência ou, em caso de inexistência de Direito prévio, a criação de novo Direito que passaria a ser, então, necessariamente observado; o pragmatismo atribui aos juízes a faculdade de interpretar o Direito de modo instrumental, para estabelecerem, estrategicamente, as melhores regras para o futuro, segundo seu próprio juízo; o Direito como integridade tem na interpretação um modelo tautológico, pois o Direito é tanto produto de interpretação abrangente da prática jurídica quanto fonte de inspiração, numa característica dúplice de origem e continuidade, conforme explica o teórico.

A estrutura interpretativa sugerida por Dworkin (2003) apresenta duas dimensões de prova da atitude escolhida pelo intérprete. Chama-se, aqui, de dimensões de prova aquelas sugeridas por Dworkin, às quais o intérprete deve submeter sua atitude interpretativa, o que asseguraria a prevalência do propósito do texto sobre o propósito do intérprete.

A primeira é chamada de dimensão de adequação: significa que a interpretação que for adotada deve fluir ao longo de todo o texto⁷¹, de maneira padronizada, na crença de que a continuidade o precedeu. Caso o intérprete não acredite ou não se proponha à continuidade e integridade do conteúdo, deve abandonar a operação interpretativa, pois qualquer produção não fundada nessa consciência de coerência resultaria em petição de princípio.

A segunda fase (ou dimensão) é a de justificação, pois o objeto interpretativo deve, não somente originar a melhor atitude interpretativa, como justificá-la como capaz de

⁷¹ O texto não é desqualificado por acidentes. Tais acidentes são corrupções sistêmicas em Niklas Luhmann (2002). Alguns falam que a Teoria de Dworkin, por essa razão, deve ser acompanhada por uma doutrina do erro no julgamento dos casos anteriores, assim entendida por Flávio Quinaud Pedron (2005, p. 133).

continuar o projeto de desenvolvimento do conteúdo coerente do Direito⁷². Essa etapa é útil quando mais de uma interpretação se ajusta à obra em desenvolvimento, sendo que o intérprete deve buscar aquela que pode mostrar o texto sob sua melhor luz. Assim, não haveria escolha do intérprete, mas propósito do próprio texto. Em verdade, os juízos estéticos individuais seriam, aqui, superados pelo objetivo de apresentar o texto sob sua melhor luz (ainda que isso seja contrário aos juízos estéticos). E se ainda assim persistir dualidade interpretativa, o paradigma do menor dano à integridade é apontado, sendo possível o alcance da resposta correta ao caso difícil.

Portanto, o Direito é o objeto da atitude interpretativa. O autor do Direito é a própria comunidade personificada. O sistema geral de crenças e atitudes do intérprete é substituído pela comunidade de princípios do ponto de vista da moral política. Esses elementos conjuntos formam a concepção interpretativa do Direito como integridade. Essa, por sua vez, é apresentada como capaz de assegurar a coerência e continuidade do Direito a partir da atitude interpretativa criativa construtiva apresentada.

Nesse contexto, Dworkin (2003) apresenta *Hércules*, o juiz que aceita a concepção interpretativa do Direito como integridade e, desse modo, seguirá seus parâmetros.

É importante, ainda, a compreensão da teoria da prioridade local. Por essa teoria, Hércules, no exercício da interpretação, pode irradiar sua visão a partir do caso concreto e em uma série de círculos concêntricos, em crescente ampliação, tendo como epicentro das concepções, um conceito⁷³.

A crítica que parece mais arriscada ao Direito como integridade é a de que a prática jurídica é por demais contraditória, para que seja possível qualquer interpretação coerente, evidenciando princípios contraditórios, incompatíveis entre si.

É nessa esteira que se coloca o problema do presente capítulo: o de verificar se os princípios (comunidade de princípios) no Direito dos Contratos, do modo como foi apresentado anteriormente, não são plausíveis de vigorarem conjuntamente, ou se, por outro

⁷² Na obra em análise, Dworkin adota a premissa de que a interpretação literária é a que melhor se assemelha à interpretação da prática jurídica. Descarta a interpretação científica e a interpretação artística de um modo geral. Em seguida, propõe um empreendimento, o romance em cadeia, pois o Direito jamais seria interpretado construtivamente de maneira estática ou por apenas um intérprete. Assim, adiante, assemelha o romance em cadeia ao próprio Direito.

⁷³ Para Dworkin (2003), o ponto de partida da atitude interpretativa da prática social é constituído pelos paradigmas comunitários. Os paradigmas de consenso quase absoluto são os conceitos; os de divergência, concepções. Parece a este estudo que aparece como conceito, na obra em alusão, o fato de que o Direito é esperado a ser interpretado de modo a justificar o monopólio da coerção oficial pelo Estado.

lado, as contradições são apenas aparentes, diante da concepção interpretativa do Direito como integridade.

A primeira solução apresentada como parte integrante da teoria de Dworkin é a citada teoria da prioridade local. Por meio dela, o intérprete amplia seu campo de abrangência de conhecimento, gradativamente, de maneira a superar, numa perspectiva mais abstrata, a aparente contradição.

Entretanto, o problema persiste se, ainda que pela transgressão da prioridade local, a contradição entre princípios permanecer aparente. Então, a própria teoria da integridade do Direito estaria em xeque, pois a resposta correta ao caso difícil, conforme preconizada, seria inexistente, para aceitar a hipótese de que várias interpretações ou respostas seriam possíveis.

E aqui, outros teóricos poderiam propor uma simples acomodação de ambos os princípios, uma relativização dos mesmos, muito semelhantemente a um jogo político de harmonização de interesses, o que Dworkin (2003) prontamente impugna. Para ele, o enfrentamento do caso concreto torna imperioso que um princípio ceda lugar ao outro, somente dependendo das circunstâncias específicas.

Eis a proposta de Ronald Dworkin (2003). É chamada a atenção para uma distinção fundamental entre contradição e competição. Explica, tomando por exemplo dois princípios que, num caso concreto, podem parecer antagônicos, quais sejam, o da solidariedade e o da responsabilidade:

Esses são princípios independentes, e considerá-los contraditórios seria um grave mal entendido da lógica dos princípios. Não é incoerente reconhecê-los como princípios; pelo contrário, qualquer ponto de vista da moral seria falho se negasse um dos dois impulsos. Em alguns casos, porém, vão entrar em conflito, e a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em um nível mais profundo de moral política. (DWORKIN 2003, p. 320-321).

Significa dizer que contradição quer dizer incompatibilidade, não reconhecimento de impulsos morais plurais, sendo que, nessas hipóteses, um dos dois princípios aparentemente contraditórios deveria ser banido do mundo jurídico ou, numa última análise, fariam parte de um escalonamento hierárquico, possibilitando que, mesmo que contraditórios, possam vigor, simultaneamente.

Por outro lado, o Direito como integridade não nega nenhum dos princípios, mesmo porque negá-los seria negar a própria moral política comunitária, carecendo, portanto, de plausibilidade e coerência. Aceita, sim, a existência de eventuais conflitos entre princípios, competições para que tomem lugar na interpretação e decisão, no caso concreto. Fala-se, pois,

em concorrência de princípios, que competem ou entram em conflito numa análise preliminar, mas que somente um é adequado às peculiaridades do caso específico. Acontece subordinação especial, pontual e momentânea de um princípio a outro (DWORKIN, 2003, p. 322), sem a exclusão, desse último, da comunidade, abstratamente considerada.

Dessarte, o Direito como integridade acaba por revelar a definição de princípio do teórico. De reconhecido caráter jurídico, os princípios não são simples normas generalistas do sistema (pois há normas gerais que não representam princípios), tampouco são normas que se aplicam a, absolutamente, todas as circunstâncias. Não podem ser hierarquizados ou ponderados e, depois de aplicados, terem definidas suas regras de aplicação, pois sempre dependem do caso concreto para poderem adequar-se ou não. A exata forma de aplicação de um princípio não depende da aplicação anterior, mas da comunidade de princípios, que é evidenciada a partir da moral política da comunidade personificada. As condições de aplicação não são pré-estabelecidas, pois não há metodologias rígidas para tanto.

Nenhum juiz mortal pode ou deve tentar articular suas hipóteses até esse ponto, ou torná-las tão concretas e detalhadas que novas reflexões tornem-se desnecessárias em cada caso. Deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir. (DWORKIN, 2003, p. 308).

A lição de Marcelo Campos Galuppo é procedente:

“[...] os princípios comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência, porque qualquer outro princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio”. Ao contrário de Alexy, o que Dworkin está dizendo é que não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, imaginar um conflito resolvido pela maior aplicação de um e não-aplicação de outro princípio, orientadas pela sua hierarquização, mas de imaginar que os princípios são normas que podem se excepcionar, reciprocamente, nos casos concretos, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados. É claro que um princípio só pode excepcionar a aplicação de outro quando houver fundamentação suficiente do ponto de vista discursivo. (GALUPPO, 2002, p. 187).

A distinção entre contradição e competição (conflito ou concorrência) de princípios parece ser hábil a responder às críticas ao Direito como integridade, na medida em que propõe um modo de interpretação e decisão para os casos de concorrência de princípios, sem comprometer a coerência do sistema do Direito, tampouco a consistência da teoria em análise.

À guisa de conclusão, pode afirmar-se que, adotada a concepção interpretativa do Direito como integridade, a comunidade personificada corresponde ao modelo da comunidade

de princípios. Os princípios, por sua vez, dependem das obrigações reciprocamente consideradas na comunidade personificada. Por essa razão, a comunidade de princípios é aberta à realidade social, além de ser plural, na medida em que é na transcendência da pluralidade que a comunidade personifica-se.

O Direito não prescinde da experiência social. Essa determina a consciência da comunidade personificada, ou seja, sua moral política. E é a partir dessa consciência, que depende do contexto e da atitude interpretativa, que se forma a comunidade de princípios. Os princípios jurídicos, portanto, são evidentes a partir do panorama jurídico atual da comunidade personificada.

Importam ao Direito Contratual os princípios que a comunidade personificada aceita como representativos de suas convicções particulares.

A comunidade de princípios no Direito dos Contratos forma um conjunto. Esse conjunto comunitário pode ser lido ou observado em qualquer uma de suas faces. Essas são os princípios de um só sistema jurídico que não é, em nenhuma hipótese, fechado à atitude interpretativa.

No Direito dos Contratos, analisada tal consciência, foram destacados os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, da justiça contratual e da promoção da função social dos contratos.

Para a teoria dworkiniana do Direito como integridade, não há contradições inseridas na comunidade de princípios, pois os princípios não são auto-excludentes no plano da abstração. Partindo-se do caso concreto, por meio da teoria da prioridade local, é possível acertar a aplicação de um princípio determinado, restando afastadas quaisquer incompatibilidades.

A distinção entre contradição e concorrência de princípios é, portanto, fundamental à teoria, pois consegue superar as aparentes contradições internas à comunidade de princípios no contexto da atual teoria geral do Direito dos Contratos, sem mitigar a pluralidade das moralidades individuais, tampouco a pluralidade principiológica que repercute no cenário social e, especialmente, jurídico da atualidade.

4. PRESSUPOSTOS, ELEMENTOS E REQUISITOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE DOS CONTRATOS

Foi feita a escolha firme de abordar a teoria geral do Direito dos Contratos em dois enfoques distintos, sendo o primeiro voltado a sua principiologia fundante, já elucidada no capítulo anterior, e a segunda, para o delineamento da compreensão e dos pressupostos, elementos e requisitos de existência e de validade em específico.

Não há pretensão de ultrajar esses limites, reservando, assim, distância do plano da eficácia e da teoria das nulidades. Afinal, a hipótese em nada atinge essas últimas questões. Na verdade, os fatores de eficácia se manterão invulnerados, uma vez que importa saber se os instrumentos tecnológicos empregados no meio de contratação eletrônica atingem a existência ou a validade do ato, e se são influenciados pela base principiológica do Direito Contratual.

Desse modo, em continuidade ao trabalho, acredita-se ser relevante a compreensão do contrato enquanto espécie do negócio jurídico, este integrante da categoria dos atos jurídicos lícitos e, portanto, fato jurídico. A exemplo de Darcy Bessone (1987), será feito o caminho que parte do fato jurídico até chegar à espécie do contrato.

Em seguida, alguns aspectos históricos merecem destaque, por contribuírem para o processo de formação conceitual do contrato na atualidade.

Posteriormente, terá lugar a polêmica doutrinária sobre os pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade dos contratos, em busca de alguma precisão conceitual.

Em todo o capítulo, objetiva-se resgatar posicionamentos doutrinários, tendo em vista que as demais fontes de Direito não se ocupam, de maneira direta, da temática.

Então, será viável apontar a opção metodológica, na adoção do referencial teórico. Isso autorizará abordar os elementos, pressupostos e requisitos em espécie. Na fase dissertativa final, serão buscadas as principais mudanças trazidas ao Direito dos Contratos pelo paradigma tecnológico. Ademais, é almejado saber como as ferramentas tecnológicas empregadas na contratação eletrônica integram a teoria geral do Direito Contratual.

4.1. Do fato jurídico ao contrato

Muitas das definições doutrinárias vinculam a existência de fatos jurídicos à produção de efeitos jurídicos. A teorização clássica, como ocorreu em Savigny ou em Santoro Passarelli, utilizou a eficácia jurídica para determinar a inserção do fato natural no mundo jurídico (ANDRADE, 1987).

No Direito brasileiro, é também possível averiguar a tendência de identificar o fato jurídico a partir dos efeitos que produz⁷⁴.

Outros, como Darcy Bessone (1987, p. 01), preferem não vincular, pelo menos não de forma direta, a juridicidade do fato à produção de efeitos. Assim, define o fato jurídico como “todo acontecimento, emanado do homem ou das coisas, que produza conseqüências de direito”.

Desse modo, parte da doutrina considera jurídico o fato dotado de relevância no mundo jurídico, ainda que não necessariamente haja previsão legal ou sequer chegue a produzir efeitos⁷⁵.

Nesse diapasão, é a definição de César Fiuza (2004, p. 188), que pontifica que “fato jurídico é, pois, todo evento natural, ou toda ação ou omissão do homem que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas.”⁷⁶. Do mesmo modo se impõe Washington de Barros Monteiro (2005, p 201): “esses acontecimentos, de que decorrem o nascimento, a subsistência e a perda dos direitos, contemplados na lei denominam-se fatos jurídicos.”.

O fato jurídico é, também, comumente definido a partir de sua função. A função, de fato, é útil para distinguir outras categorias menos amplas. Assim, o posicionamento de Marcos Bernardes de Mello (2003) é de que a precisão conceitual pode ser conseguida com a

⁷⁴ Para Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 365), “são fatos jurídicos todos os acontecimentos que, de forma direta ou indireta, ocasionam efeito jurídico”. Francisco Amaral (2006, p. 341), nessa mesma esteira, afirma que “fatos jurídicos são acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, modificação ou extinção de relações jurídicas”. Orlando Gomes (1977, p. 269), sobre o fato jurídico, explica que, “no sentido lato, é todo o acontecimento, dependente, ou não, da vontade humana, a que o Direito atribui efeitos jurídicos”. Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 15), por sua vez, elucida: “O fato natural provém da natureza, independentemente da vontade, não produzindo efeitos jurídicos, como um raio, um maremoto, na própria natureza. Para que esse acontecimento, esse fato, interesse ao mundo jurídico, é necessário que cause efeitos jurídicos”.

⁷⁵ Assim, a expressão fatos jurídicos, em seu sentido amplo, engloba todos aqueles eventos, provindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do Direito, por criarem, ou transformarem, ou conservarem, ou modificarem, ou extinguirem relações jurídicas. (RODRIGUES, 2003, p. 156).

⁷⁶ César Fiuza (2004, p. 245) entende por situação jurídica a disposição de sujeitos em relação a um objeto, sendo que as situações podem ser relacionais ou não relacionais. No caso das relacionais, as situações são o conjunto dinâmico de circunstâncias em que se acham relacionadas duas ou mais pessoas (FIUZA, 2004, p. 187).

análise do fato jurídico se for considerada sua estrutura. Essa visão estrutural, usualmente, favorece construções conceituais precisas, para a formação de uma teoria geral.

Para este doutrinador (MELLO, 2003, p. 107), o fato jurídico é o que subsiste do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e por que incide⁷⁷. Essa precisão é tida como indispensável ao conceito de fato jurídico. Entende que o fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica, independentemente de ocasionar eficácia jurídica imediata, posterior ou nem mesmo engendrar eficácia. Significa que não importa se o fato é singular ou complexo, eficaz ou não, desde que tenha unidade conceitual.

Tal suporte fático possui elementos nucleares e elementos completantes. É elemento nuclear o cerne do suporte fático, que por sua vez, é o fato fundamental para a constituição do fato propriamente jurídico. Pode ser implícito ou pressuposto pela norma jurídica. Os elementos completantes do núcleo do suporte fático, por sua vez, são igualmente essenciais à incidência da norma jurídica. Os elementos complementares são de necessária análise nos atos jurídicos, em especial negócio jurídico. Dizem respeito à perfeição de seus elementos nucleares ou completantes (MELLO, 2003).

Logo, para que o fato real torne-se fato jurídico, este deverá conter os elementos nucleares e completantes do suporte fático. Por outro lado, os elementos complementares do núcleo, se inexistentes, comprometem a validade.

A classificação dos fatos jurídicos lícitos não é uníssona na doutrina. Após a entrada em vigor do Código Civil (BRASIL, 2002), a matéria tornou-se ainda mais controversa. É útil resgatar algumas opiniões doutrinárias.

A mais ampla compreensão da doutrina acerca dos fatos jurídicos lícitos comporta a sua tripartição em fatos jurídicos em sentido estrito, ato-fato e ato jurídico em sentido lato. O fato jurídico em sentido estrito é aquele para o qual nenhuma conduta humana concorre. No caso do ato-fato, trata-se de um fato jurídico no qual há presença de conduta sem vontade ou com vontade irrelevante, ou seja, a conduta humana é essencial à sua existência, não o elemento volitivo, que pode até mesmo inexistir, posto que sua existência é irrelevante⁷⁸. O

⁷⁷ Nesse mesmo sentido: “A juridicidade não é um atributo à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Logo, é equivocado pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática. Não há fatos jurídicos a priori. É no dinamismo da sua apropriação axiológica que os fatos adquirem ou não o atributo, eminentemente extrínsecos, de serem jurídicos.” (VILELLA, 1982, p. 256). “Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, existência jurídica.” (AZEVEDO, Antônio, 2002, p. 23).

⁷⁸ Como exemplos de ato-fato jurídico, apresentam-se os atos reais (que resultam de circunstâncias fáticas, tais como o abandono de coisa móvel, louco que pinta quadro, menor que descobre tesouro); os casos de indenizabilidade sem culpa ou atos-fatos indenizativos (responsabilidade civil por atos lícitos, como nas hipóteses

ato jurídico em sentido amplo comporta o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico, este gênero do qual o contrato é espécie.

É nessa direção o entendimento de Marcos Bernardes Mello (2003, p. 51). Defende que o fato jurídico lícito em sentido lato tem como cerne do seu núcleo a conformidade com o ordenamento jurídico. O fato jurídico em sentido estrito, a ausência de conduta humana. O ato-fato jurídico, a conduta sem vontade ou com vontade irrelevante. O ato jurídico em sentido lato impescinde da conduta com vontade consciente (vontade de declarar e consciência do conteúdo da vontade).

Nesse caso, o elemento volitivo é essencial, no sentido de realizar a ação, para obter resultado protegido ou não proibido por lei. O ato jurídico em sentido estrito é espécie do gênero ato jurídico em sentido lato, juntamente com o negócio jurídico. O primeiro impescinde da manifestação de vontade consciente, sem poder de auto-regramento. A vontade é de realização do ato. O negócio jurídico, por sua vez, apresenta em seu cerne a manifestação consciente de vontade, com poder de auto-regramento, havendo possibilidade de escolha da categoria e, eventualmente, dos efeitos.

César Fiuza (2004), a seu turno, prescinde de detalhamento teórico do fato jurídico em sentido estrito e do ato-fato jurídico. Do mesmo modo procede Antônio Junqueira de Azevedo (2002).

Francisco Amaral (2006, p. 341-342, 369-370), além de não tratar o ato-fato jurídico, dá ênfase ao negócio jurídico, tratando o ato jurídico em sentido estrito somente para distingui-lo do negócio jurídico.

Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 366) prefere dividir os atos jurídicos lícitos em atos meramente lícitos e negócios jurídicos. Do mesmo modo posicionam-se Sílvio Rodrigues (2003, p. 158) e Washington de Barros Monteiro (2005, p. 202).

Se não forem considerados somente os fatos jurídicos lícitos, a classificação é alterada da seguinte forma: o fato jurídico, como grande categoria de circunstâncias com repercussões no mundo jurídico, é considerado ato jurídico quando representativos da ação ou omissão humana, voluntária ou não. Estes são denominados atos jurídicos em sentido amplo, que admitem três espécies: ato jurídico em sentido estrito, negócio jurídico e ato ilícito. Receberão tratamento as duas primeiras categorias, por integrarem a proposta inicial.

de indústria perigosa autorizada por lei, caça e pesca permitidos) e casos de caducidade sem culpa ou atos-fatos caducificantes (assim como nas circunstâncias de inação, conjugada com decurso de determinado tempo) (MELLO, 2003).

Continua-se, nesse sentido, a tarefa, que então passa incumbir-se de aperfeiçoar a diferenciação de ato e negócio jurídico. Darcy Bessone (1987, p. 2) explica que Matteo Ferrante o faz com base na relação entre a vontade e seus efeitos, para entender que a hipótese de os efeitos serem aqueles previstos e desejados pelo agente e originarem-se de sua vontade deflagra o negócio jurídico, ao passo que a situação em que os efeitos forem decorrentes da lei sem se apurar se o agente os deseja, representa ato jurídico.

João Baptista Villela utilizou a seguinte distinção:

Relativamente ao negócio jurídico, o agente pode, em primeiro lugar, praticá-lo ou abster-se de fazê-lo. E depois, se opta por praticá-lo, dá-lhe o conteúdo específico e a forma que livremente eleger. Já nos atos a liberdade existe nem para a prática, nem para o conteúdo. Frequentemente, nem para a forma, aberta, em princípio, quando se trata de negócios. É verdade que, ainda nos atos, reconhece ao agente uma relativa autonomia: precisamente aquela necessária para o mais adequado cumprimento de um dever. [...] Resumindo, dir-se-á que o negócio jurídico se distingue do ato em que aquele é uma ação livre, este uma ação necessária.(VILLELA, 1982, p. 265).

Menezes Cordeiro (2005, p. 448-449) também preleciona que os atos jurídicos em sentido lato se dividem em atos em sentido estrito e em negócios jurídicos, conforme dependam, respectivamente, de mera liberdade de celebração ou, além dessa, assentem-se, ainda, na liberdade de estipulação.

Fica autorizada, então, a síntese de que o ato jurídico em sentido estrito refere-se, obviamente, à ação ou omissão humana, ainda que involuntária, de repercussão no mundo jurídico. Tais repercussões derivam, em sua maior parte, do próprio ordenamento jurídico. Significa que, independentemente do desejo humano na produção das implicações jurídicas de sua ação ou omissão voluntária ou não, as mesmas existirão. O elemento volitivo é necessário, principalmente, para a prática do ato⁷⁹.

Devido à inexatidão das hipóteses que integram os atos jurídicos em sentido estrito, Menezes Cordeiro (2005, p. 451) prefere afirmar que tal categoria é representada, inicialmente, por apenas todos os atos que não possam ser reconduzidos a negócios. Entretanto, insiste que as regras aplicáveis aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos em sentido estrito não são as mesmas.

79 Como exemplos, têm-se o reconhecimento de filiação, o perdão, a interpelação para constituir o devedor em mora, na escolha de prestações alternativas, na confissão, na interrupção de prescrição. A classificação mais conhecida dos atos jurídicos em sentido estrito é pouco usual. Insta, entretanto, mencioná-la. Os atos jurídicos em sentido estrito podem ser reclamativos, comunicativos(do querer previsto em relação jurídica), enunciativos (comunicação de conhecimento) e mandamentais(vontades que destinam a proibir ou impor um determinado procedimento por parte de uma outra pessoa) (MELLO, 2003, p. 157).

Em alcance da categoria do negócio jurídico em específico, é mister considerar que a abstração pandectística do século XIX foi a responsável pela elaboração do seu conceito (MELLO, 2003, p. 161). Representava ato jurídico de vontade, dirigido à produção de efeitos determinados, conforme desejados.

A inspiração liberal nessa fase, é nítida, não somente em razão do contexto histórico, mas também, pela pressuposição da igualdade formal para garantir ampla autonomia à vontade individual.

A concepção clássica do negócio jurídico pensava-o como sendo constituído pela própria declaração de vontade, que podia reger seus próprios efeitos. O elemento volitivo ocupava posição central, havendo pouca referência ao aspecto normativo decorrente do negócio, tampouco da necessidade de atenção a preceitos jurídicos conformadores dos fins sociais. Esta concepção liga-se à primazia da vontade, esta geradora de efeitos jurídicos.

Uma segunda orientação, que atacou a primeira⁸⁰ sob alegação de que nenhuma ponderação negocial poderia desejar exatamente os efeitos jurídicos que, eventualmente, possam derivar, toma o negócio jurídico como “uma vontade tendente a um fim protegido pelo direito” (CORDEIRO, 2005, p. 453). O declarante, se manifestar sua vontade individual de maneira adequada ao amparo abstratamente conferido pelo ordenamento jurídico, terá os efeitos jurídicos desejados.

Nesse norte, no contexto da doutrina nacional, Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 327) sustenta que, no negócio jurídico, o fenômeno volitivo é a principal fonte de efeitos. O negócio jurídico é, portanto, ato destinado à produção de efeitos jurídicos, desejados pelo agente e tutelados pelo ordenamento jurídico.

Essas duas orientações anteriores prendem-se à vontade, enquanto fator capital para os efeitos desejados, enquadrando-se, ambas, no conjunto de conceitos teorizados pelos voluntaristas.

Daí a manifestação de Emílio Betti (2003a, p. 91), em crítica às definições voluntaristas do negócio jurídico. Para ele, a vontade esgota-se com a declaração, que vive para o futuro, de modo independente à vontade que lhe deu origem. Assim, o aludido autor,

⁸⁰ Marcos Bernardes de Mello (2003, p. 165) critica o individualismo da escola voluntarista alemã, na medida em que em seu esforço de abstração, de puro conteúdo lógico-formal, deixou de lado a prática, a experiência de cada povo. Mello impõe como objetivo da ciência jurídica, a partir do sistema jurídico como dado empírico, elaborar conceitos e categorias de tão amplos graus de abstração e generalidade que consigam explicar e abranger as situações possíveis. Desse modo, Marcos Bernardes de Mello inova somente quando do reconhecimento da experiência jurídica como ponto de partida. Todavia, mantém como característica do Direito o da busca pela previsibilidade das situações possíveis por meio da norma jurídica positivada, única capaz de trazer o fato ao mundo jurídico. Isso leva a questionar se Marcos Bernardes de Mello teria, efetivamente, afastado-se do modelo lógico-formal.

cuja posição é típica das teorias preceptivas, privilegia a declaração em detrimento da vontade, para entender a primeira como tendo natureza preceptiva ou dispositiva. Ademais, defende que o negócio jurídico é, essencialmente, um preceito de autonomia privada, com o foco em interesses concretos próprios de quem o estabelece, cuja declaração possui efeitos vinculativos.

Na verdade, a ‘vontade’, como fato psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, e pertence, unicamente, ao foro íntimo da consciência individual. Só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ele passa a ser um fato social, susceptível de interpretação e de valoração por parte dos consorciados. Somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, capazes de poder constituir objeto de interpretação, ou instrumento de autonomia privada. (BETTI, 2003a, p. 80).

Para os objetivistas, portanto, o negócio jurídico é ato de auto-regulamentação de interesses, preso à declaração formal da vontade. Menezes Cordeiro (2005, p. 454) destaca, contra essa corrente, que, ainda que ausente o interesse, se o sujeito desejar realizar o negócio, poderá fazê-lo e o ordenamento jurídico o reconhecerá.

Darcy Bessone, sobre a origem da conceituação do negócio jurídico, elucida, em breve síntese, as definições tratadas:

Em suma: na concepção clássica, vinda dos pandectistas, por *negócio jurídico* entende-se a declaração de vontade, enquanto que na teoria preceptiva pretende-se que a figura se caracteriza através da *auto-regulamentação dos próprios interesses*. (ANDRADE, 1987, p. 05).

Após a realização do esclarecedor apanhado transcrito, Darcy Bessone (1987, p. 06) expõe que não há auto-regulamentação sem declaração de vontade, tampouco é possível afirmar que toda declaração de vontade implica auto-regulamentação. Critica, assim, tanto a teoria pandectística voluntarista quanto a teoria preceptiva ou dispositiva. Para ele, seja declaração de vontade, seja auto-regulamentação, é certo que o conceito unitário de negócio jurídico depende do isolamento de certos elementos que, quando presentes, impõem o reconhecimento dessa categoria de atos jurídicos.

Assim, uma última orientação, da qual, em relação à doutrina mais recente, pouca variação possui, deve ser colacionada, no sentido de que o negócio jurídico constitui-se ato de autonomia privada, que alberga tanto a liberdade de celebração quanto a liberdade de estipulação, a que o Direito associa a constituição, modificação e extinção de situações jurídicas (CORDEIRO 2005, p. 455).

Dada a contribuição de Marcos Bernardes Mello, sua definição de negócio jurídico não poderia ser relegada:

Considerando os fundamentos expostos, podemos concluir que o negócio jurídico é o fato jurídico, cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha da categoria jurídica e de estruturação de conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (MELLO, 2003, p. 184).

César Fiuza (2004, p. 189), bem menos abstrato, propõe: “Negócio jurídico é toda ação humana combinada com o ordenamento jurídico, voltada a criar, modificar ou extinguir reações jurídicas, cujos efeitos vêm mais da vontade do que da Lei.”.

A crise do negócio jurídico é discutida no tocante à sua função ideológica⁸¹ (AMARAL, 2006, p. 375). Fala-se em impossibilidade de manutenção de seu conteúdo clássico, posto que o negócio jurídico, entendido em seu sentido liberal⁸², mostra-se insuficiente para abarcar a complexidade das relações sociais (fenômeno da massificação social), advindas, especialmente, no último século.

Como exemplos dos negócios jurídicos, citam-se os contratos como principal espécie. O Código Civil (BRASIL, 2002) não traz definições de contrato. Também não define negócio jurídico, mas tão somente dispõe acerca de seus requisitos de validade, no art. 104, que receberão tratamento adiante.

4.2. Raízes históricas e noções conceituais

Pretende-se trazer linhas gerais que permitam uma visão recolhida da gênese do contrato⁸³.

⁸¹ A experiência social complexa determinou a intervenção crescente do Estado na autonomia da vontade. Assim, é notável que alguns fenômenos sociais promoveram a perda do caráter individual das relações negociais. Essa nova perspectiva impõe uma releitura do conceito clássico de negócio jurídico. Do mesmo modo, o contrato sofre as mesmas conseqüências. Daí a relevância do enfoque principiológico da teoria geral do Direito dos Contratos. O conteúdo dos princípios, jurídicos havidos no contexto do Direito Contratual, é responsável pela concepção do negócio jurídico da atualidade.

⁸² Assim entendido como ato volitivo, intencional e autônomo das pessoas, visando à regulação de seus próprios interesses jurídicos ou práticos (MELLO, 2003, p. 188).

⁸³ A exposição sobre as raízes históricas segue a linha de raciocínio de Darcy Bessone (1987, p. 7-21), que visualiza cinco etapas do conceito evolutivo do contrato. A primeira, do Direito Romano, distingue convenção de pacto. A segunda, do início do século XIX, coincide com o Código Civil francês, e separa os contratos das

O resgate de concepções do Direito Romano é essencial à pretensão de esboçar parte de uma teoria geral do Direito dos Contratos que, inserta no Direito brasileiro, possui raízes sabidamente romano-germânicas.

O Direito Romano criou, desenvolveu e ordenou os contratos que satisfaziam às exigências de seu tráfico jurídico. A evolução do que poderíamos denominar tipologia contratual naquele sistema obedeceu a uma linha de conduta que não se submetia a qualquer predeterminação teórica. Os contratos nasciam das exigências cotidianas, aperfeiçoavam-se em atenção aos reclamos pragmáticos. (PEREIRA, 1982, p. 129).

No mais antigo Direito Romano, o contrato era tido como o ato de submeter o devedor ao poder do credor, em virtude do inadimplemento de uma obrigação⁸⁴. Explica que, em meados da República, entre o ano de 512 a.C e 27 a.C, havia o gênero *conventio*, que comportava os contratos e os pactos. Os primeiros dependiam da exteriorização de forma e admitiam três categorias, a saber, *litteris* – que exigiam a inscrição material no livro de credores; *re* – que impunham a tradição da coisa para a efetivação do contrato; e *verbis* – “que se validavam com a troca de expressões orais estritamente obrigacionais”. O formalismo era essencial à formação da obrigação contratual. Para exigir o cumprimento das obrigações, o credor devia lançar mão de uma ação, sem a qual não haveria direito. Os pactos, por sua vez, eram informais e não tinham a si atribuídas ações para fazer valer os acordos de vontade, de modo que geravam simples obrigação natural, salvo previsão legal excepcional. Em momento posterior⁸⁵, foram atribuídas ações a quatro pactos de utilização freqüente, a venda, locação, mandato e sociedade (FIUZA, 2004, p. 365).

Em conseqüência da atribuição de ações a alguns pactos específicos, ainda na prevalência do formalismo sobre o consensualismo, foram distinguidos os *pacta legitima* e os *nuda pacta*⁸⁶, conforme fossem providos ou desprovidos de ações (ANDRADE, 1987, p. 09).

convenções, conforme destinassem-se à criação ou à modificação e extinção de relações jurídicas, respectivamente. A terceira etapa seria inaugurada pelo Código Civil italiano, de 1965, que estabelece o contrato como categoria ampla e unitária. A quarta refere-se à regularização do conceito italiano, que peca pela amplitude excessiva. A quinta fase é introduzida pela reforma do Código Civil italiano, da qual resulta sua atual concepção de contrato.

⁸⁴ Bruno Torquato de Oliveira Naves (2006) explica que o Direito dos Contratos existe desde que o homem deu início às primeiras comunidades. Destaca, ainda, que nessa fase do Direito Romano arcaico, por motivo de serem fortes as cresças religiosas, o cumprimento do contrato era questão de honra, sendo o vínculo jurídico de natureza pessoal, o que, em caso de inadimplemento, poderia levar o credor a atingir o próprio corpo do devedor.

⁸⁵ Foi exatamente durante a República Romana e o Alto Império, fase do chamado Direito Romano clássico, que, para os pactos mais freqüentes, foram criadas proteções judiciais. A República Romana subsistiu entre os anos 510 a.C. e 27 a.C., e o Alto Império, entre os anos de 27 a.C. e 284 d.C. (FIUZA, 2004, p. 41, 53).

⁸⁶ Conforme Álvaro Villaça de Azevedo (2002, p. 20), *ex nudo pacto non nascitur actio*.

Na Idade Média, era comum o inadimplemento levar à prisão do devedor. Havia vigência do Direito Feudal, que era aplicado pelo senhor dentro dos feudos, e legitimava-se a partir da pressuposição de contrato prévio celebrado entre senhor feudal e vassalo, cada um com suas respectivas obrigações. “O contrato feudo-vassálico era ato formal e simbólico”, de modo que, para que o mesmo se efetivasse, era necessária a entrega da coisa ou de algo que a representasse (NAVES, 2006).

O princípio do consensualismo⁸⁷, para fazer da informalidade a regra na celebração dos contratos, de modo a prescindir do consenso e não da forma para a validade das obrigações contratuais, teve lugar em decorrência das necessidades de uma sociedade eminentemente mercantil (FIUZA, 2004, p. 365). Bruno Torquato de Oliveira Naves, sobre a admissão do consensualismo no Direito dos Contratos, após a Alta Idade Média, considera:

Os costumes municipais dos séculos XIII e XIV, em cidades da Itália, França e Países Baixos, admitiram o consensualismo no direito dos contratos, embora glosadores e comentadores resistissem. Para que houvesse contrato, bastava o consenso, o acordo de vontades. O respeito à palavra dada fazia do contrato uma obrigação moral. (NAVES, 2006).

Com o jusnaturalismo, a razão serve de fundamento para a obrigatoriedade contratual. O indivíduo, autônomo e senhor de seus atos, deve submeter-se às regras que foram estabelecidas por sua própria vontade. Daí a vontade passar a constituir verdadeiro pilar dos contratos, passando a propagar sua relevância no Direito da Idade Moderna (NAVES, 2006).

Foi exatamente na distinção entre convenções, contratos e pactos que se baseou a doutrina de Domat, que, juntamente com a doutrina de Pothier, foi acolhida pelo Código Civil de 1804, na França. De acordo com Domat, a convenção era gênero do qual o contrato era espécie. A convenção foi definida como sendo o consentimento de duas ou mais pessoas para formar entre elas algum vínculo, ou para resolver algum precedente, ou para modificá-lo. Pothier, em seguida, defendeu que somente a espécie de convenção que se presta a formar uma obrigação se denomina contrato (ANDRADE, 1987, p. 09).

Nesse contexto, se os contratos somente se destinavam a criar obrigações, para modificá-las ou extingui-las deveriam ser celebrados pactos, chamados de adjetos, que não geravam ações, mas sim exceções. Desse modo, os pactos adjetos criavam obrigação civil (FIUZA, 2004, p. 364).

⁸⁷ Nesse sentido, também considera Darcy Bessone (1987, p. 148): “A partir do século XVI, foi se firmando o princípio *solus consensus obligat* e correlatamente, o formalismo passou a perder terreno.”

O regime dos contratos do Código Civil francês de 1804, no qual o contrato estava intimamente ligado à idéia de transmissão de propriedade e, portanto, de circulação de riquezas (VENOSA, 2003, p. 362), influenciou, sem grandes mudanças, outros sistemas ocidentais, tais como o europeu e latino-americano, o português de 1867, o espanhol de 1889 e até mesmo o alemão de 1896, que também não se difere das mesmas fontes, em fundamento, a despeito de já conceber a idéia de negócio jurídico como gênero do contrato (PEREIRA, 1982, p. 130).

Assim, é mister enfatizar a relevância do Código Civil francês de 1804 enquanto marco da era da codificação, bem como para a consolidação dos contornos que ganhou o contrato desde o Direito Romano até então.

O Código Civil Francês consolidou o paradigma da vontade como expressão suprema e inderrogável da do indivíduo e de sua liberdade, surgindo o contrato como fonte primordial das obrigações. Atribui-se à vontade individual a função de causa primeira do direito privado. Neste, o comércio jurídico cresceu amparado na noção de contrato, entendendo que toda obrigação, por implicar em restrição à liberdade individual, teria de provir de um ato de vontade do devedor, e, além disso, que todos os resultados eram justos: “qui dit contractuel dit juste”. Ocorreu a igualização formal dos sujeitos jurídicos, tornando irrelevante a posição econômico-social das partes e os termos reais da troca econômica realizada, bastando a capacidade dos emitentes das declarações de vontade. (ROCHA, 2002, p. 29).

Durante o século XVIII, a despeito de o mundo conhecer o contrato, o mesmo foi integrado à teorização do fato jurídico, como espécie da categoria do negócio jurídico⁸⁸, tendo este conceito nascido como resultado do esforço de abstração da civilística alemã, que criou um sistema de direito baseado nas liberdades individuais, “tendo ao centro o negócio jurídico como figura típica da manifestação de vontade.” (AMARAL, 2006, p. 371).

Darcy Bessone (1987, p. 15-20) salienta a contribuição que teve o Código Civil italiano, de 1865, que começou a afastar-se da doutrina de Domat e Pothier, para conceituar contrato como sendo tanto a convenção produtiva de obrigações quanto a modificativa ou extintiva. Todavia, este conceito deixou a desejar em razão de se referir a vínculo jurídico no sentido do Direito Romano, que pressupõe obrigação típica, o que acabou por preterir as convenções relativas à criação, modificação ou extinção de direitos reais. Assim, a reforma do Código Civil italiano substituiu as palavras “vínculo jurídico” por “relação jurídica”. Tal amplitude, por sua vez, pecou pelo excesso, na medida em que podia comportar relações das

⁸⁸ Francisco Amaral (2006, p. 371) explica que: “O termo *nec + otium*, com o sentido de atividade que realize interesse de ordem patrimonial, deve-se a Nettelbladt, em 1749, mas a sua completa formulação dá-se com Savigny, que o define como ‘espécie de fatos jurídicos que não são apenas ações livres, mas em que a vontade dos sujeitos se dirige imediatamente à constituição ou à extinção de uma relação jurídica’”.

mais diversas, alheias ao próprio Direito Privado. Foi então, que a reforma efetivada do Código Civil italiano, de 1942, restringiu a noção de contrato, passando a limitar seu domínio às relações patrimoniais.

Têm lugar, em razão da escolha do referencial teórico, a definição de contrato elaborada por Darcy Bessone (1987, p. 06) segundo a qual o contrato inclui-se na categoria dos negócios jurídicos, é um negócio patrimonial e bilateral ou plurilateral (na formação), que comporta todo acordo de vontades de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.

César Fiuza (2004, p. 360) auxilia o aprimoramento do conceito, ao explicitar o caráter dinâmico-relacional do contrato, estando, portanto, em maior sintonia com o propósito dessa dissertação: “É todo acordo de vontades entre pessoas de Direito Privado que, em função de suas necessidades, criam, resguardam, transferem, conservam, modificam ou extinguem direitos e deveres de caráter patrimonial, no dinamismo de uma relação jurídica”.

Em consonância com a teoria do Direito dos Contratos na atualidade, acrescenta-se ao conceito de contrato o fato de o mesmo representar “figura-símbolo da igualdade formal dos sujeitos jurídicos, restrita, porém, a liberdade de contratar aos limites decorrentes da função social do contrato, isto é, sua eficácia em face de terceiros.” (AMARAL, 2006, p. 148).

Após definir contrato, passa-se à distinção entre seus pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade.

4.3. Distinção entre pressupostos, elementos e requisitos

Se o próprio conceito de contrato teve seu delineamento delegado, no Direito pátrio, à doutrina, certo é que, também, coube a essa última teorizar acerca dos pressupostos, elementos e requisitos necessários à existência e validade dos contratos.

Daí a amplitude do debate, posto que pouco consenso pode ser observado neste tocante.

Os adotantes do viés estrutural do contrato para fins de definição de pressupostos, elementos e requisitos, usualmente partem do suporte fático suficiente para a incidência da norma que transformará o fato natural em fato jurídico, por meio do fenômeno da juridicização, explicado anteriormente.

Marcos Bernardes Mello (2003, p. 33), por exemplo, defende que, se o sujeito é elemento nuclear do suporte fático, são elementos complementares do núcleo a capacidade de agir, legitimação (poder ativo ou passivo de disposição), perfeição da manifestação de vontade, boa-fé e equidade (nos negócios de consumo). Para o mesmo autor, quanto ao objeto, são elementos complementares sua licitude, moralidade, possibilidades física e jurídica. E se a vontade consciente é essencial à realização do ato, compondo o cerne do suporte fático, o atendimento à forma é elemento complementar, quanto à sua manifestação. Nesse sentido, a ausência de elementos nucleares do suporte fático compromete a própria existência do ato⁸⁹. Lado outro, se prescindir-se de elemento complementar, as conseqüências acontecem no plano da validade. Assim, o termo *elemento* é amplamente empregado, sendo mais importante sua classificação enquanto elemento nuclear ou complementar do núcleo do suporte fático suficiente à incidência da norma. Significa que é a ausência dos elementos nucleares e completantes do suporte fático que é determinante para a inexistência e invalidade do ato jurídico, grande categoria na qual se insere o contrato.

Os elementos nucleares do suporte fático têm sua influência diretamente sobre a existência do fato jurídico, de modo que sua falta não permite que se considerem fatos concretizados como suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica. Nos negócios jurídicos, por exemplo, em que a manifestação de vontade consciente é o cerne do suporte fático, a sua ausência implica não existir o negócio. (MELLO, 2003, p. 50)⁹⁰.

Emílio Betti (2003a, p. 79) também dá importância ao fenômeno da juridicização à *fatispécie*, para que o fato natural passe ao mundo jurídico. Para ele, são elementos estruturais aqueles que compõem, essencialmente, a *fatispécie*, legalmente prevista, para que o fato se torne jurídico. Nesse diapasão, o doutrinador italiano posiciona como elementos estruturais do negócio jurídico- sem menção à existência ou validade- a forma, o conteúdo e a causa. Porém, quando da abordagem da capacidade da pessoa, legitimação para o negócio e idoneidade do objeto, fala em pressupostos de validade, ou simplesmente pressupostos, dando essa mesma nomenclatura aos tradicionais elementos integrativos do negócio jurídico (BETTI, 2003b, p. 2).

⁸⁹ Se o suporte fático não se forma, com seus elementos nucleares e completantes, é insuficiente à sua concreção no mundo jurídico, e sua existência resta comprometida (MELLO, 2003, p. 59).

⁹⁰ Outros exemplos são dados por Marcos Bernardes Mello (2003, p. 50). O mútuo, por tratar-se de negócio jurídico real, em que o suporte fático compõe-se do acordo de vontades, mais a entrega da coisa fungível (= *consensus* + *traditio*), esta constitui elemento completante de seu núcleo. Se não há acordo sobre o mútuo, mas há entrega da coisa emprestada, mútuo não há, existindo apenas promessa de mútuo que, se não cumprida, pode dar ensejo a ressarcimento pelas perdas e danos que resultarem do inadimplemento. Igualmente, no caso de compra e venda de bem futuro que não vem a existir, sem culpa do devedor: resolve-se o negócio, pois a falta de elemento completante do núcleo faz insuficiente o suporte fático, atingindo-lhe a existência.

As compreensões dos pressupostos, elementos e requisitos, portanto, não são uníssonas, o que ensejou o objetivo desse trabalho dissertativo de buscar algumas posições doutrinárias, para, em seguida, adotar determinado referencial teórico, indeclinável ao desenvolvimento da discussão pertinente à identificação dos desafios evolutivos jurídicos trazidos à teoria geral do Direito dos Contratos pelo paradigma tecnológico. Somente assim será viável arriscar atribuir às tais características peculiares ao contrato eletrônico a qualidade de pressupostos, elementos ou requisitos.

Darcy Bessone (1987, p. 115) entende que o pressuposto é algo que preexiste ao ato a que se refere. Portanto, estaria “situado antes e fora do ato”. Nesse sentido, afirma que os pressupostos de validade do contrato devem existir antes da formação do vínculo. Lado outro, os elementos são tidos como “contemporâneos e constitutivos do contrato”, de modo a integrar sua estrutura ou a fornecer seu conteúdo ou substância. “Os elementos integram e constituem o contrato, distinguindo-se dos pressupostos, que lhe são anteriores e exteriores.” (ANDRADE, 1987, p. 139). Assim, para o autor, são pressupostos o sujeito, a capacidade, a legitimidade e a causa, esta compreendida como resultado pretendido pelos contratantes, que, como pretensão, precede o contrato. No rol dos elementos, estão o consentimento, a forma e o objeto do contrato.

Os elementos são tradicionalmente formadores de uma tricotomia: elementos essenciais, naturais e acidentais. Os elementos naturais decorrem naturalmente do contrato, sendo desnecessário exigir-lhes existência na relação contratual. Os elementos acidentais são, por natureza, eventuais (AMARAL, 2006, p. 394). Por essas razões, somente os elementos essenciais importarão à dissertação.

A classificação de Antônio Junqueira de Azevedo (2002) interessa para a caracterização dos elementos e requisitos. Elementos são compreendidos como tudo aquilo que compõe a existência do negócio no mundo jurídico. Requisitos, por sua vez, “são aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que ele seja válido.” (AZEVEDO, 2002, p. 42). O autor (AZEVEDO, 2002, p. 30, 32) concebe elementos gerais, categoriais⁹¹ e

⁹¹ Antônio Junqueira de Azevedo . (2002, p. 36) entende que os elementos gerais são aqueles sem os quais nenhum negócio existe. Os categoriais, por sua vez, são essenciais a cada categoria, de modo que não resultam da vontade das partes, mas sim da lei. Aproximam-se, estes últimos, dos tradicionais elementos naturais. O autor apresenta exemplos de elementos categoriais: a responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos; a gratuidade, nos contratos de depósito, mútuo e mandato.

particulares⁹², além de requisitos de validade. Os elementos gerais podem ser intrínsecos ou constitutivos ou extrínsecos ou pressupostos. Os elementos categoriais se subdividem em inderrogáveis ou essenciais e derogáveis ou naturais.

Em crítica a esse critério de distinção baseado na noção de elementos, Vicente Ráo (1999, p, 90) propõe a noção de requisito como fundamento de classificação. Afirma que os requisitos são os meios para se alcançar determinado fim. No caso da teorização do ato jurídico, categoria que foi estudada pelo autor e na qual se inclui o contrato, os requisitos indicam “o que se exige para a constituição ou composição dos atos jurídicos”.

Vicente Ráo (1999, p. 91), assim, propõe o emprego dos *requisitos* como grande categoria, que seriam bipartidos em elementos (requisitos intrínsecos) e pressupostos (requisitos extrínsecos). Os primeiros, pertinentes à constituição e existência no interior do ato, aceitam a divisão em elementos essenciais e não essenciais. Os elementos essenciais, que se denominam *componentes existenciais intrínsecos* por serem necessários à composição de qualquer ato, ainda podem ser genéricos ou específicos, conforme façam parte de todos os atos ou somente de alguns tipos de ato. Os elementos não essenciais dependem da vontade das partes para sua criação e, se criados, passam a integrar a estrutura constitutiva do ato. Os requisitos intrínsecos podem ser elementos essenciais ou acidentais. Os requisitos extrínsecos, por sua vez, são tidos como pressupostos de validade. Os pressupostos realizam-se fora, extrinsecamente, e são, assim como os elementos, indispensáveis à formação do ato. Caracterizam-se por dizerem respeito à aptidão para a prática do ato (ou capacidade) e à habilitação (legitimação) do agente.

É devido, ainda, consignar a posição de autores que, como Álvaro Villaça Azevedo (2002, p.39), sem realizar a distinção que aqui é abordada, referem-se a pressupostos, elementos e requisitos sob o único termo de *elementos*. Outros, a despeito de considerarem alguma distinção entre pressupostos, elementos e requisitos, preferem unificá-las em terminologia única, tratando, em cada caso, da importância para o contrato e dos efeitos que podem atingir quando inocorrentes no caso concreto:

[...] não se deve confundir condições de validade com pressupostos do ato jurídico. Condições ou requisitos de validade são termos genéricos que ora se identificam com os elementos, ora com os pressupostos. As condições de validade, enquanto elementos essenciais à validade do ato jurídico, hão de se observar no momento em que o ato se pratica e depois. Mas se as condições de validade disserem respeito aos

⁹² Para Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 38), os elementos particulares “são apostos pelas partes, existem em um negócio jurídico concreto, sem serem próprios de todos os tipos de negócio ou próprios de certos tipos de negócio. Esses elementos são sempre voluntários e, por isso, distinguem-se claramente dos elementos categoriais.”.

pressupostos, significa que devem preexistir à prática do ato. Com base nisso, podemos afirmar que a forma é elemento de validade, enquanto a capacidade do agente é pressuposto. Para unificar a terminologia, são de se preferir os termos genéricos condição ou requisito. (FIUZA, 2004, p. 200).

Para o presente trabalho é essencial manter a distinção, por ser a mesma imprescindível aos seus propósitos da investigação. Por essa razão, faz-se necessário, ainda, perquirir o significado dos requisitos, que estariam ao lado dos pressupostos e elementos para a existência e validade dos contratos.

Assim, requisitos são mais comumente empregados ou como qualidades dos elementos ou pressupostos demandadas pelo ordenamento jurídico para a validade do contrato, ou são considerados grande categoria, da qual pressupostos e elementos fazem parte.

4.4. A opção terminológica

Resta, assim, diante dos referenciais teóricos trazidos e do escasso consenso acerca da matéria, eleger uma opção metodológica que torne exequível o trabalho.

Em verdade, na apresentação do intróito do capítulo, acabou-se por deflagrar, em antecipação, o referencial teórico aqui adotado, haja vista que foram repetidos os passos do Professor Darcy Bessone (1987, p. 01) em sua importante obra sobre a teoria geral do Direito dos Contratos, que se inicia com o intuito de situar o contrato na teorização do fato jurídico.

Tecidas as considerações acerca da ausência do consenso e da distinção doutrinária de pressupostos, elementos e requisitos, ao menos quanto à definição conceitual, adota-se a idéia de Darcy Bessone, seguida por Francisco Amaral (2006, p. 393), com a ressalva de acreditarmos que os requisitos podem também se referir aos pressupostos: “Elementos do negócio jurídico são itens que compõem sua estrutura. A eles se opõem os pressupostos, logicamente anteriores, e os requisitos, qualidades desses últimos.”.

E se, aqui, resta estabelecido que os pressupostos são anteriores e extrínsecos ao contrato, e que os elementos são intrínsecos e decorrentes ou diretamente vinculados à sua formação, integrando, portanto, o corpo formativo do contrato, é consectário lógico que ainda permanecem alheios à discussão tracejada até aqui os atributos que o Direito exige sejam dotados os pressupostos e os elementos, para a validade do contrato. Assim, a essas características dos elementos ou dos pressupostos contratuais, exigidas pelo Direito para a

validade essa modalidade de negócio jurídico, aceita-se a denominação de requisitos, acompanhados de parte da doutrina⁹³.

Assim, têm-se os pressupostos como anteriores e extrínsecos ao contrato, essenciais para a existência do mesmo. Os elementos essenciais são contemporâneos à formação do contrato e, por natureza, em decorrência da mencionada essencialidade, também são pertinentes à existência. Logo, os pressupostos e os elementos sempre são de existência. Ademais, outras qualidades podem ser exigidas aos pressupostos, assim como aos elementos. Esses são os requisitos, que somente importam à validade do contrato. Por conseguinte, os requisitos sempre se ligam a pressupostos ou a elementos.

Aceita-se, ainda, a repartição dos elementos em essenciais (genéricos e específicos), naturais e acidentais. Devido ao fato de não se apreciar, nessa dissertação, qualquer contrato em categoria determinada, não serão indicados elementos essenciais específicos, naturais ou acidentais, mas somente os essenciais genéricos, ou seja, aqueles imprescindíveis à existência de qualquer contrato. Logo, a propósito do contrato, os integrantes de sua definição admitirão, nessa dissertação, a classificação em pressupostos de existência, elementos essenciais genéricos de existência e requisitos de validade.

Insta lembrar, novamente, que o estudo não ultrajará as fronteiras do plano da eficácia, tampouco abordará, por meio da teoria das nulidades, as circunstâncias invalidantes do contrato, uma vez que a hipótese se resume a verificar se os instrumentos havidos no contexto do contrato eletrônico integram sua teoria enquanto pressupostos, elementos essenciais genéricos ou requisitos.

4.5. O sujeito, a parte, a capacidade e a legitimidade

A capacidade apresenta-se como uma habilidade ou potencial juridicamente reconhecido. Uma vez acatada a capacidade como uma qualidade de algo, pende indicar a que elemento ou pressuposto esse adjetivo respeita.

⁹³ Francisco Amaral (2006, p. 394), em tratamento do negócio jurídico, alcança a mesma conclusão, no que diz respeito à sua concepção do que sejam requisitos contratuais ou negociais: “A validade do negócio jurídico exige que esses elementos tenham determinados requisitos ou atributos, qualidades que a lei indica (CC, art. 104): a declaração deve resultar de agente capaz, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma deve ser conforme a lei.”.

Para Francisco Amaral (2006, p. 401), “enquanto a vontade é elemento necessário à existência do ato ou do negócio, a capacidade é requisito necessário à sua validade e eficácia, assim como é o poder de disposição do agente”. Antes, afirmou ainda que “a declaração de vontade deve resultar de agente capaz, o objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável, e a forma deve ser conforme a lei.” (AMARAL, 2006, p. 394). Ora, para o autor, a capacidade relaciona-se à declaração de vontade, o que não parece razoável. É o sujeito que demanda capacidade para a criação de relações jurídicas contratuais. Conclui-se, pois, que o atributo jurídico da capacidade liga-se, diretamente, ao sujeito.

O conceito de contrato, do mesmo modo que o próprio conceito da categoria do negócio, é uma abstração vinculada ao sujeito (LORENZETTI, 1998, p. 541).

Emílio Betti (2003b, p. 9) salienta que é preciso que se possa imputar a determinada pessoa o conteúdo do ato. Entende o sujeito como pressuposto de validade, ao lado da capacidade de direito, de fato e da legitimidade. Assim, o sujeito não corresponde exatamente à noção de parte no contrato. À parte devem relacionar-se determinados interesses. Explica:

[...] tendo em atenção o conteúdo preceptivo do ato e a sua destinação a dar vida e desenvolvimento a uma relação jurídica, torna-se possível atribuir a qualificação de ‘parte’, entendida em sentido substancial, ao sujeito em favor de quem a relação deve constituir-se e desenvolver-se, quer seja ele mesmo a concluir o negócio, quer não o conclua pessoalmente. (BETTI, 2003a, p. 118).

De acordo com a lição de Darcy Bessone (1987, p. 116), o sujeito, no contrato, é a pessoa que se vincula, sendo distinto da idéia de parte, esta, entendida como centro de interesse, de modo que vários sujeitos podem compor uma só parte contratual. O sujeito necessariamente deve preexistir ao contrato, sendo, desse modo, pressuposto para a sua constituição.

É, portanto, conveniente apartar a concepção de *parte*, que não corresponde à idéia de sujeito. Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 433), na mesma orientação acima exposta, salienta que, considerando o que a doutrina italiana chama de centro de interesses, o número de partes no contrato corresponderá ao número de centros de interesses distintos, de modo a ser possível a formação de uma parte, correspondente a um centro de interesse, por vários sujeitos. Assim, para ele, significa que o número das partes no contrato é exatamente o número dos centros de interesse.

É importante notar, porém, que se o sujeito é pressuposto de existência, a parte somente assim se define no contexto da formação da relação contratual, integrando-a estruturalmente, sendo, portanto, a parte, elemento essencial genérico de existência.

César Fiuza (2004, p. 367), ainda quanto ao sujeito da relação jurídica, fala em pluralidade de partes enquanto requisito contratual subjetivo. Obviamente, para que haja contrato, a relação jurídica há de ser composta por pelo menos duas partes estanques. Porém, o fato de ser óbvio não possui o condão de dispensá-la, sob pena de não se firmar negócio jurídico na modalidade contrato. Daí o doutrinador em referência imputar à pluralidade das partes a qualidade de pressuposto de existência.

É verdade que os sujeitos preexistem ao contrato. O sujeito é, sem dúvida, um de seus pressupostos de existência. Entretanto, a relação jurídica que abrange as partes, para o atendimento à pluralidade exigida pelo Direito, constitui o próprio contrato. E se a estrutura do contrato denota uma relação jurídica, a pluralidade, que é da essência da relação, é integrante e, também, contemporânea ao contrato. Assim, acredita-se tratar-se, a pluralidade, caso a mesma não se confunda com o próprio conceito de parte, já esboçado acima, de elemento essencial genérico de existência do contrato.

A capacidade não se resume somente à possibilidade do sujeito de titularizar direitos e deveres na ordem jurídica. Além da aptidão para prática de atos jurídicos, estende-se até a aptidão das pessoas para declarar sua vontade no campo do Direito, direcionada à formação, modificação ou extinção de relações reconhecidas e válidas na vida jurídica, na exata amplitude que o ordenamento admite.

O exame da capacidade no contexto da teoria geral do Direito dos Contratos impõe a diferenciação entre capacidade jurídica e capacidade de exercício ou de agir. César Fiuza (2004, p. 121) explana que a capacidade de direito é “o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil”. A capacidade de fato, por sua vez, é definida como o poder efetivo que capacita a toda pessoa à prática plena dos atos da vida civil.

Para Darcy Bessone (1987, p. 117), tal pressuposto, se inócua, compromete a validade do contrato. Fica, então, nítido que Darcy Bessone entende haver pressupostos de existência e pressupostos de validade.

O mesmo autor (1987, p. 118, 121-122) admite que a capacidade de fato tem como espécie a capacidade de contratar, que, a seu turno, comporta graus, quais sejam, a capacidade de administração ordinária, a capacidade especial de administração e a capacidade de disposição, esta última mais ampla que as anteriores. Vê a capacidade como uma qualidade abstrata do sujeito. Em seguida, propõe outro pressuposto, qual seja, a legitimidade, que, apesar de também ser qualidade do sujeito, afasta-se da capacidade, na medida em que se relaciona com a possibilidade de realizar atos jurídicos de conteúdo concreto em relação às pessoas a quem pertencem os interesses que formam a substância desses atos. Adiante,

Bessone retoma o poder de dispor, como modalidade da capacidade de exercício, para elucidar que a existência desse poder não impõe seu exercício em sua máxima extensão e, portanto, dependerá dos termos do contrato. Logo, se é o contrato que o produz, não preexiste ao mesmo, sendo, assim, somente o poder de dispor, elemento.

A despeito de Darcy Bessone (1987) não apresentar conclusão expressa acerca da capacidade, conclui-se, neste estudo, que o autor admite que a capacidade de direito deva existir externa e independentemente ao contrato, assim como a capacidade de fato que, apesar de apurada no momento da declaração de vontade do contratante, deve, igualmente, ser anterior. Significa que a capacidade, para ele, é pressuposto, que pode comprometer a validade do contato. Em Bessone, a legitimidade ganha a mesma classificação da capacidade.

Emílio Betti (2003b), conforme já foi dito, trata como pressupostos de validade o que, para essa dissertação, são requisitos. Para ele, assim como o sujeito, a capacidade é, em igual teor, pressuposto de validade. O autor em alusão percebe, também, a diferença entre capacidade e legitimidade:

Nesta orientação, a distinção entre capacidade e legitimidade manifesta-se com toda a evidência: a capacidade é a aptidão intrínseca da parte para dar vida aos atos jurídicos; a legitimidade é uma posição de competência, caracterizada quer pelo poder de realizar atos jurídicos que tenham um dado objeto, quer pela aptidão para lhes sentir os efeitos, em virtude de uma relação, em que a parte está, ou se coloca, com o objeto do ato. (BETTI, 2003b, p. 4).

Pensa-se, com a devida vênia, de forma diferente, tanto de Darcy Bessone quanto de Emílio Betti, conforme já explicado quando da apresentação da opção metodológica.

Para essa dissertação, a capacidade de direito se confunde com o próprio sujeito. A bem da verdade é que não há sujeito sem personalidade. O sujeito possui, como atributo jurídico, a capacidade de direito. A capacidade de direito, desse modo, confunde-se com a existência do próprio contratante, haja vista que todo contratante é sujeito e, portanto, possui capacidade de direito. Assim, seria pressuposto de existência, posto que deve preexistir ao contrato.

A capacidade de fato e a capacidade negocial são qualidades que, como já dito, ligam-se ao sujeito. Assim, representam requisitos de validade pertinentes ao pressuposto de existência do sujeito.

A legitimidade é, efetivamente, apurada no ato da contratação. Refere-se a um centro de interesse, que deve ser legitimamente representado. Dessa feita, a legitimidade concerne à idéia de parte. E se a parte é elemento essencial genérico de existência, a legitimidade é

requisito de validade a ele relacionado. Da mesma maneira, classifica-se o poder de disposição.

Em termos práticos, os contratantes devem ser capazes, de direito e de fato, sendo essa última capacidade adquirida, em regra, com a maioridade, atualmente marcada pelos dezoito anos de idade. A capacidade de fato pode, ainda, advir da emancipação, nos casos previstos em lei. Insta, também, destacar a capacidade negocial, que se refere à capacidade especial para a realização de negócio específico, depende de inúmeros fatores, muitas vezes decorrentes da lei, outras de decisão judicial, podendo, ainda, ser resultado de um ato de autonomia privada. Todas essas qualidades constituem requisitos de validade do contrato.

4.6. O consentimento. Importância da vontade e da declaração para o Direito dos Contratos

“O consentimento constitui o elemento mais importante do contrato, pois exprime a própria adesão dos sujeitos, o próprio acordo de vontades. Confunde-se, assim, com a formação consensual do contrato.” (ANDRADE, 1987, p. 140). De fato, a inoccorrência do consentimento compromete a própria existência do contrato. É, portanto, elemento essencial genérico de existência.

O consentimento, pois, é comumente qualificado como elemento essencial do contrato (AMARAL, 2006, p. 394). Clóvis Beviláqua (1999, p. 280), contudo, posicionou a manifestação de vontade ao lado dos requisitos de validade dos atos jurídicos.

É, entretanto, fundamental compreender o que é a vontade, a manifestação de vontade, a declaração de vontade e o consentimento.

A vontade é o próprio querer consciente, que é da essência da autonomia privada e encontra seu expoente máximo na seara dos contratos. Porém, a simples existência da vontade não é suficiente para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas patrimoniais. É, sobretudo, necessário que o sujeito manifeste sua vontade. Em atos jurídicos em sentido lato, essa vontade pode ser manifestada por um comportamento ou por uma declaração (ANDRADE, 1987, p. 142). A declaração é o meio de manifestação de vontade destinada, por excelência, à formação do consenso, definido por Ruggiero como sendo “o encontro de duas declarações de vontade, que, partindo de dois sujeitos diversos, se dirigem a um fim comum,

fundindo-se” (RUGGIERO apud ANDRADE, 1987, p. 146). É certo, portanto, que a vontade deve ser exteriorizada para a produção de efeitos jurídicos. Francisco Amaral esclarece:

A vontade é elemento fundamental na produção dos efeitos jurídicos, sendo necessário, como é óbvio, que ela se manifeste, se exteriorize. A manifestação de vontade é todo comportamento, ativo ou passivo, que permite concluir pela existência dessa vontade. Usa-se, em doutrina, para exprimir tal manifestação, o termo *declaração de vontade*, e sua importância é tanta que, sem ela, o ato ou negócio simplesmente inexistente. A declaração de vontade é, assim, o instrumento da manifestação da vontade. (AMARAL, 2006, p. 395).

Assim, se o consenso é elemento que compõe a estrutura do contrato, este somente pode se formar se as partes declararem sua vontade. Daí o porquê de, com frequência, a declaração integrar a própria definição de negócio jurídico, da qual o contrato é a espécie de maior relevância⁹⁴.

No caso dos contratos, que é negócio jurídico bilateral, há necessidade de pelo menos duas declarações de vontade para a formação do consenso⁹⁵. Logo, sua importância permanece a mesma, demandando, a declaração, atenção especial. A declaração, portanto, é a própria manifestação⁹⁶. Independentemente do meio que a mesma ocorra, se a vontade é manifestada, há declaração. Esta “pressupõe uma atuação ou omissão controlada ou controlável pela vontade” (CORDEIRO, 2005, p. 540). Significa que, para a formação de contratos, a manifestação de vontade acontece por meio de uma declaração, tida, aqui, como manifestação de vontade consciente, direcionada e, sobretudo, controlada.

Conseqüentemente, a declaração ou manifestação de vontade pode ocorrer por qualquer meio sensível através do qual a vontade ultrapassa seu ambiente interno e psicológico do sujeito, para se revelar ao mundo e, se pautada nos contornos conformativos do ordenamento jurídico, recebe seu reconhecimento (RÁO, 1999, p 153).

A manifestação de vontade pode ser expressa, tácita ou presumida. É expressa quanto ocorre por meio de palavras, escritas ou orais, ou ainda, por gestos ou qualquer outro meio

⁹⁴ “O negócio jurídico é a declaração de vontade que se destina à produção de certos efeitos jurídicos que o sujeito pretende e o direito reconhece. Seu elemento essencial é a vontade, que se dá a conhecer pela respectiva declaração e que tem, por isso, relevante significado econômico e social, por ser meio de se alcançar o efeito jurídico pretendido.” (AMARAL, 2006, p. 377).

⁹⁵ “A manifestação de vontade toma nos negócios bilaterais o nome de consentimento. Sendo resultante de duas manifestações de vontade, o consentimento ou consenso é próprio dos contratos, inexistindo nos negócios jurídicos unilaterais.” (AMARAL, 2006, p. 403).

⁹⁶ Em sentido contrário, para diferenciar manifestação de vontade e declaração, Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 121), para quem a manifestação de vontade é “qualquer ato de vontade, isto é, qualquer exteriorização de vontade consubstanciada em palavras, gestos, comportamentos etc.”. Por declaração, entende “tudo aquilo que socialmente se vê como destinado à produção de efeitos jurídicos”. Acredita-se inexistir razão prática para esse distanciamento terminológico, pois como já se disse, a vontade há de ser necessariamente manifestada para a produção de efeitos, ou seja, declarada nessa direção.

que torne explícita uma determinada vontade. A manifestação tácita é a manifestação deduzida de atos ou fatos, por parte do destinatário, desde que outra interpretação não seja razoável. Por fim, a manifestação de vontade presumida é:

[...] a declaração que, não sendo expressa, a lei deduz do comportamento do agente, como acontece por exemplo, com as presunções de pagamento contidas no CC, arts. 322, 323 e 324, ou com a presunção de remissão do art. 387, ou de aceitação de herança do art. 1.807, ou de prorrogação da locação nos prédios urbanos quando o contrato se extingue e o locador nada faz para reaver o imóvel (Lei n.º8.245, de 18 de outubro de 1991, art. 46, §1º). (AMARAL, 2006, p. 397).

Ainda sobre a exteriorização da vontade, é controverso o fato de o silêncio poder ser tido como manifestação. Para que do silêncio seja aferida a vontade de determinado sujeito, serão necessárias circunstâncias que possibilitem essa interpretação contundente.

Em verdade, o silêncio que excepcionalmente pode corresponder a uma declaração de vontade é o chamado silêncio consubstanciado, que desse modo qualifica-se somente quando as circunstâncias ou usos o autorizarem e não for exigida a forma expressa da declaração.

César Fiuza (2004, p. 199) aduz não visualizar qualquer diferença prática na distinção entre a hipótese do silêncio possibilitador da abstração da vontade e a manifestação tácita da vontade. De fato, o arrazoado desse autor faz sentido, pois o próprio Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece, no art. 111, que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Na verdade, são exatamente as circunstâncias ou os usos que possibilitam a manifestação tácita de vontade, que somente é juridicamente viável quando desnecessária a declaração de vontade expressa.

Merece tratamento, ainda, a dessemelhança havida entre as declarações de vontade receptícias e não-receptícias. As primeiras endereçam-se a destinatários especiais, sob pena de ineficácia do ato (AMARAL, 2006, p. 398). Tal relevância dá-se em razão de as declarações receptícias destinarem-se a produzir efeitos, não somente na esfera privada do declarante, mas também, na esfera privada alheia. As declarações não-receptícias, ao contrário, não se destinam a ninguém, haja vista que não precisam, necessariamente, da ciência de outras pessoas para a produção de efeitos. Interessam, aos contratos, as declarações receptícias.

Outro problema que também concerne à declaração de vontade destinada à formação do consenso é a hipótese de a vontade exteriorizada ser diversa da vontade real. Surge, então, a necessidade de saber, nesse caso, o que deve prevalecer. Em resposta, duas concepções opostas se apresentaram.

A primeira, subjetiva, da qual é oriunda a teoria da vontade, dá prevalência à vontade sobre a declaração, em caso de dissonância. A segunda, de concepção objetiva, leva à teoria da declaração, que estabelece que esta é preeminente em relação à vontade dissonante. A teoria da vontade é voluntarista, atribuída à Savigny, Windscheid, Dernburg, Unger, Oertmann e Enneccerus, e preconiza a busca pela vontade real, de modo a proteger os interesses do declarante. Essa teoria possui especial lugar no âmbito dos vícios de consentimento. A teoria da declaração, a seu turno, vincula a eficácia do ato à declaração, pouco importando eventual discordância dessa com a vontade real do declarante. Baseia-se no comportamento objetivo do agente (AMARAL, 2006, p. 377). Emílio Betti aparenta se aproximar dessa última corrente:

O ato com que o autor da expressão desprende esta de si, desapossando-se dela e tornando-a uma coisa independente, estranha a ele e idônea para chegar ao conhecimento do destinatário, determinado ou não, fazendo dela uma declaração irrevogável propriamente dita, denomina-se *emissão*. (BETTI, 2003a, p. 191).

Francisco Amaral (2006, p. 378) explica que, dado o extremismo das teorias mencionadas, vêm a lume a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança. A primeira é mais ligada à vontade, de modo que a vontade real do declarante é protegida, devendo o mesmo responder pelos danos causados, em caso de culpa. A segunda, mais próxima da teoria da declaração, mas não tão radical, defende que a declaração prevalece sobre a vontade real, caso aquela tenha gerado legítima expectativa no destinatário, conforme as circunstâncias objetivas. Essa última possui íntima convergência com princípio da boa-fé objetiva. A teoria da confiança é, assim, também chamada de teoria do crédito social, vez que empresta valor à aparência da vontade, de modo a preocupar-se com a estabilidade das relações jurídicas (WAINSTEIN, 2003, p. 38).

Desenvolveram-se, ainda, como integrantes da teoria da declaração, as teorias preceptiva e normativa.

Pela teoria preceptiva, atribuída a Emílio Betti, a vontade cumpriria unicamente a função de gênese da declaração, que, por sua vez, é preceito de autonomia privada, capaz de vincular seu autor, para abandonar a roupagem de fato meramente psicológico e tornar-se, então, fato social relevante (WAINSTEIN, 2003, p. 39). Reportando-se à declaração e ao comportamento, Emílio Betti evidencia sua concepção preceptiva, de maneira a fazer sobressair a importância da declaração mundo jurídico:

[...] declaração e comportamento são a realização ordenadora de uma linha de conduta, em confronto com outras posições, por meio das quais o indivíduo regula as suas relações com outros, e que têm, portanto, relevância essencialmente social e uma eficácia operativa própria, que não é válida de outra forma: eficácia que, primeiro, se manifesta, logicamente, no plano social, e depois, graças à sanção do direito, se destina a produzir efeitos também no plano jurídico. (BETTI, 2003a, p. 81).

Logo, o negócio jurídico, enquanto meio dinâmico de realização de interesses privados, é considerado dispositivo por meio do qual os particulares disciplinam suas próprias relações. Formam-se, a partir do conteúdo do negócio, preceitos dedicados aos participantes, que a eles submetem-se não somente em decorrência de sua vontade, mas também, por sua importância social.

A teoria normativa considera a vontade exteriorizada, que se constitui norma negocial, para fins de interpretação. Sendo assim, a vontade das partes é criadora de regras jurídicas engendradas no contexto do negócio jurídico, de efeito concreto. O resultado do processo volitivo é a própria declaração. A normatividade resultante da declaração de vontade tem início no exato momento em que o processo volitivo finda-se.

Acerca da posição adotada pelo direito brasileiro, a lição de Francisco Amaral é elucidativa:

O problema do predomínio da vontade ou da declaração como elemento determinante da eficácia do negócio jurídico manifesta-se, principalmente, em matéria de interpretação e de erro. Quanto à primeira o art. 112 do Código Civil, estabelecendo a regra geral, dispõe que “*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem*”, em uma aparente opção pela teoria da vontade, o que faz compreensível a tendência doutrinária por essa tese. Creio, porém, ser mais acertado dizer que o sistema do Código Civil de 2002, tomado como ponto de partida a declaração de vontade (na qual a intenção se consubstancia) e como critério de interpretação a boa-fé e os usos do lugar (art. 113), optou pela concepção objetiva e, conseqüentemente, pela teoria da declaração. Já em matéria de erro, é dominante a teoria subjetiva. (AMARAL, 2006, p. 379).

De todo modo, o consenso constitui elemento essencial genérico de existência do contrato, sendo sua idoneidade requisito de validade. Essa idoneidade liga-se à regularidade do consentimento. E se este depende da declaração de vontade para sua formação, a regularidade desta última, também, pode ser classificada como requisito de validade do contrato.

4.7. O objeto e sua idoneidade

No que respeita ao objeto, diferenciações inafastáveis não de ser enfrentadas. Terá lugar a discussão acerca da idoneidade do objeto para a validade do contrato. Antes, porém, de preencher o conteúdo semântico do termo *idoneidade* no contexto do Direito dos Contratos na atualidade, é essencial apartar o objeto do contrato do objeto da obrigação. Em seguida, como integrantes da essência do objeto, serão abordadas a determinabilidade e economicidade.

Na definição de Emílio Betti (2003a, p. 118), “são *objeto*, ou ‘matéria’ do negócio, [...] os interesses que, segundo a ordem social, possam ser regulados diretamente, por ação dos próprios interessados, nas suas relações recíprocas”. Sem a sistematização adotada no presente estudo, Betti (2003b, p. 37) não deixa de abordar a idoneidade do objeto, de maneira a alcançar sua possibilidade, considerada de forma ampla.

Darcy Bessone (1987, p. 125) separa objeto de direito ou da obrigação de objeto do contrato⁹⁷. O objeto da obrigação é a prestação, que possivelmente remonta a um objeto, anterior ao direito criado sobre o mesmo e, portanto, estranho, para ele, ao Direito dos Contratos.

O objeto do contrato, em Bessone (1987), não prescinde de sua idoneidade, para constituírem, ambos objeto e idoneidade, um só elemento essencial à validade. Em Bessone, ambos objeto e sua idoneidade são produzidos a partir do contrato e não podem, assim, ser-lhe considerados alheios. Esse único elemento respeita à validade, jamais à existência do contrato. “O conteúdo ou o objeto do contrato será o conjunto de preceitos contratuais, oriundos do consentimento.” (ANDRADE, 1987, p. 126).

Francisco Amaral (2006) faz menção ao objeto jurídico e objeto material, para afirmar importar primordialmente ao Direito dos Contratos o objeto jurídico. Para o referido doutrinador, “objeto jurídico, ou conteúdo do negócio, é o que os sujeitos estabelecem, as prestações ou o comportamento a que se obrigam. Compreende as determinações que se colocam para a auto-regulamentação dos respectivos interesses.” (AMARAL, 2006, p. 403).

Menezes Cordeiro (2005, p. 677-688) deixa claro que a possibilidade e determinabilidade ligam-se ao conteúdo do negócio (e portanto, do contrato), que “deve

⁹⁷ Emílio Betti (2003b) faz distinção entre a qualidade dos interesses envolvidos no contrato e a qualidade dos bens que são objetos das prestações. Para ele, o objeto material somente merece consideração se relacionado ao sujeito. Se sempre serão referentes a alguém, o autor assegura que o objeto do negócio é o bem ou a coisa, que deve mostrar-se apto a satisfazer os interesses doa envolvidos. Deixa, assim, de perceber a diferença em exame.

articular soluções possíveis, quer num prisma físico, quer num prisma jurídico”, além de ter que “dar azo a condutas cognoscíveis pelas partes”. Significa que o objeto do contrato deve ser entendido como todo o seu conteúdo (AZEVEDO, Antônio, 202, p. 134).

A exemplo de Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 437), há quem proceda a tal distinção, mas afirme que a prestação contida nas obrigações contratualmente estabelecidas é que se constitui o conteúdo propriamente dito do contrato. É o caso de Vicente Ráo (1999, p. 132), para quem o objeto, na qualidade de elemento essencial do contrato, é idôneo se a prestação na qual o objeto consistir for possível, lícita, determinada ou determinável.

No tocante à possibilidade do objeto, esta concerne à possibilidade material ou física e jurídica, tanto do objeto do contrato quanto do objeto da obrigação, qual seja, a prestação, sendo que, esse último obviamente compõe o primeiro. A possibilidade material é a possibilidade de fato, no mundo físico, tanto de que o conteúdo normativo-obrigacional se efetive, quanto que o objeto da prestação se realize ou exista no mundo dos fatos. O objeto deve ser factível, em toda a sua amplitude. Quanto à possibilidade jurídica e licitude, tem-se que o objeto não pode nem ser irrealizável por restrição legal ou contratual, tampouco ser reprovável pelo Direito, ou seja, ser ilícito. Novamente, o objeto do contrato, do qual faz parte o objeto da obrigação, deve ser compatível às pretensões da possibilidade jurídica e licitude. Há, assim, o requisito de validade da possibilidade, que se liga ao elemento essencial genérico de existência chamado objeto.

Darcy Bessone (1987) entendeu que a idoneidade, que absorve a possibilidade e a licitude, compõe elemento de validade. Para este estudo, é requisito, porque toca ao objeto do contrato, esse sim elemento essencial genérico de existência, na medida em que não há contrato sem estabelecimento de conteúdo normativo-obrigacional, conteúdo esse que comporta toda a dinâmica relacional contratual havida entre as partes contratantes, desde o vínculo até os direitos e obrigações propriamente ditos e seus respectivos objetos.

Ora, de fato, se não há objeto do contrato não há contrato. Lado outro, o objeto do contrato deve ser idôneo, ou seja, juridicamente possível e lícito, para que seja considerado válido.

O problema que aqui se apresenta é que a idoneidade comporta, tradicionalmente, além das idéias de licitude e possibilidade jurídica⁹⁸ do objeto (inespecífico), também a

⁹⁸ Nesse sentido, posiciona-se Francisco Amaral (2006), para quem a impossibilidade jurídica não é sinônimo de ilicitude. Explica: “A impossibilidade jurídica distingue-se da ilicitude. A primeira refere-se a um ato não permitido pelo direito, como a venda de bens legalmente inalienáveis, ou o contrato sobre herança de pessoa viva (CC, art.426). A segunda refere-se ao negócio que, embora possa ser materializado, é reprovado em lei, como a venda de tóxicos. Viola um dever legal.” (AMARAL, 2006, p. 404-405).

qualidade da determinabilidade. Deixam-se, assim, propositadamente excluídos da semântica da idoneidade esboçada no parágrafo anterior a característica da determinabilidade, bem como da ainda não citada economicidade.

Daí, a urgência de realização de detida análise das normas contidas nos arts. 104, II, 106 e 166, II, todos do Código Civil (BRASIL, 2002), no que respeitam ao objeto, que estabelecem, respectivamente, a) que a validade do negócio jurídico requer objeto lícito, possível, determinado ou determinável; b) que a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado e c) é nulo o negócio jurídico no qual for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.

Passa-se, então, a tratar as normas mencionadas, uma a uma.

É consenso que a licitude e a possibilidade jurídica do objeto formam a concepção da idoneidade. Manifesta-se no sentido de que tal idoneidade é requisito de validade, vinculado ao objeto do contrato, que constitui, conforme já exposto, elemento essencial genérico de existência do contrato.

Nos moldes da disposição legal, a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado. Significa que a impossibilidade relativa é aquela temporária, que se cessar antes do implemento da condição suspensiva, não são suficientes para transformar em inidôneo o objeto do contrato, e não somente o objeto da obrigação. Sem esse esclarecimento, seria possível o entendimento de que a impossibilidade relativa diria respeito ao objeto da obrigação, somente⁹⁹, o que não é verdade.

Vale ilustrar. O objeto do contrato, conteúdo normativo-obrigacional, por problemas de redação, pode, por exemplo, padecer de clareza em suas disposições, o que ocasionaria uma impossibilidade relativa de efetividade dos preceitos, sem necessariamente conter impossibilidade do objeto da obrigação.

Ademais, a impossibilidade relativa é a que pode ser sanada, ou por uma das partes ou por terceiros, o que deve ocorrer antes da execução do contrato ou antes do implemento da

⁹⁹ Ao que parece, Francisco Amaral (2006) entende que a impossibilidade refere-se, somente, ao objeto da obrigação, não alcançando o objeto do contrato. Isso porque, ao explicar as modalidades de impossibilidade, absoluta e relativa, faz menção à hipótese de terceiros realizarem a prestação. Adiante, o trecho que autorizou esta conclusão: “A impossibilidade diz-se absoluta quando o objeto é completamente irrealizável, e relativa se, impossível para o devedor, o terceiro puder realizar a prestação. A impossibilidade manifesta-se apenas em relação ao sujeito devedor da prestação, mas nada impede a prestação seja realizada por terceiros. Nesse caso, a impossibilidade determina mudança qualitativa no conteúdo da obrigação.” (AMARAL, 2006, p. 405).

condição suspensiva, sob pena de, mesmo sendo a impossibilidade relativa, o contrato carecer da idoneidade do objeto e, portanto, de requisito de validade.

Por fim, admite-se que é inválido o negócio jurídico no qual for ilícito ou impossível o seu objeto.

Como dito, o problema é que a doutrina considera, quanto ao objeto, a necessidade de o mesmo ser determinável e dotado de economicidade, muitas vezes também como requisitos de validade. E foi exatamente nesse sentido que dispôs o novo Código Civil (BRASIL, 2002), em nada inovando o que já preconizava o revogado Código Civil (BRASIL, 1916).

O objeto do contrato é determinado ou determinável quando for suscetível de uma perfeita compreensão pelas partes, não somente de seu conteúdo, mas também da definição do objeto da obrigação – a prestação.

O atributo da economicidade, a seu passo, implica que o objeto do contrato deve ter valor econômico, ou seja, que deve poder ter seu valor apreciado em dinheiro. Significa que não somente o objeto da obrigação deve ter valor, mas também as obrigações a ele relacionadas.

Os esclarecimentos definitivos ficam a cargo de César Fiuza (2004, p. 370). Essas duas últimas características confundem-se com o próprio objeto em si, de modo a atingirem a existência se, no momento da execução do contrato, o objeto não se determinar ou se o objeto não possuir qualquer valor econômico.

Conclui-se, então, que o objeto do contrato é elemento essencial genérico de existência. Sua idoneidade é requisito de validade que possui duplo aspecto, de conteúdo jurídico e físico. O primeiro impõe que o objeto do contrato seja lícito e juridicamente possível. O objeto da obrigação, por sua vez, deve atender aos requisitos jurídicos de licitude e possibilidade, sob pena de macular o objeto do contrato. O segundo se relaciona às idéias de possibilidade fática. Contudo, a despeito do texto normativo em exame estatuir a determinabilidade do objeto enquanto requisito de validade, acredita-se que os mesmos compõem elemento essencial genérico de existência, ao lado do próprio objeto do contrato, mesmo porque com ele se confunde. Desse mesmo último modo deve ser pensada a economicidade, ou seja, como elemento essencial genérico de existência.

4.8. A forma e forma prescrita ou não defesa em lei

Para os que não se separam da abordagem estrutural do fato jurídico e do fenômeno da juridicização para tratar a existência e validade do contrato, a forma, algumas vezes entra no núcleo do suporte fático e seu não atendimento implica inexistência do fato jurídico em análise (MELLO, 2003, p. 87).

Voltados à proposta inicial, de adotar a distinção entre pressupostos, elementos e requisitos, cumpre analisar o elemento representado pela forma¹⁰⁰. Forma do negócio jurídico (bem como do contrato) é o meio pelo qual o agente expressa sua vontade (AZEVEDO, Antônio, 2002, p. 126). Para tanto, é mister distinguir a forma em si da necessidade, em alguns casos específicos, de atenção a uma forma prescrita ou de rejeição de forma proibida. Isso porque é comum falar em *forma*, com a conotação de forma prescrita, como se, nos casos de forma livre, o contrato pudesse prescindir, em absoluto, de alguma forma, qualquer que seja.

Emílio Betti (2003a, p. 187) salienta que “a verdade é que nenhum negócio existe sem uma forma que o torne socialmente reconhecível, e a forma do ato obriga, em regra, o agente, segundo seu objetivo significado social.”.

Na verdade, é conhecido o requisito da atenção à forma prescrita ou proibida¹⁰¹. Todavia, nos casos em que a forma não é prescrita, tampouco é defesa, ainda sim haverá forma, sem a qual o contrato não pode ser percebido pelo meio social. Afinal, é exatamente a forma que materializa a exteriorização da vontade, com fins a engendrar declaração capaz de, em consenso, realizar contrato. Darcy Bessone (1987, p. 141) comenta: “A objetivação, através de uma figura exterior, é essencial a todo ato, para que se torne reconhecível no meio social. Nenhum ato pode prescindir de uma forma, pois.”. Logo, a forma, como elemento, não se confunde, em definitivo, com seu eventual requisito da especialidade.

Por isso, a escolha da forma nas hipóteses em que a lei não a determina fica a cargo das partes, que farão a opção em conformidade com seus interesses e necessidades, inclusive no que afeta a matéria de prova do contrato em juízo.

¹⁰⁰ Tanto em Bessone (1987, p. 142) quanto em Francisco Amaral (2006, p. 394), a forma aparece como elemento essencial.

¹⁰¹ O requisito de validade da atenção à forma prescrita ou não defesa em lei, pertinente ao elemento essencial de existência *forma*, é chamado, por Emílio Betti (2003a, p. 189), de *forma idônea*, sem, contudo, fazer distinção entre o elemento forma e o requisito ligado à forma.

É sabido que o Código Civil anterior (BRASIL, 1916) previa a informalidade como regra, o que foi recepcionado pelo atual Código Civil¹⁰² (BRASIL, 2002).

O que o Direito dispensa, em regra, é a forma especial, jamais a forma em si. Para que a vontade seja conhecida, deve ser manifestada, quer por meio e declaração, quer por meio de comportamento, do qual seja possível abstrair a vontade do contratante. Tal vontade há de ser conhecida e, para tanto, deverá ser formalizada. Darcy Bessone pontifica:

A forma, no ato jurídico, pode traduzir-se em um simples comportamento ou em uma declaração. No primeiro caso, aperfeiçoa-se através da modificação objetiva de um estado de fato preexistente, sem destinar-se, entretanto, a repercutir em mentes alheias, enquanto que, no segundo, se dirige a alguém, tem um destinatário, reclama colaboração psíquica. Logo se percebe que ao contrato, necessariamente firmado por duas ou mais vontades, interessa tão-somente a declaração, ainda que tácita. (ANDRADE, 1987, p. 142).

A declaração é meio de expressão da vontade e deve dotar-se de forma idônea para comunicar ao destinatário a vontade do declarante. Desse modo, a idoneidade da forma é requisito de validade que tange à forma enquanto elemento essencial genérico de existência, quando houver prescrição ou proibição da mesma. Melhor terminologia é, portanto, admitir, como requisito da forma, a sua idoneidade. Insta resgatar o início do texto para afirmar que a idoneidade da forma, e essa sim, corresponde, tradicionalmente, à idéia de atenção à forma preconizada ou de rejeição à forma defesa por lei.

4.9. A causa e os motivos determinantes do vínculo

Outra questão de discussão recorrente e de pouco consenso refere-se à causa como pressuposto ou elemento do contrato, sua licitude enquanto requisito de validade, além de sua particularização face aos motivos diretos e determinantes do vínculo.

Apesar de o Direito Romano não ter desenvolvido um conceito unitário de causa, tratando-a, por diversas vezes, sem significado técnico preciso, os glosadores, na Idade

¹⁰² Código Civil (BRASIL, 2002). Lei n.º 10.406 de 2002. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: III - forma prescrita ou não defesa em lei. Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia. Código Civil anterior (BRASIL, 1916). Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, D), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145). Art. 129. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82).

Média, enriqueceram a discussão, sem prescindir do referencial teórico existente (AMARAL, 2006, p. 426). Não se distinguem, contudo, a causa do contrato e a causa da obrigação.

Darcy Bessone (1987) contribui sobremaneira para aclarar tal celeuma. Aduz que, ao contrário dos códigos francês e italiano, o alemão, o português e o brasileiro omitiram-se em relação à menção da causa como elemento do contrato¹⁰³.

Em alusão à teoria da causa de Domat, Darcy Bessone (1987) reconhece que a mesma serviu de ponto de partida para a discriminação entre causa da obrigação e os motivos determinantes do vínculo. Para elucidar a controvérsia, Bessone propõe traçar os limites existentes entre a causa da obrigação e a causa do contrato.

A causa da obrigação é o próprio contrato e, portanto, é contemporâneo e oriundo do acordo de vontades. Possui natureza objetiva de fonte de obrigação e é elemento essencial da obrigação, não do contrato. Afinal, a causa da obrigação é o contrato. A causa do contrato, a seu passo, é variável conforme as circunstâncias. Possui natureza subjetiva, ou seja, é o motivo que leva o sujeito a participar da relação jurídica contratual. Somente essa última importa ao Direito dos Contratos. E se a causa impulsiona o sujeito a contratar, é anterior ao tipo de relação jurídica em análise e, portanto, não pode ser elemento, mas sim, eventualmente, pressuposto. E se todo contrato impescinde de uma causa, essa, em primeiro momento, é pressuposto de existência.

Entretanto, a maior dificuldade é saber se a causa pode ser considerada pressuposto de validade do contrato¹⁰⁴. Bessone explica que a causa do contrato tange ao fim ou resultado almejado pela parte, o que é perseguido ou atingido pelo meio ou percurso criado pelas partes e tutelado pelo ordenamento: o objeto do contrato. Assim, se a causa for contrária à lei, aos bons costumes ou à finalidade e utilidade social, compromete a validade do contrato (ANDRADE, 1987, p. 131-132). Conveniente, portanto, dar lugar às palavras do autor tratado:

Em suma: no que concerne à causa do contrato, o julgador não pode penetrar os motivos (também causais) ligados à utilidade individual, subjetiva ou intrínseca do ato, matéria confinada, apenas, à discrição do contratante, mas pode verificar se a finalidade em vista conforma-se com a utilidade social, que lhe é extrínseca, ou, precisando mais, com a ordem pública e os bons costumes. Convém recordar que o objeto do contrato constitui-se pela relação jurídica que ele propõe criar, modificar ou extinguir. Neste caso, tal objeto é o meio técnico

¹⁰³ O Direito Civil alemão, ao contrário do Código Civil francês, não atribuiu tamanha importância à causa, limitando-se a tratá-la no campo dos negócios jurídicos de ganho patrimonial, especialmente, para rechaçar o enriquecimento sem causa. Na esteira do Código Civil alemão, foram direcionados os Códigos austríaco, suíço, português e brasileiro (AMARAL, 2006, p. 427).

¹⁰⁴ Já foi, anteriormente, explicado que Darcy Bessone não conhece da terminologia requisito.

adequado à realização da finalidade visada pelos contratantes, Distinguem-se, pois, como meio e fim, o objeto e a causa do contrato. (ANDRADE, 1987, p. 136).

No que compete à causa, de forma diametralmente oposta se posicionavam os Direitos Contratuais francês e alemão. E exatamente a partir dessa discrepância de compreensão do conceito de causa que surgiram duas concepções doutrinárias estanques, a causalista e a anticausalista, sendo que a concepção causalista ainda comporta duas orientações: subjetiva e objetiva. Para a concepção causalista objetiva, a causa, entendida como fim prático, ou seja, como a função econômico-social dos negócios jurídicos, constitui requisito de validade dessa categoria de atos jurídicos em sentido lato, gênero no qual se inclui a espécie contrato. A concepção causalista subjetiva trabalha com a idéia de causa final, ou seja, de que a causa é motivo determinante, subjetivo, da obrigação.

Na dicção de Francisco Amaral (2006, p. 429), há ainda outra direção teórica, para a qual a causa seria “o ‘propósito das partes alcançarem a finalidade prática tutelada pelo ordenamento jurídico’, combinando-se, assim, a ‘vontade específica e concreta dos agentes com o esquema preestabelecido na norma jurídica’”. Trata-se de concepção híbrida, que combina as teorias causalistas objetiva e subjetiva. A concepção anticausalista nega qualquer prestabilidade à causa, afastando-se de qualquer possibilidade de integrar o negócio jurídico na condição de elemento essencial para sua existência.

Os adeptos dessa última orientação, assim como Vicente Ráo (1999, p. 98), justificam-na afirmando que os atos jurídicos de qualquer natureza, inclusive os contratos, desde que atendam aos requisitos (estes entendidos por esse autor como grande categoria na qual se inserem os pressupostos e elementos), sempre equivalem, por sua estrutura e sua essência, à sua causa. Ressaltam que a questão da licitude ou ilicitude não se relaciona como causa, mas sim com o objeto. Quanto à natureza abstrata ou causal do ato, aduzem que a única consequência dessa classificação é a oponibilidade ou não de exceções pessoais a terceiros. Finalizam com o fundamento da legalidade, para opinarem favoravelmente à técnica legislativa do Código Civil de 1916, bem como daquele que hoje é vigente, que não albergou a causa no rol dos requisitos, elementos ou pressupostos, quer dos atos jurídicos, quer dos contratos.

De fato, o Direito Civil brasileiro, tanto no Código Civil anterior (BRASIL, 1916) quanto no novo Código Civil (BRASIL, 2002), não adotou, de maneira expressa, a causa

como elemento do negócio jurídico¹⁰⁵. Entretanto, toda a teoria do Direito dos Contratos na atualidade, que transcende as fronteiras do individualismo e do voluntarismo clássicos - para admitir, cada vez mais, a atribuição de um dever de atendimento a funções sociais preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, conforme já explicado - impõe outra conclusão: ao contrato importa a causa, entendida como o fim prático que resulta da relação jurídica contratual, constituindo-se, assim, elemento essencial genérico de existência¹⁰⁶. Afinal, em tempos de solidarismo social, de promoção da dignidade da pessoa humana e de justiça contratual efetiva, não é concebível a transmigração de patrimônio sem que haja causa alguma para tanto.

Logo, trata-se a causa, em última análise, de forma objetiva, ou seja, ainda que a causa, ao final, identifique-se com a simples contra-obração. A questão de prova é questão diversa. Ademais, se houver reserva mental acerca da causa, somente será oponível a causa intersubjetiva, qualquer que seja ela (até mesmo a própria contraprestação).

Por outro lado, a causa deve dotar-se da qualidade da licitude que, conforme a opção metodológica firmada, deve ser classificada como requisito de validade do contrato.

Como já se adiantou, Darcy Bessone (1987, p. 132) já se posicionava nesse sentido. Francisco Amaral (2006, p. 430) conclui, propriamente, que “o direito brasileiro adota, assim, uma posição de transigência, não se furtando à indagação da causa quando necessário à realização da justiça”. Essa admissão da causa no aspecto de sua função social é, pois, própria da concepção causalista objetiva.

Nessa direção, Emílio Betti (2003a, p. 248) afirma que, nos negócios jurídicos patrimoniais, a causa possui, de acordo com a consciência social, o ‘valor de título justificativo, tanto da perda quanto da aquisição que o negócio tende a produzir. Sua definição de causa é oportuna:

¹⁰⁵ Não é possível afirmar que o Código Civil (BRASIL, 2002) adota, expressamente, a causa como elemento essencial ou como requisito de validade. A interpretação, entretanto, deve ser sistemática, além de considerar o diálogo, no Direito, de suas fontes formais e genéticas, para considerar não somente a análise conjuntural da legislação contratual pertinente e da Constituição da República (BRASIL, 1988), mas também, da doutrina. A causa é mencionada nos arts. 69, 62, 564, I e II, 564, III, 461, 476, 540, 861, 863, 864, 869, 873, 876 e 879 do Código Civil em referência. O enriquecimento sem causa é fonte do dever de indenizar (art. 884 a 886 do mesmo Código Civil). A doutrina tem reconhecido e admitido a causa no aspecto de sua função social. A jurisprudência não deixa de indagar a causa quando necessária à realização da justiça. Assim, a causa determinante ilícita ou proibida macula o ato jurídico, mas não no plano de existência (AMARAL, 2006, p. 430).

¹⁰⁶ Em outra direção, Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 154) critica a consideração da causa como elemento essencial, alegando que, não se pode ser, ao mesmo tempo, função e elemento constitutivo. Assim, admite a relevância da causa, para atestar que dependerá do caso a apreciação do modo como ela integrará o contrato, assim como a maneira que atingirá sua validade ou eficácia.

Considerada sob o aspecto social, abstraindo da sanção do direito, a causa do negócio é, propriamente, a função econômico-social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia provada (típica, nesse sentido), e lhe determina o conteúdo mínimo necessário. (BETTI, 2003a, p. 261-262).

Ao situar o motivo lícito no rol dos requisitos de validade do ato jurídico, pensa-se que César Fiuza (2004, p. 197) refere-se à causa final¹⁰⁷. Não dispensa a análise da causa para a aferição da validade do contrato, ainda que, para isso, tenha que inseri-la no contexto do conteúdo normativo-obrigacional da relação jurídica formada pelo contrato (objeto do contrato). Resolve a polêmica da causa ao trabalhar o seu conceito de causa com relação ao fim prático que decorre do contrato:

Causa é atribuição jurídica do negócio, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele. Responde à pergunta ‘para que serve o contrato?’. Na compra e venda, por exemplo, a causa seria a transferência da propriedade. É para isso que serve o contrato. [...] Concluindo, fim é aquilo que de positivo ou negativo ocorre na esfera jurídica do figurante do ato jurídico. Confunde-se, portanto, com o objeto do ato jurídico, tendo o mesmo sentido de eficácia jurídica. Na compra e venda, o fim seria a própria transferência eficaz da propriedade, elemento natural do contrato. (FIUZA, 2004, p. 372).

Por fim, há de se desatrelar as compreensões de motivos e causa, já tracejadas. No que interessa aos motivos, estes se relacionam com a razão intencional determinante para a contratação, sendo que é elemento psicológico, interno a cada pessoa e, portanto variável. Representam os interesses subjetivos, mas não intercompreensivos. O motivo é, de fato, irrelevante, salvo quando determinante e expresso no contrato. Assim, quando o art. 140 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe que o falso motivo só vicia a declaração de vontade, quando expresso como razão determinante, preocupa-se com a finalidade almejada pelo contratante, que, sendo falsa, é contrária à utilidade social do contrato, e somente se determinante e expressa, atinge exatamente a validade do contrato.

Agora, resta encarar os entraves e paradoxos evolutivos trazidos pelo paradigma tecnológico, para discorrer sobre os instrumentos tecnológicos próprios do contrato eletrônico, seu papel na promoção da segurança das relações jurídicas contratuais e, sobretudo, como devem ser lidos, à luz dos pressupostos, elementos, requisitos e princípios dos contratos em sua teorização atual, já esboçada no que importa aos objetivos iniciais.

¹⁰⁷ César Fiuza (2004, p. 372) estabelece limites entre a causa eficiente e a causa final. A causa eficiente é tida como o próprio contrato, ao passo que a causa final refere-se à atribuição jurídica do ato ou ao fim prático pretendido.

5. A ASSINATURA E CERTIFICAÇÃO DIGITAIS: REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO ELETRÔNICO E O PROJETO JURÍDICO PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE

5.1. Os desafios do meio eletrônico à teoria geral do Direito dos Contratos

O objetivo precípua da dissertação é esboçar o delineamento da teoria do Direito dos Contratos, desde sua inserção no Direito Privado da atualidade, que exige a exposição de sua base principiológica dotada de enfoque hermenêutico, que permita a superação do dilema da contradição entre princípios, para alcançar a discussão acerca dos pressupostos e elementos de existência, além de requisitos de validade. Ademais, por serem tratadas estas atuais feições da teoria do Direito Contratual, busca-se ainda demonstrar a integração, por essa parte da teoria, de aspectos ligados ao contrato eletrônico, especialmente, no que é influenciado pela assinatura e certificação digitais.

Logo, o trabalho, composto por fases de igual relevância, atinge sua etapa final, para abordar, ainda no contexto tracejado, até então, a socialização do meio eletrônico de contratação e das ferramentas disponibilizadas à garantia da conclusão eficiente do contrato eletrônico. Esse novo panorama pode ser tido como resultado do estabelecimento de um paradigma tecnológico, do qual se pretende tratar.

A bem da verdade é que paradigmas foram tratados durante todo o trabalho, sem que se taxassem desse modo. O estabelecimento de novos modelos ou padrões nas concepções de diversos princípios dotados de relevância para a compreensão do Direito representa, na verdade, novos paradigmas.

Estes podem ser verificados na sociedade atual. Desde paradigmas hermenêuticos, como a idéia de sistemas autopoieticos e auto-referenciais independentes no plano de suas operações e abertos no plano do conhecimento, até a mudança de modelos jurídicos clássicos relacionados a valores centrais do ordenamento, cuja interpretação determina uma nova roupagem ao Direito Privado, assim como o Direito dos Contratos. A Teoria dos Sistemas, de Luhmann (2002), sustenta a tutela às legítimas expectativas, dando valor à confiança, o que

impõe ao Direito a tarefa de enfrentar os desafios (para o teórico, paradoxos) evolutivos do Direito dos Contratos, e, aqui, em especial, do contrato eletrônico¹⁰⁸.

Entretanto, volta-se atenção ao paradigma tecnológico¹⁰⁹ e, uma vez trazido a lume a noção de paradigma, esta deve ser delimitada, sob pena de perda da cientificidade que orienta o estudo.

Paradigma pode ser definido como um exemplo que serve como modelo ou padrão (PARADIGMA, HOUAISS, 2001). Significa estar em consonância a algo, ou em relação a algo. Num sentido sociológico, que importa à dissertação por tratar, no caso do Direito, de ciência social aplicada, pode comportar um grupo de valores, crenças, compreensões, técnicas, linguagens.

Para evidenciar contornos do paradigma tecnológico, tem-se como sua importante característica o avanço tecnológico no campo da comunicação e da informação, possibilitando uma intensificação da circulação das tecnologias em geral, de capital, bens, serviços e informação propriamente dita, em escala mundial.

Certamente, merece consideração o acelerado desenvolvimento das pesquisas e da produção de tecnologia nos mais diversos setores da sociedade. A automação aparece como alternativa para a despersonalização das relações humanas (de trabalho, afetivas, contratuais), como por exemplo, a substituição da força produtiva humana por máquinas capazes de operar em tempo integral e com maior precisão. Daí, a valorização da alardeada inteligência emocional e da capacidade de aprendizado e de adequação dos trabalhadores a papéis variáveis.

Tem destaque a revolução tecnológica de 1970, que promoveu o aparecimento da internet como instrumento direcionado a pesquisas militares e universitárias, e o seu sensível desenvolvimento por volta de 1990, que a fez expandir para alcançar a sociedade tanto para

¹⁰⁸ Parte da doutrina procede à diferenciação entre contrato informático e contrato eletrônico. Para Mariliana Rico Carrillo (2003, p. 101-104), os contratos informáticos têm como objeto um bem ou serviço informático, ao passo que os contratos eletrônicos são os que se realizam por meio de um sistema eletrônico de transmissão de dados, podendo, contudo, seu objeto, versar sobre qualquer prestação. Assim, para definição do contrato eletrônico, importa que algum elemento eletrônico tenha sido utilizado no processo de manifestação e processamento da vontade. O contrato eletrônico assim se identifica em razão do meio de contratação.

¹⁰⁹ Claudia Lima Marques (2004) trata o assunto sob outro enfoque. Para a autora, é evidente, a partir do princípio da boa-fé objetiva, o paradigma da confiança, que se fundamenta na própria idéia de que o Direito legitima-se na exata medida em que consegue estabilizar expectativas e, assim, proteger as expectativas. Daí, a necessidade de serem regulamentadas as ferramentas tecnológicas existentes para promover a segurança das relações de comércio eletrônico, vez que interessam ao Direito, em seu papel de proteção. “[...] as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, dados ou omissões, fazem nascer expectativas (agora) legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados. Em resumo, confiar é acreditar (*credere*), é manter, com a fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é a aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais.” (MARQUES, 2004, p. 31-33).

servir como meio de pesquisa e comunicação quanto para viabilizar a efetivação de relações contratuais em meio eletrônico (MULHOLLAND, 2006, p. 4).

A internet¹¹⁰ pode ser conceituada conforme abaixo:

A internet é uma rede em que milhares de computadores pelo mundo estão, assim, permanentemente conectados. Tendo acesso a um desses computadores, o usuário conecta-se com toda a rede, podendo obter informações disponibilizadas nos demais computadores, enviar mensagens a usuários de qualquer ponto dessa grande rede, transferir arquivos, utilizar programas instalados em outros computadores da rede, etc. [...] Uma vez conectado ao servidor, o usuário tem acesso a tudo que estiver disponível na internet. (MARCACINI, 2002, p. 190).¹¹¹

A internet é a maior rede de computadores do mundo (BRASIL, Ministério das Comunicações, 2007). Possibilita a troca de informações pertinentes às mais variadas matérias, além de viabilizar, em tempo real, o envio e recebimento de mensagens e, do mesmo modo, de declarações de vontades, úteis à perfectibilização de consenso. Este, unido a outros pressupostos e elementos de existência juridicamente qualificados – para que sejam válidos – podem engendrar a formação de relações contratuais em meio eletrônico.

A tecnologia informática possui evidência para esse trabalho. Na verdade, importa, ainda mais, a internet, responsável pela despersonalização das relações sociais e pela gênese de novos desafios ao Direito dos Contratos. A internet, que no Brasil passou a ser utilizada nas universidades e centros de pesquisa a partir de 1988, e como rede de comercialização de produtos e serviços, a partir de 1994 (GREGORES, 2006, p. 23), integra, portanto, o que se chama de paradigma tecnológico¹¹².

¹¹⁰ Muitas vezes integra-se a noção de World Wide Web à de internet. Entretanto, a chamada WWW é um importante ambiente gráfico da internet, mas com ela não se confunde. Sua tradução literal é “teia de âmbito mundial e foi desenvolvida há poucos anos, tendo colaborado para a expansão e popularização da internet.” (MARCACINI, 2002, p. 192).

¹¹¹ Vale transcrever outra definição de internet, que complementa sua compreensão. “A Internet é um conglomerado de redes em escala mundial de milhões de computadores interligados pelo Protocolo de Internet que permite o acesso a informações e todo tipo de transferência de dados. A Internet é a principal das novas tecnologias de informação e comunicação (NTICs). Ao contrário do que normalmente se pensa, Internet não é sinónimo de World Wide Web. Esta é parte daquela, sendo a World Wide Web, que utiliza hipermídia na formação básica, um dos muitos serviços oferecidos na Internet.” (WIKIPÉDIA, 2007).

¹¹² “A Internet surgiu nos anos 60, na época da Guerra Fria, nos Estados Unidos. O Departamento de Defesa americano pretendia criar uma rede de comunicação de computadores em pontos estratégicos. A intenção era descentralizar informações valiosas de forma que não fossem destruídas por bombardeios, se estivessem localizadas em um único servidor. Assim, com o intuito de estabelecer a liderança norte-americana em ciência e tecnologia aplicáveis militarmente (ANDRADE, 2004, p. 12), a ARPA (Advanced Research Projects Agency), uma das subdivisões do Departamento, criou uma rede conhecida por ARPANET, ligada por um backbone (“espinha dorsal”, isto é, estruturas de rede capazes de manipular grandes volumes de informações) que passava por debaixo da terra, o que dificultava sua destruição. O acesso à ARPANET era restrito a militares e pesquisadores, demorou chegar ao público em geral, pois temiam o mau uso da tecnologia por civis e países não-aliados. No Brasil, a conexão de computadores por uma rede somente era possível para fins estatais. Em 1991, a

Retoma-se, ainda, o processo de globalização, como decisivo para o estabelecimento do paradigma em comento.

Do fenômeno da globalização, muito comentado e nitidamente percebido no início da década de noventa, muita coisa mudou. As fronteiras continuaram sendo transpostas, mas, com a socialização da tecnologia informática, sequer é possível cogitar em fronteiras intransponíveis.

O movimento de mundialização das culturas de diversas nações persiste. Porém, hoje é difícil definir se o que ocorre em determinados casos é a troca e livre acesso a culturas distintas ou se, em determinados aspectos, é possível defender a existência de uma cultura global. Assim, a globalização comporta tanto processos econômicos quanto processos culturais, políticos e sociais. Caitlin Mulhoand explica:

O surgimento desse novo mundo não foi nem repentino, nem resultado de fatores, puramente históricos, mas foi, principalmente, consequência de modificações econômicas e políticas que alteraram profundamente as sociedades. A produção em massa, a sociedade de consumo e o neoliberalismo alteraram o modo como os atores sociais relacionam-se, e fizeram surgir no cenário duas novas figuras: as empresas e conglomerados multinacionais (ou transnacionais) e o consumidor global, massificando-se e internacionalizando-se os meios de produção e de consumo. (MULHOLLAND, 2006, p. 4).

A integração mundial em torno da tecnologia de comunicação e informação favorece, ainda mais, o movimento de massificação das relações contratuais, que se iniciou com a Revolução Industrial. Os padrões de consumo são cada vez mais homogêneos, dada a facilidade de os mesmos de divulgarem por todo o mundo. Empresas e marcas multinacionais ou transnacionais são realidade atual.

Tornou-se lucrativo, e sobretudo possível, que a contratação pudesse ocorrer a qualquer tempo, em qualquer lugar. Então, contratos passam a ser firmados por máquinas pré-programadas. As máquinas não são sujeitos, tampouco possuem capacidade. A boa-fé objetiva, que protege as expectativas legítimas do contratante no que pertence à aparência do negócio, impõe que não mais se fale somente em sujeito, mas sim, em determinabilidade do sujeito.

Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 68), ao tratar do que chama de paradigma digital, menciona um “novo modelo de pensar que segue ‘paradigmas digitais’, novos cidadãos denominados ‘netcitizens’, além de nova linguagem, um espaço e tempo diferentes.”.

Chama-se, portanto, de paradigma tecnológico, em relação do Direito dos Contratos, o conjunto desses novos modelos e formas de contratação, que se realizam sem limites territoriais ou temporais, e que empregam a tecnologia informática, especialmente tecnologia de digitalização de dados no ambiente da internet e das comunicações *on-line*. O cenário atual, desenhado pelas novas tecnologias, expõe o ambiente da internet e as comunicações em tempo real ou não, mas sempre instantâneas, como relevantes meios para a formação de relações contratuais, nas quais, muitas vezes, é nítida a vulnerabilidade econômica, jurídica e sobretudo técnica de uma das partes contratantes.

“A disponibilização da internet para o grande público foi concomitante ao intenso desenvolvimento de atividades comerciais por meio da rede.” (ROHRMANN, 2005, p. 49). O paradigma tecnológico consolida-se na exata medida do mercado efetivamente global. Esse paradigma refere-se a este atual estado de coisas. Mas se a arquitetura trata de movimentos econômicos, sociais, políticos e culturais, não seria o caso de identificar um paradigma econômico ou político na atualidade? Pensa-se que não. O paradigma é mesmo tecnológico, pois é exatamente na dimensão da propagação e utilização da tecnologia da comunicação e informação que o mundo pode se considerar integrado nessa perspectiva. Trata-se de um novo paradigma, alternativo à contratação entre presentes ou ausentes, pois estas últimas têm por base a documentação e suporte material.

Desse modo, o paradigma tecnológico consagra-se ao tornar efetivo um novo padrão de realização de relações jurídicas contratuais, amplamente reconhecido e utilizado pela sociedade.

O paradigma tecnológico, portanto, não mais admite as tradicionais definições que entendem que o contrato, enquanto produto final, “exterioriza-se por intermédio de uma ou mais folhas de papel, impressas ou escritas, assinadas pelas partes, que descrevem regras que irão disciplinar os interesses patrimoniais das partes a respeito de um determinado bem.” (ROCHA, 2002, p. 49). É o que Claudia Lima Marques registra:

A contratação por meio eletrônico é efetivamente complexa e diferente daquela que estamos acostumados, contratação presencial e interpessoal (com vendedores, representantes, caixas bancários), na língua natal (contratação oral, por meio de palavras e gestos, ou por escrito, por meio de prospectos, manuais e textos contratuais impressos), geralmente sobre bens corpóreos e nacionais. (MARQUES 2004, p 57).

Se é defendida, aqui, a formação ou a constituição ou, pelo menos, a possibilidade de identificação de novas feições do paradigma tecnológico, é imprescindível que se passe a

identificar quais são os novos paralelos em relação aos quais a sociedade atual posiciona-se, bem como as conseqüências – obviamente jurídicas – do paradigma em questão. Nessa direção, é identificável um importante modelo ou padrão que emerge em relevância social por causa do paradigma tecnológico: o meio de formação dos contratos ou, como já se afirmou, o contrato eletrônico.

Logo, é mister a busca de definição conceitual dessa outra importante característica do paradigma tecnológico, o contrato eletrônico, que é novo modelo de relações jurídicas contratuais. Ronaldo Alves de Andrade dispõe noção de contrato eletrônico, que comporta tanto o aspecto jurídico quanto o técnico:

Contrato por meio eletrônico é o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores, e cujo o instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma, entram nessa categoria, os contratos celebrados via correio eletrônico, internet, intranet, EDI (*Electronic Data Interchange*) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo. (ANDRADE, 2004, p. 31).

Adota-se a definição de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 285), para quem o contrato eletrônico “caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para seu cumprimento ou para sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial”.

Entretanto, conforme já relatado, a ênfase desse trabalho é na formação, posto que a pretensão é de recobrar os pressupostos e elementos essenciais genéricos de existência e requisitos de validade do contrato eletrônico, em conjugação aos princípios informadores do Direito dos Contratos. Daí a preferência, em definitivo, pela noção trazida por Carlos Alberto Rohrmann (2005, p. 58), que afirma que o contrato eletrônico é “o negócio jurídico bilateral que tem no meio virtual o suporte básico para sua celebração”.

E em relação ao Direito dos Contratos, o paradigma tecnológico não traz somente a novidade do contrato eletrônico. Apresenta alguns entraves evolutivos que não são, usualmente, tratados pela doutrina. Normalmente, ventila-se acerca da solução sem identificar a pergunta.

A hipótese é de que ao Direito, diante do paradigma tecnológico, cumpre enfrentar as conseqüências da despersonalização e desmaterialização das relações jurídicas contratuais. Para tanto, deve possuir consistência sistêmica em suas operações, fechando-se funcionalmente, sem dispensar a abertura cognitiva do ambiente, qual seja, todo o sistema social. No plano dos princípios, esses devem ser tidos como dotados de conteúdo deôntico, racionalmente decorrentes da moral política da sociedade personificada, devidamente

reconhecidos a partir de uma mútua consideração de seus preceitos e de sua vigência, sendo as contradições entre eles somente aparentes, pois ainda que haja mais de um princípio adequado a um determinado caso concreto, somente um deles pode ser justificado como a resposta certa.

Isso porque, questões nunca antes pensadas tornam-se problemáticas quando do contrato eletrônico, típico da pós-modernidade, que comportam relações virtuais, desmaterializadas, com pluralidade de agentes, dotadas de fluidez, rapidez, interatividade, simultaneidade, despersonalização (MARQUES, 2004, p. 60).

A primeira das questões liga-se ao sujeito, que é pressuposto de existência do contrato. Muito se teorizou acerca da capacidade do sujeito, mas nunca foi problema sua identificação. Conforme exposto anteriormente, há a preocupação de qualificar tal pressuposto com o atendimento a determinados requisitos, para que o contrato seja considerado válido. Os requisitos são, principalmente, a capacidade de fato e a legitimidade. No entanto, nada é mencionado no que respeita à necessidade de determinação ou de individualização do sujeito.

Uma segunda polêmica importa ao consenso, formado da convergência de declarações de vontades, que devem ser idôneas para assegurar validade ao contrato. A integridade da declaração era indiscutível, pois normalmente as declarações lastreavam-se em provas documentais ou testemunhais suficientes à sua legitimidade. Atualmente, diante da desmaterialização das relações contratuais ocorridas em meio eletrônico, a integridade da declaração de vontade ganha espaço para ser discutida.

Em seguida, um outro entrave mostra-se ao Direito dos Contratos: posta a dificuldade de definição da autoria das declarações e o novo paradigma tecnológico, que subverte os modelos clássicos de manifestação de vontade, a aceitabilidade das declarações no contexto jurídico-social resta comprometida, diante da frágil credibilidade do ambiente eletrônico. Até mesmo o sujeito declarante pode, eventualmente, em contrariedade aos preceitos da boa-fé objetiva, repudiar a própria declaração.

Por fim, dada a dimensão que o contrato eletrônico tem tomado na atualidade, este passa a ser de interesse do Estado, pois, além de possuir as tradicionais funções pedagógicas, econômicas e sociais, deve, necessariamente, atender a uma função social qualificada pelos ditames constitucionalmente estabelecidos no panorama do Estado Democrático de Direito.

E se o comércio eletrônico é de interesse da sociedade, a comunicação eletrônica deve ser possível, sob pena de, sem comunicação, as declarações de vontade não serem apropriadamente compreendidas, de modo a macular o consenso e, conseqüentemente, o contrato.

Logo, os sistemas informáticos empregados em meio eletrônico para fins de realização da contratação devem compreender-se mutuamente, no que diz respeito à tecnologia empregada no sistema usado por cada sujeito que será parte na relação jurídica em comento. Trata-se da interoperabilidade dos sistemas e equipamentos, que, de algum modo, deve ser integrada ao Direito dos Contratos, além da noção de equivalência funcional, que se distingue da primeira, mas representa, do mesmo modo, interesse social no acontecimento do contrato eletrônico.

Essa conclusão, de constatação de um novo paradigma, é importante para a finalização da abordagem temática proposta, que é a de digressão de determinados aspectos dos contratos na atualidade, e força a realização de um questionamento central: quais as implicações desse paradigma tecnológico para o Direito dos Contratos?

Esta mesma pergunta pode ser formulada de forma fracionada, para a facilitação das respostas, que serão buscadas no decorrer desse capítulo: qual a principal ferramenta tecnológica existente para garantir a conclusão eficiente do contrato eletrônico? Qual o estado da técnica legislativa nacional nesse tocante? Como os entraves tecnológicos e as correspondentes ferramentas tecnológicas são percebidos pelo Direito dos Contratos, no campo dos pressupostos e elementos de existência, além de requisitos de validade? A atual base principiológica do Direito dos Contratos ganha algum relevo peculiar em decorrência do aludido paradigma?

Enquanto integrante de um sistema jurídico, responsável pela estabilização de expectativas sociais e, assim, pautado na confiança, a teoria do Direito Contratual deve comportar o propósito de assegurar aspectos mais essenciais que o equilíbrio contratual: suas instituições necessitam impor pressupostos à própria existência de um contrato intangível no que diz respeito ao suporte; seus pressupostos subjetivos de existência devem ser capazes de promover a determinabilidade do sujeito; seus requisitos devem ser suficientes para invalidar o contrato eletrônico, no qual não for possível assegurar a integridade da declaração de vontade; além de ser necessária a interação entre sistemas informáticos diversos, utilizados pelos atores das relações contratuais, posto que, comprometida a mútua compreensão, resta comprometida a contratação válida.

A abordagem, pelo Direito, desses novos paradoxos evolutivos da tecnologia informática é de grande relevância. A investigação é limitada ao regime jurídico nacional dos contratos, com fincas ao alcance do objetivo proposto. Toda a excursão realizada até esta fase da pesquisa parece ser suficiente para alcançar estas conclusões.

A teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin (2003), adotada para solucionar o problema da aparente contradição entre princípios insertos no Direito dos Contratos, faz relacionar os entraves à conclusão eficiente do contrato eletrônico com princípios, fazendo evidentes conteúdos normativos anteriores e plenamente aplicáveis. A relevância do processo interpretativo voltado aos princípios é característica de um Direito que se legitima exatamente a partir da visão de harmonia havida entre os mesmos no plano da adequação, mas também, de racionalidade aplicativa para o fornecimento da resposta correta, no plano da justificação. Daí a importância dos processos argumentativos e de construção racional e coerente do Direito, o que se busca nesse capítulo.

5.2. Novos modelos: criptografia, assinatura e certificação digitais

O trabalho visa à exploração dos desafios impostos ao Direito dos Contratos pelo paradigma tecnológico. Os desafios são muitos, desde questões relativas aos pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade dos contratos até aspectos referentes a territorialidade e temporalidade. A abordagem, para que não seja excessiva, pende de recorte, o que aqui acontece a partir da noção de assinatura e certificação digitais e seu regime nacional. Assim, a pretensão dessa fase do presente estudo é discutir como o Direito dos Contratos absorve, para o contrato eletrônico, as soluções trazidas pelos modelos tecnológicos apontados para os entraves evolutivos impostos pelo paradigma tecnológico.

Algumas compreensões são essenciais para o adentramento do assunto: criptografia, assinatura eletrônica e digital e certificação digital.

5.2.1. *Criptografia*

O dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa assim define criptografia:

1. conjunto de princípios e técnicas empregadas para cifrar a escrita, torná-la ininteligível para os que não tenham acesso às convenções combinadas; criptologia;
2. em operações políticas, diplomáticas, militares, criminais etc., modificação codificada de um texto, de forma a impedir sua compreensão pelos que não conhecem seus caracteres ou convenções. (CRIPTOGRAFIA, HOUAISS, 2001).

Sua etimologia auxilia o entendimento: “lat.mod. *cryptographia*, formado de *cript(o)*- (gr. *kruptós* 'oculto, secreto, obscuro, ininteligível') + *-grafia* (gr. *-graphía*, com o sentido de 'escrita', do v. gr. *gráphó* 'escrever').” (HOUAISS, 2001).

A criptografia possibilita que uma mensagem seja transmitida de forma codificada entre emissor e receptor, de modo ininteligível a estranhos ou interceptores. Para tanto, a chave para decodificação deve ser convencionalizada entre as partes, e, usualmente, demanda a manutenção de determinado segredo. A chave pode ser criada pelas partes ou elaborada por um programa de computador, sendo uma espécie de código.

Carlos Alberto Rohrmann esclarece:

Criptografar uma mensagem corresponde a codificá-la, tornando-a protegida no caso de uma interceptação não-desejada. Para tal, pode-se fazer uso de recursos singelos como aqueles utilizados pelas crianças ao trocar cada letra do alfabeto por um símbolo convencionalizado. (ROHRMANN, 2005, p. 69).

É comum a identificação da utilização da criptografia com propósitos militares, para envio de mensagens secretas. Há indícios que era conhecida no Egito, Mesopotâmia (MENKE, 2005, p. 43), Índia e China. De acordo com a doutrina que se dedica ao resgate histórico da utilização da técnica, Júlio César utilizava um método para cifrar suas correspondências na Roma antiga, sendo que cada letra do texto era substituída pela terceira letra subsequente no alfabeto. Registre-se que o primeiro livro publicado sobre a habilidade de escrever mensagens secretas foi desenvolvido ao longo da Idade Média, *Poligrafia*, publicado em 1510, pelo alemão Johannes Trithemius. Até a primeira guerra mundial, as mensagens eram criptografadas de modo manual. Na segunda guerra mundial, os alemães produziram a primeira máquina (eletromecânica) capaz de criptografar, conhecida como *ENIGMA* (MARCACINI, 2002, p. 10-13).

Com o avanço da tecnologia informática e o desenvolvimento dos computadores, a capacidade de criptografar potencializou-se, bem como a capacidade de quebrar as criptografias. Hoje, como exemplos da ampla utilização dessa técnica, podem ser apontadas transações bancárias, a TV por assinatura, as correspondências eletrônicas. A técnica é comumente empregada para a proteção das mídias que comportam obras intelectuais protegidas pelos Direitos Autorais.

Augusto Tavares Rosa Marcacini (2002, p. 15) expõe que a utilização da criptografia expandiu-se significativamente em 1991, com o PGP, ou *Pretty Good Privacy*, desenvolvido e

disponibilizado, gratuitamente, por Philip Zimmermann, como forma de protesto à política de controle, monopólio e padronização da técnica por parte do governo norte-americano.

Cumpra, ainda, diferenciar as técnicas da criptografia e da esteganografia. A primeira presta-se, além dos propósitos matematicamente elaborados de ocultação de conteúdo, à autenticação, além de viabilizar a assinatura digital. A segunda é a simples escrita escondida em meio a sinais convencionais. Usualmente, neste último caso, usa-se uma mensagem para esconder outra, que pode ser abstraída com grau de facilidade incomparavelmente superior ao da criptografia. Trata-se de técnica relacionada ao exercício da lógica e da ocultação de mensagens não cifradas em textos ou contextos maiores. Como ensina Augusto Tavares Rosa Marcacini (2002, p. 56), trata-se, a esteganografia, da arte de esconder a mensagem.

Desse modo, por meio da tecnologia da criptografia, é possível codificar uma mensagem e, em momento posterior, decodificar. A criptografia possui outros fins que não integram esse objetivo, como a utilização para fins de combate à pirataria, na medida em que permite aprisionar os arquivos em uma mídia específica, evitando a reprodução indesejada (KAMINSKI; VOLPI, 2003, p. 113). Para essa dissertação, importa a criptografia empregada no desenvolvimento das assinaturas digitais, certificadas pelas autoridades integrantes da Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil ou outra qualquer, utilizada em âmbito nacional.

É privilegiada a utilização dos termos “criptografar” e “decriptar”, conforme lição de Newton de Lucca (2000, p. 57). O professor leciona que ambos os termos existem em vernáculo, dotados de sentido claro e preciso, sendo dispensáveis os neologismos.

Hoje, duas são as principais técnicas empregadas para criptografar: a criptografia simétrica ou convencional (de chave privada) e a criptografia assimétrica (de chave pública), sendo que a segurança da criptografia, em qualquer de suas modalidades, relaciona-se diretamente com a consistência do algoritmo utilizado no processo e do tamanho da chave (MARCACINI, 2002, p. 40).

5.2.2. *Criptografia simétrica*

Como qualquer criptografia, a chave representa um código que, em conjunto com um algoritmo, permite revelar o conteúdo da mensagem. O algoritmo é espécie de fórmula utilizada para cifrar. À mensagem aplica-se a fórmula, e somente o conhecimento de uma das incógnitas da fórmula (algoritmo) possibilita o alcance do resultado válido.

A criptografia simétrica baseia-se na simetria das chaves, ou seja, a chave utilizada para criptografar é a mesma utilizada para decriptar. Daí o porquê de ser chamada de criptografia de chave privada: a chave jamais poderá ser pública, sob pena de qualquer um poder decriptar a mensagem, ter acesso a seu conteúdo e, eventualmente, comprometer sua integridade e autenticidade.

É nesse sentido a lição de Regis Magalhães Soares de Queiroz:

A utilização da criptografia simétrica, também conhecida como “criptografia de chave privada”, exige que o destinatário da mensagem conheça o algoritmo utilizado para criptografar a mensagem, caso contrário, não poderá decifrar o conteúdo. Para que a criptografia simétrica funcione, o destinatário deve possuir a chave usada pelo remetente. Caso contrário, este terá de preocupar-se em enviar-lhe uma cópia do algoritmo. (QUEIRÓZ, 2002, p. 391).

Significa que os interlocutores compartilham as chaves para cifrar e decifrar a mensagem (MENKE, 2005, p. 46).

O problema da criptografia simétrica é, portanto, que a chave privada deve ser compartilhada, de modo que se coloca em xeque a confiabilidade dos demais portadores e a transferência do algoritmo de segurança, que pode, eventualmente, ser interceptado. A técnica da criptografia simétrica é mais sujeita à quebra de sigilo.

5.2.3. *Criptografia assimétrica*

Foi proposta em 1976, por Whitfield Diffie, Martin Hellman e Ralph Merkle, em artigo intitulado “New directions of cryptography” (MARCACINI, 2002, p. 24; MENKE, 2005, p. 46).

A criptografia assimétrica tem esse nome em razão da assimetria entre seu par de chaves. Este par de chaves é gerado por um programa de computador a partir do emprego de complexos cálculos matemáticos, de modo que “possam ser encontrados dois números que sejam de tal forma relacionados entre si, que sirvam um como chave pública e o outro como chave privada.” (MARCACINI, 2002, p 27).

As chaves são criadas em forma de uma combinação de letras e números bastante extensa. As chaves serão tão mais seguras quanto maiores forem. Ademais, elas complementam-se e atuam em conjunto (MENKE, 2005, p. 46-47).

Logo, as chaves são diferentes, mas necessariamente correspondentes entre si. Uma delas é publicada (a chave pública), enquanto a outra é mantida sob guarda e exclusivo controle do signatário. Ambas as chaves podem ser utilizadas para criptografar ou decriptar. Porém, a mesma chave não decripta o arquivo criptografado por ela mesma.

Não há necessidade de envio de chave privada, o que reduz sobremaneira o risco de interceptação e posse por terceiros. Quer dizer que o portador do par de chaves assimétricas deve manter uma delas sob o mais absoluto sigilo e publicar a outra, sendo que uma determinada pessoa interessada em enviar mensagem criptografada pode buscar a chave pública em um banco de dados disponibilizado por determinada instituição ou até mesmo pode recebê-la de seu proprietário, por correio eletrônico ou envio automático quando do acesso de seu sítio¹¹³ pessoal na internet.

Utilizada a chave pública para criptografar, a mensagem pode ser enviada com segurança. A mesma chave, a que é pública, não é capaz de decriptar a mensagem cifrada por ela mesma. Somente o proprietário, com a sua chave privada, aquela mantida sob sua custódia exclusiva, será capaz de proceder à decodificação.

Assim, é importante salientar que a chave privada é de único e exclusivo domínio do titular da assinatura.

Sobre o modo de funcionamento da criptografia assimétrica, Regis Magalhães Soares Queiroz pontua:

A criptografia assimétrica funciona da seguinte maneira: a partir de complexos métodos matemáticos, são gerados códigos, ou melhor, duas chaves diferentes. Uma das chaves ficará em poder do proprietário do sistema, que terá exclusividade no seu uso. Esta será a chave privada. A outra poderá ser distribuída a todos aqueles com quem o proprietário precisa manter uma comunicação segura ou identificada. Essa será a chave pública. Qualquer uma delas pode ser usada para criar uma mensagem, que somente a outra chave será capaz de decifrar e vice-versa. (QUEIRÓZ, 2000, p. 392).

A criptografia assimétrica é desenvolvida a partir de funções matemáticas irreversíveis, ou seja, embora teoricamente reversíveis, na prática são irreversíveis em consideração ao tempo necessário para tanto (a reversão, por meio da técnica do erro e acerto, demoraria mais de dez anos para fatorar o número gerado pela utilização de uma chave). Ana Carolina Horta Barreto esclarece:

¹¹³ Sítio, também comumente chamado de *site* ou *home page*, significa, literalmente, lugar. “Na internet, a palavra *site* é utilizada para designar um lugar virtual, situado em algum endereço eletrônico da *World Wide Web*.” (MARCACINI, 2002, p. 192).

O conceito matemático básico por trás da técnica de criptografia assimétrica é o das funções irreversíveis (*one-way functions*), funções fáceis de realizar, mas difíceis de reverter. A multiplicação e a fatoração constituem uma função matemática irreversível. Multiplicar dois números primos grandes para produzir um número muito grande é fácil, mas fatorar esse número muito grande para chegar aos dois números primos que o compuseram é difícil. Logicamente, fatorar um número gigantesco torna-se fácil ao se conhecer um dos números utilizados na multiplicação. (BARRETO, 2002, p. 08-09).

Desse modo, quando ocorre a criptografia do arquivo, é utilizada tal função irreversível, denominada *hash*¹¹⁴. O resultado da aplicação da função *hash* (digestora) à mensagem é o resumo da mensagem, ou seja, a transformação do arquivo em uma seqüência de dígitos ininteligíveis e de tamanho fixo. Qualquer mensagem, independentemente do tamanho, é condensada em tamanho fixo (MENKE, 2005, p. 47). O resumo da mensagem é utilizado no algoritmo¹¹⁵, juntamente com a chave pública ou privada, gerando a assinatura digital.

É exatamente em razão de a função matemática ser irreversível, que a mesma chave não consegue reverter a operação, de maneira a decifrar a mensagem. Por outro lado, conhecendo o segredo para reverter a função (a outra chave do par), a decodificação da mensagem faz-se possível. A confidencialidade pode, assim, ser obtida.

Augusto Tavares Rosa Marcacini (2002, p. 35) observa, acerca da função digestora: “Como a *hash function* é uma função matemática sem retorno (*one-way function*), não é possível realizar uma operação inversa para, a partir do ‘resumo da mensagem’, chegar-se à mensagem que o produziu.”.

¹¹⁴ **Hash** – “Uma função é dita unidirecional ou de hash quando possui a característica de transformar um texto de qualquer tamanho em um texto ininteligível de tamanho fixo. Além disso, ela também se caracteriza por ser fácil de calcular e difícil de serem invertidas. Um exemplo simples de uma função unidirecional, porém não aplicada à criptografia é o cálculo do resto da divisão de um número por outro. Se, por exemplo, criar-se uma função que calcule o resto da divisão de qualquer número por 10 o que temos é que qualquer que seja o número que será dividido por 10 o resultado é sempre um número entre 0 e 9. Isto é, o processo de cálculo é bem simples porém como saber se o resultado do resto for, por exemplo, 9 qual foi o número que dividido por 10 gerou resto 9. É muito difícil afirmar com certeza visto que existem infinitos números que divididos por 10 darão resto 9. A esse fato damos o nome de colisão. Isto é, quando dois números diferentes aplicados à função de hash geram o mesmo resultado dizemos que houve uma colisão. Nesse ponto é que se faz a diferença entre uma função de hash criptográfica e uma não criptográfica. A função de hash criptográfica é aquela que foi elaborada a possuir o mínimo de colisões possível. O HASH é one-way, ou seja, ao aplicar qualquer algoritmo HASH em qualquer conteúdo, será muito difícil ou quase impossível resolver o cálculo e chegar ao conteúdo original. Podemos citar como exemplo o MD5 (Message Digest) e o SHA (Security Hash Algorithm)”. Disponível em: <<http://br-linux.org/tutoriais/002209.html>>. Acesso em: 31 out. 2006.

¹¹⁵ “Seqüência finita de regras, raciocínios ou operações que, aplicada a um número finito de dados, permite solucionar classes semelhantes de problemas (p.ex.: algoritmo para a extração de uma raiz cúbica); processo de cálculo; encadeamento das ações necessárias ao cumprimento de uma tarefa; processo efetivo, que produz uma solução para um problema num número finito de etapas; mecanismo que utiliza representações análogas para resolver problemas ou atingir um fim, noutros campos do raciocínio e da lógica; conjunto das regras e procedimentos lógicos perfeitamente definidos que levam à solução de um problema em um número finito de etapas” (ALGORITMO, HOUAISS, 2001).

O professor Carlos Alberto Rohrmann, sobre a função *hash*, explica:

Retornando à assinatura digital, pode-se dizer que ela é um identificador acrescido a determinado pacote de dados digitais que é gerado por um programa de computador que se vale de uma função *hash*, cujas entradas são uma chave privada de assinatura do assinante mais o próprio arquivo eletrônico a ser digitalmente assinado, e que só será decodificado por uma chave pública associada àquele assinante e garantida por uma autoridade certificadora (AC), que faz a identificação das partes e a posterior certificação, emitindo certificados de autenticidade do par de chaves utilizado. (ROHRMANN, 2005, p. 77).

O par de chaves é gerado pelo próprio usuário, mediante a utilização de um software apropriado, preparado para realizar as operações matemáticas necessárias à geração das chaves e aplicação das fórmulas ou funções matemáticas. Augusto Tavares Rosa Marcacini esclarece:

[...] Tanto as operações matemáticas da *fórmula* como a escolha do par de chaves são feitos a partir de complexos cálculos. [...] É sempre oportuno destacar que o fato de a criptografia moderna exigir o emprego de fórmulas matemáticas complexas não é, contudo, um óbice ao seu uso pela população em geral. Há diversos programas de computador que realizam automaticamente todas estas operações mirabolantes e de forma transparente para o usuário. Não lhe é necessário, portanto, fazer qualquer operação, sequer de aritmética elementar... O par de chaves, por sua vez, é também gerado pelo programa a partir de sofisticados cálculos, para que possam ser encontrados dois números que sejam de tal forma relacionados entre si, que sirvam um como chave pública e outro como chave privada. (MARCACINI, 2002, p. 27).

Esse par de chaves assimétricas é o empregado para assinar digitalmente um documento eletrônico, conforme sistemática explicada a seguir.

5.2.4. Assinatura eletrônica

A assinatura é tradicionalmente compreendida e explicada como sendo um nome ou marca firmada na parte inferior de um escrito, designando autoria ou aprovação de seu conteúdo. A etimologia remete à idéia de deixar sinal, chancelar, ratificar ou reconhecer (ASSINATURA, HOUAISS, 2001).

Antes da explosão e desenvolvimento massivo da tecnologia informática, assinatura era tida quase que somente em sua acepção de forma gráfica aposta manualmente em documento físico.

O problema da assinatura aparece quando o escrito não mais se disponibiliza materializado para a aposição do nome ou marca em sua parte inferior. Na verdade, a assinatura presta-se a proceder à identificação da autoria, procedência ou autenticidade de determinado conteúdo declarativo. Logo, a assinatura é qualquer marca que possa identificar o autor, ou, ainda, representar a ratificação do conteúdo de um documento específico.

Uma definição mais ampla e em consonância com o paradigma tecnológico é a de Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 101), para quem a assinatura é tão somente “um meio de vincular um documento ao seu autor”. Esse conceito incorpora, não somente a assinatura manuscrita, mas também, a assinatura eletrônica e a sua espécie assinatura digital. Estas duas últimas demandam maior atenção.

É comum a indistinção entre assinatura eletrônica e assinatura digital. A diferença é importante para a compreensão e possibilita o alcance de alguma precisão conceitual.

A assinatura eletrônica é gênero. Pertencem a este grupo: as senhas, os códigos de acesso em geral, as técnicas biométricas, as assinaturas escritas digitalizadas ou fotografadas para reprodução em larga escala, as pranchetas eletrônicas de sensibilidade e reconhecimento da assinatura manuscrita, os meios fonográficos de reconhecimento de voz, a assinatura digital, dentre outros.

5.2.5. *Assinatura digital*

Talvez em razão do desenvolvimento tecnológico desordenado, a sociedade passou a considerar como assinatura digital toda aquela que não ocorresse em documento havido em suporte tangível. E por esse motivo, grande parte dos estudos teve que dessecar as definições de documento e documentação, para reconstruir seus contornos, ascendendo a aspecto nuclear o conteúdo documental, eventualmente havido em suporte tangível ou não. Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 129) conclui que o documento digital comporta-se no gênero documento, por se constituir de declaração de vontade e suporte, ainda que digital (*bits*).

Os sinais contidos em documento eletrônico ou digital podem representar assinaturas eletrônicas, sem, contudo, integrarem a espécie da assinatura digital.

A assinatura digital, como espécie do gênero da assinatura eletrônica, surge como resposta do próprio sistema da Tecnologia à sociedade, em decorrência de novos paradoxos

inseridos por seu próprio desenvolvimento. Isso levou ao resgate e preenchimento do conteúdo semântico de assinatura, supra.

Ao presente trabalho, compete a análise especial da assinatura digital, que abrange a assinatura que transcende a simples codificação de acesso ou identificação, mas que também, emprega alguma tecnologia avançada para atingir, em seus mais diversos aspectos, a equivalência funcional com a assinatura tal qual tradicionalmente concebida. Normalmente, assim como ocorre no Brasil, a assinatura digital é relacionada à utilização da tecnologia da criptografia assimétrica, já explanada. Fabiano Menke bem explica a distinção em exame. Afirma que:

[...] sob a denominação de assinatura eletrônica inclui-se um sem-número de métodos de comprovação de autoria empregados no meio virtual. A assinatura digital, desta feita, consiste em espécie do gênero assinatura eletrônica, e representa um dos meios de associação de um indivíduo a uma declaração de vontade veiculada eletronicamente dentre outros diversos existentes. [...] Enquanto o termo assinatura eletrônica abrange o leque de métodos de comprovação de autoria mencionados, e até mesmo outros que possam vir a ser criados, a palavra “assinatura digital” refere-se, exclusivamente, ao procedimento de autenticação baseado na criptografia assimétrica. (MENKE, 2005, p. 42).

De forma clara, Carlos Alberto Rohrmann (2005, p. 68) expõe que “o termo ‘assinatura eletrônica’ é mais amplo do que ‘assinatura digital’, uma vez que se refere, também, a outros recursos de identificação eletrônica ou virtual”.

Algumas distinções são, portanto, essenciais à compreensão da assinatura digital em sentido estrito, tal qual importa à problemática de enfrentamento proposto no presente trabalho.

Primus, não há de se confundir assinatura digital com o sinal gráfico manualmente produzido, copiado eletronicamente e apostado ou impresso em novo documento (assinatura digitalizada). Tampouco, com a senha de acesso, hoje, amplamente utilizada em transações eletrônicas. Tais senhas, a despeito de possibilitar algum controle, não podem ser, sequer, minimamente consideradas seguras em comparação à utilização da técnica da criptografia assimétrica. Esta última técnica é da essência da assinatura digital (ROHRMANN, 2005, p. 68).

Vale transcrever a definição de Claudia Lima Marques, que defende que a principal assinatura eletrônica é a assinatura eletrônica qualificada, que, no estudo, entende-se por assinatura digital:

A assinatura eletrônica, por excelência, é a assinatura “qualificada” (para os portugueses e espanhóis, é a assinatura digital, que pressupõe criptografia, uso de chaves públicas ou privadas), em que o terceiro é um certificador-participante e também apresenta dois níveis de segurança, a qualificada simples e aquela qualificada em que traz em si um certificado de autoria ou de verificação, organizado pelo certificador (é que a principal da Diretiva europeia e da norma brasileira). (MARQUES, 2004, p. 106).

A assinatura digital é, pois, o resultado de uma operação matemática, que, necessariamente, empregue a técnica da criptografia assimétrica (MARCACINI, 2002, p. 32). É nessa direção o entendimento de Augusto Tavares Rosa Marcacini:

A assinatura digital, enfim, é o resultado de uma complexa operação matemática, que utiliza uma função digestora e um algoritmo de criptografia assimétrica, e em, como variáveis, a mensagem a ser assinada e a chave privada do usuário (ambas vistas pelo computador como números). (MARCACINI, 2002, p. 37) .

Ana Carolina Horta Barreto, também, define assinatura digital: “O conjunto de assinaturas baseado nessa tecnologia de compartilhamento da chave pública é que comumente designamos ‘assinatura digital’, o método de autenticação de identidade mais em voga, atualmente.” (BARRETO, 2002, p. 10).

Há, ainda, definições que se pautam nas funções desempenhadas pela assinatura digital, deixando de vinculá-la ao emprego de uma tecnologia específica. É o caso de Leonardo Netto Parentoni, que, ao realizar a distinção entre as assinaturas eletrônica e digital, assim elucida:

A assinatura eletrônica é qualquer mecanismo utilizado para identificar um sujeito em meio eletrônico. Exemplo são as senhas bancárias. Por outro lado, a assinatura digital é a técnica mais complexa que permite auferir, com precisão, a autenticidade e a integridade de um documento. (PARENTONI, 2007, p. 92).

Cumprido dizer que a assinatura digital não se confunde com a chave privada ou pública pertinentes à criptografia assimétrica.

Vale esclarecer. A mensagem, por meio do emprego de uma função irreversível, é transformada em seqüência de dígitos de tamanho invariável. A essa seqüência de dígitos é dado o nome de resumo da mensagem. Esta série digital é novamente submetida a uma fórmula, da qual tomará parte uma das chaves. O arquivo resultante desse processo é que constitui a assinatura digital. O documento digital constituído pelo resumo da mensagem somente será obtido após a operação inversa de decodificação, quando algum conteúdo inteligível puder ser abstraído.

5.2.6. *Certificação digital*

É exatamente na seara da autenticidade, ou seja, da garantia de procedência subjetiva, que se insere o papel das autoridades certificadoras¹¹⁶ e dos certificados digitais. As autoridades certificadoras, por meio de certificados digitais, pretendem possibilitar a atribuição de ato jurídico específico a pessoa determinada.

A autoridade certificadora é responsável pela divulgação da chave pública, pela certificação da titularidade da referida chave por meio de um certificado, que tem um prazo de validade, podendo certificar outras informações que o signatário julgar necessárias. Ana Carolina Horta Barreto (2002, p. 39) pontua: “De modo a assegurar o seu uso confiável e a sua validade legal, bem como combater a fraude, a assinatura eletrônica depende de técnicas confiáveis de geração, armazenamento e certificação, que garantam sua autenticidade”.

Desse modo, a certificação digital relaciona-se com o certificado digital que, precipuamente, registra a chave pública em nome de um titular e atesta que tal chave pública é, efetivamente, de quem a exhibe. Assim, a autoridade certificadora garante a relação entre a identidade da pessoa e a chave pública por ela exibida ou ostentada em seu nome (BARRETO, 2002, p. 39).

O certificado é uma espécie de confirmação, lançada por uma terceira parte, em relação à chave pública de uma outra pessoa que assinou digitalmente um documento eletrônico (ROHRMANN, 2005, p. 76). O certificado é explícito quanto a seu objeto e validade.

Fabiano Menke (2005) salienta que os certificados digitais são emitidos com base em padrões estabelecidos em normas internacionais, sendo que destaca os padrões ITUX.509 ou ISO 9594-8¹¹⁷. O objetivo desses padrões é garantir a interoperabilidade, que será explanada adiante. Vale trazer a definição de Fabiano Menke, acerca de certificado digital:

O certificado digital é uma estrutura de dados sob a forma eletrônica, assinada digitalmente por uma terceira parte confiável que associa o nome e atributos de uma pessoa a uma chave pública. O fornecimento de um certificado digital é um

¹¹⁶ Quando empregadas letras iniciais maiúsculas para ‘autoridades certificadoras’ e ‘autoridades de registro’, refere-se a autoridades credenciadas à infra-estrutura nacional oficial de chaves públicas.

¹¹⁷ Em nota de rodapé, Fabiano Menke (2005, p. 49) aponta que a sigla ITU diz respeito ao *Institute of Telecommunication Union*, organização internacional, que possui como um de seus objetivos centrais a padronização no campo das telecomunicações, assim como a ISO, *International Organization for Standardization*.

serviço semelhante ao de identificação para a expedição de carteiras de identidade, só que um certificado é emitido com prazo de validade determinado. (MENKE, 2005, p. 49).

Ricardo L.Lorenzetti (2004, p. 139) destaca a função primordial do certificado digital, como sendo a de possibilitar a identificação do signatário de um documento eletrônico. Lado outro salienta que o certificado digital deve permitir a constatação de seu período de vigência, além de eventual revogação, nome do emitente, dentre outras informações.

De fato, há prazo de validade para os certificados digitais. Trata-se de uma medida de segurança, de modo que, quanto melhor e mais seguro o meio de armazenamento da chave privada do usuário, maior será o prazo de validade de seu certificado digital.

A autoridade certificadora (AC), por sua vez, é um terceiro garantidor de determinados dados ou identidade. A autoridade de registro (AR), ligada à autoridade certificadora, é encarregada das atividades de cadastro das titularidades e chaves públicas correspondentes.

A autoridade certificadora mantém atualizada e disponível uma “Lista de Revogação de Certificados” ou LRC.

Carlos Alberto Rohrmann traduz, ainda, a legislação alemã para definir a autoridade certificadora:

Para os propósitos dessa lei, Autoridade Certificadora significa uma pessoa natural ou jurídica que certifica a atribuição de chaves públicas de assinatura para as pessoas naturais, e que, para isso, possui uma licença conforme o §4º dessa Lei.(ROHRMANN, 2005, p. 75).

A autoridade certificadora deve se abster de ter acesso à chave privada. Veja-se o que dispõe a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24/08/2001¹¹⁸:

Art. 6º Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento. (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001):

¹¹⁸ Essa Medida Provisória data de 24 de agosto de 2001 é, portanto, anterior à Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição da República (BRASIL, 1988), e deu outras providências. Em seu art. 2º, restou estabelecido que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuariam em vigor até que medida provisória ulterior as revogasse explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Assim, não há prazo para que seja apreciada pelo Congresso Nacional, tampouco, perderá vigência em razão do decurso do prazo constitucionalmente previsto, qual seja, de sessenta dias, prorrogável por igual período, uma única vez, caso a mesma permaneça sem sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional (art. 62 e parágrafo 7º da Constituição da República (BRASIL, 1988)).

A assinatura digital comporta, não somente o processo de aplicação da tecnologia criptográfica assimétrica no resumo do documento, como também o emprego de um certificado digital de autenticidade da chave pública, devidamente gerado, emitido e submetido aos regramentos normativos contidos na medida provisória em referência.

A chave privada pode ser armazenada no disco rígido do computador, em *smart cards*, *tokens* ou qualquer outro dispositivo apropriado. A manutenção da chave em dispositivo exclusivo para esta finalidade, certamente, afasta muitas das possibilidades de fraudes e manuseio indesejado por terceiros não autorizados. Assim, os *smart cards* e *tokens* são mais seguros que o armazenamento no disco rígido do computador.

Atualmente, há softwares que aplicam técnicas mais complexas para acesso à chave privada, qualquer que seja o dispositivo usado para seu armazenamento.

Uma das técnicas mais promissoras é a biometria, que é a ciência que se encarrega do estudo das características individuais do ser humano. Os sistemas de segurança baseados na biometria supõem a identificação de uma pessoa, através de suas características biológicas ou físicas, tais como impressões digitais, reconhecimento de face, mão e dedos, verificação de características oculares, da grafia e da voz (CARRILLO, 2003, p. 187-189). Assim, por empregar medidas e estruturas individuais, que são ímpares, prometem evitar o acesso indesejado a uma determinada chave privada.

Cabe listar algumas das Autoridades Certificadoras credenciadas junto à Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, que será tratada adiante. O Serpro, primeira Autoridade Certificadora credenciada pela ICP-Brasil, é responsável pela criação de seu Centro de Certificação Digital - CCD desde 1999, além de divulgar o uso dessa tecnologia para os vários segmentos com que trabalha. A Caixa Econômica Federal emprega a tecnologia de certificação digital para realizar a comunicação segura na transferência de dados pertinentes ao FGTS e à Previdência Social, dentro do projeto Conectividade Social. A Serasa possui um contato mais direto com o usuário final, podendo emitir certificados para a comunidade em geral, o que contribui para a integração digital da sociedade. A Secretaria da Receita Federal (SRF) emprega seus certificados e a tecnologia em comento para identificar os contribuintes nas operações de comunicação, prestação de informações, recebimento de declarações e recolhimentos tributários. A Certsign, pessoa jurídica de direito privado, foi fundada em 1996. Seu objetivo social é o desenvolvimento de soluções de certificação digital para o mercado brasileiro. A Autoridade Certificadora da Presidência da República -ACPR foi criada em abril de 2002, com o objetivo emitir e gerir certificados digitais das autoridades da

Presidência da República, ministros de estado, secretários-executivos e assessores jurídicos que se relacionem com a Presidência. A Autoridade Certificadora da Justiça (AC-JUS) comporta o Conselho da Justiça Federal (CJF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os cinco Tribunais Regionais Federais. Por fim, a Imprensa Oficial, que é a Autoridade Certificadora Oficial do Estado de São Paulo, realiza oferecimento de produtos e serviços de certificação digital para os poderes executivo, legislativo e judiciário, do estado¹¹⁹.

Conforme dados do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, até abril do ano de 2007, foram registradas mais de cinquenta mil emissões de certificados digitais pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, o que representa, ainda, um número bastante irrisório para um país populoso, como o Brasil. Eram, nessa mesma data, oito Autoridades Certificadoras de primeiro nível, vinte e duas de segundo nível, além de setenta e nove Autoridades de Registro, estas detentoras de seiscentos e setenta e nove instalações técnicas para verificação e registros de chaves públicas de usuários, possibilitando, assim, a emissão de certificados digitais¹²⁰.

5.3. Novos requisitos de validade do contrato eletrônico

5.3.1. A determinabilidade do sujeito

Os sujeitos da relação devem ser determinados ou, pelo menos, determináveis, sob pena de ser impossível a persecução da execução do objeto obrigacional do contrato. Caso não seja viável a identificação de qualquer dos sujeitos, compromete-se a imputação da responsabilidade. É nesse diapasão que se posiciona a doutrina de vanguarda, acerca da relação jurídica obrigacional:

Esta apresentação formal requer o conhecimento de seu núcleo invariável. A determinabilidade dos sujeitos, o caráter patrimonial da prestação (objeto) e a transitoriedade do vínculo são os traços distintivos dessa relação jurídica de crédito e débito. (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 13).

¹¹⁹ Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/AutCerti>>. Acesso em: 30 out. 2006 e em 05 jan. 2008.

¹²⁰ Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Certificacao/Indicadores>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

É cabível, portanto, a demonstração da impossibilidade de coerção judicial se indeterminado o sujeito da relação jurídica contratual. A indeterminação do sujeito não pode perdurar para além da fase executória (CALIXTO, 2005, p. 07).

Não é pretendido, de forma alguma, negar a possibilidade de substituição subjetiva, que é amplamente reconhecida pelo ordenamento civilístico obrigacional, mas somente, invocar a importância do elemento subjetivo da relação contratual. Ora, afinal, as relações estabelecem-se entre pessoas, ainda que o patrimônio do devedor responda, nos limites juridicamente estabelecidos, por seu inadimplemento. O credor não pode exigir a prestação de pessoa estranha. Do mesmo modo, somente o devedor pode infringir o direito subjetivo do credor à prestação. Trata-se de enfatizar o indiscutível: o efeito relativo das obrigações, para, posteriormente, lançar mão desse arremate, para demonstrar o problema da determinabilidade dos sujeitos das relações contratuais havidas em meio eletrônico.

Resgata-se o paradigma tecnológico para afirmar a realidade do ambiente eletrônico para a gênese dos contratos. Exatamente aí, surgem problemas centrais da utilização do meio eletrônico para as relações sociais de quaisquer espécies: o da segurança na rede. Afinal, “a questão da identidade é fundamental para determinar-se a validade das obrigações decorrentes das contratações por meio virtual.” (DIAS, 2006, p. 84).

O paradigma tecnológico promove uma revisitação das figuras dos sujeitos de direito envolvidos no negócio. Nas relações de consumo, por exemplo, o sujeito fornecedor muitas vezes é substituído por um ofertante profissional e globalizado, desprovido de limites espaciais, temporais, culturais ou idiomáticos, restando ao consumidor, na maioria das vezes, o papel do sujeito emudecido em frente à tela do computador, com precários meios de identificação. Assim, o contrato passa a enfrentar uma era de despersonalização extrema, fenômeno plúrimo, multifacetado, complexo, desterritorializado e transnacional, o que implica, em certa medida, uma “desumanização do contrato.” (MARQUES, 2004, p. 63-65).

É nesse contexto que se apresenta o problema da determinabilidade do sujeito, este último, pressuposto de existência do contrato. Fabiano Menke bem considera que:

Se é verdadeiro o fato de não haver grande importância se parte das comunicações veiculadas no meio eletrônico for realizada sem a correta, ou sem qualquer identificação das partes, não menos exata é a afirmação que um sem-número de outras comunicações demandam necessariamente a segura identificação dos indivíduos, especialmente as que tiverem por escopo a realização de negócios jurídicos. (MENKE, 2005, p. 37).

A arquitetura tradicional dos cenários dos nascimentos de tais relações em nada se assemelha à realidade do meio eletrônico. Neste, muitas vezes não é possível assegurar a identidade das pessoas, tampouco sua capacidade, fazendo emergir um problema de dupla ordem: de um lado, o da autenticidade das declarações de vontades destinadas à formação de consenso direcionado à contratação eletrônica, e do outro, o da capacidade da pessoa eventualmente identificada.

Claudia Lima Marques (2004, p. 64) compreende que o princípio da boa-fé impõe um paradigma repersonalizador, o paradigma da confiança, que faz com que sejam levadas em consideração as legítimas expectativas do outro contratante. Para ela, a confiança leva a presunções e a não supervalorizar o “erro sobre a pessoa” (MARQUES, 2004, p. 103).

O paradigma tecnológico afasta os contratantes, realiza o contrato num cenário virtual, desprovido de ferramentas eficazes de identificação do sujeito. Resta comprometida a certeza sobre a procedência de informação ou manifestação de vontade, ou seja, a autoria de declarações.

Após análise do arquétipo nacional da assinatura digital, algumas alternativas ao problema enfrentado podem ser destacadas.

A primeira delas, relaciona-se à questão da determinabilidade ou individualização do sujeito.

Ao problema da determinabilidade dos sujeitos do contrato, que se tornam partes no ato de sua formação, a assinatura digital, certificada digitalmente por uma das autoridades integrantes da ICP-Brasil, parece oferecer garantia eficaz da procedência subjetiva da declaração de vontade.

A proposta da assinatura digital para a determinabilidade do sujeito da relação obrigacional pode ser representada na seguinte hipótese: se uma chave pública de determinado usuário foi capaz de decifrar uma mensagem que se apresentou como sendo sua, é possível afirmar que a criptografia da mensagem ocorreu com o emprego da chave privada correspondente.

Não que esse sistema seja isento de possibilidade de inseguranças. E a mais conhecida é a divulgação de determinada chave pública em nome de terceiro. Como exemplo, um terceiro interessado em se passar por uma instituição financeira pode gerar um par de chaves, enviar a chave pública à vítima e criptografa um arquivo, que pode conter uma mensagem com campo para digitação de senha bancária, e a vítima, por sua vez, de posse da chave pública recebida, ao conseguir decodificar a mensagem, pode entender que a mesma foi, efetivamente, enviada por aquela instituição financeira.

A vítima pensa que aquela chave efetivamente pertence à pessoa de sua relação comercial e envia-lhe mensagens confidenciais. O conteúdo não será decodificado por ter, o terceiro fraudador, a chave privada do suposto signatário, mas sim porque a chave pública divulgada nunca pertenceu ao último, tampouco a chave privada correspondente.

Assim, nem mesmo a chave privada do suposto signatário poderia decriptar a mensagem, vez que essa não foi criptografada com sua chave pública correspondente.

Logo, o trabalho das autoridades certificadoras visa à garantia da autenticidade e da procedência. Os certificados digitais atribuem determinada chave pública a um sujeito específico, viabilizando o reconhecimento do emitente da declaração de vontade e, assim, a determinação do sujeito.

A autoridade certificadora, em seu papel de terceiro garantidor de determinados dados ou identidade, cumpre a função complementar, a emissão de certificados, que, juntamente com a técnica da criptografia assimétrica, dão subsídio à assinatura digital, que, assim como explanado, propõe-se a superar o problema da determinabilidade do sujeito no contrato eletrônico.

A segunda solução é endereçada à dificuldade de verificar a capacidade de fato do sujeito contratante, que permanece do outro lado da rede eletrônica. Afinal, ainda que o primeiro problema resolva-se, e seja possível identificar o sujeito que se torna parte na relação contratual eletrônica em decorrência dos mecanismos ligados à certificação digital e assinatura de criptografia assimétrica, ainda assim pende de desenlace a dificuldade da imputabilidade efetiva da declaração de vontade. Vale dizer, a dificuldade é de garantir a exclusividade da chave privada, sendo que, eventualmente, em caso de extravio, não somente pode ser utilizada por agente incapaz de fato, mas também, pode ser usada por terceiro.

É pertinente a lição de Claudia Lima Marques, no sentido da constatação do problema e proposta de superação:

A grande pergunta atual é como comprovar também a capacidade daquele co-contratante. E a resposta será a da imputação a uma pessoa capaz da vontade expressa, diretamente, ou por meio de representante ou interposto terceiro operador material do computador ou mesmo menor, no meio eletrônico “sob a guarda” daquele agente capaz. (MARQUES, 2004, p. 107).

E continua: “[...] pouco importa quem estiver usando o computador e a senha do consumidor. Imputa-se a existência de vontade negocial ao “guardião” do computador ou da senha.” (MARQUES, 2004, p. 108).

Nesse mesmo diapasão, Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 291) sustenta que “a declaração é imputável ao sujeito, cuja esfera de interesses pertença o *software* e o *hardware*”. Em seqüência de sua defesa, lança mão do que chama de atribuição do risco derivado do meio utilizado. Explica:

A regra geral pode ser enunciada do seguinte modo: *aquele que utiliza o meio eletrônico e cria uma aparência de que este pertence a sua esfera de interesses, arca com os riscos e os ônus de demonstrar o contrário*. Essa regra é complementada por deveres anexos impostos às partes, como o de informar sobre o meio utilizado para a comunicação e o de utilizar um meio seguro [...]. (LORENZETTI, 2004, p. 293).

Portanto, sustenta-se que a resposta à polêmica liga-se aos deveres que o titular da chave privada possui. Em caso de descumprimento dos mesmos, o respaldo é dado pela teoria da responsabilidade civil.

Conforme a Resolução n.º7 (BRASIL, Resolução n. 07, 2001) do Comitê Gestor da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, de sete de dezembro de 2001, em seu item 2.1.3, são estabelecidos parâmetros para a utilização dos certificados e assinaturas digitais, de modo que o não atendimento a pressupostos mínimos de segurança por parte do usuário, acaba por direcionar os danos decorrentes de sua conduta culposa para a configuração do dever de indenizar, em razão de sua responsabilidade civil.

De acordo com a resolução reportada, é dever do titular da chave privada, que pretende valer-se de certificado digital emitido por autoridade integrante da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, fornecer, de modo completo e preciso, todas as informações necessárias para sua identificação; garantir a proteção e o sigilo de suas chaves privadas, senhas e dispositivos criptográficos; utilizar os seus certificados e chaves privadas de modo apropriado, conforme o previsto na Política do Certificado correspondente; conhecer os seus direitos e obrigações, contemplados pela Política do Certificado, pela Declaração de Práticas de Certificação da Autoridade Certificadora emitente e por outros documentos aplicáveis da ICP-Brasil; informar à Autoridade Certificadora emitente qualquer comprometimento de sua chave privada e solicitar a imediata revogação do certificado correspondente.

O paradigma da confiança, que é defendido por Claudia Lima Marques (MARQUES, 2004), e que se baseia no princípio da boa-fé objetiva, faz estabelecer a prevalência da aparência do negócio, da imputabilidade da declaração e da responsabilidade por sua emissão ao descumpridor de seus deveres inerentes à ferramenta tecnológica utilizada.

É possível, ainda, a conclusão de que o sujeito do contrato eletrônico é revisitado e tem seu papel definido como pressuposto de existência do contrato. A ele liga-se uma

qualidade essencial, não à existência, mas sim à validade desse contrato. Logo, a determinabilidade ou individualização do sujeito corresponde a requisito de validade do contrato eletrônico, sendo essa uma das implicações do paradigma tecnológico à teoria do Direito dos Contratos.

5.3.2. *A integridade da declaração de vontade*

O contrato eletrônico exhibe outro importante desafio ao Direito, que é o de sua natural imaterialidade, típica das relações virtuais. “O contrato eletrônico é concluído sem forma física, desmaterializado, são *bits* e códigos binários. A linguagem do contrato também é diferente, é virtual em primeiro momento e semi-escrita, num segundo.” (MARQUES, 2004, p. 81). À essa dificuldade soma-se a necessidade de perenização do texto do contrato firmado.

Relevante, assim, a integridade da declaração de vontade para a perfectibilização do contrato eletrônico. Como ressalta Luiz Guilherme Loureiro (2004, p. 329), “a integridade do escrito sob forma eletrônica possui uma função essencial. Sua integridade é um requisito exigido em todas as leis sobre prova ou comércio eletrônico”.

Dentro da própria técnica atual da assinatura digital, relacionada à criptografia assimétrica, a fase do uso da função digestora (*hash*), por si só, já representa garantia significativa à integridade da declaração de vontade, direcionada à formação do consenso, essencial à existência do contrato eletrônico. Augusto Tavares Rosa Marcacini considera:

[...] a partir da mensagem, utilizada como única variável, a *hash function* produz uma espécie de “número de controle”. A diferença é que o resultado da *hash function* aplicada à mensagem resulta em um “número de controle” de 128 *bits*, ou seja, um número com 39 casas decimais, o que torna inviável que se consiga encontrar duas mensagens que produzam o mesmo “controle”. Qualquer mudança no texto ou arquivo eletrônico, mesmo que insignificante, altera o resultado. (MARCACINI, 2002, p. 34).

Vale complementar a compreensão da função digestora ou *hash* com a concepção esboçada por Mariliana Rico Carrillo (2003, p. 173), que explica que a função *hash* é um algoritmo matemático, que transforma uma seqüência de dígitos de tamanho variável numa seqüência de caracteres alfanuméricos de tamanho fixo, que é conhecida como código *hash*. Este código é único para cada documento, posto que basta alterar qualquer caractere do texto para obter uma seqüência digital completamente diferente.

É, assim, importante frisar que, caso haja qualquer alteração no documento, o resumo da mensagem também se altera, ou seja, resta modificada a seqüência de dígitos de tamanho invariável, sendo que a tentativa de reversibilidade da operação inviabiliza-se, pois ao aplicar o algoritmo e a chave oposta para a operação inversa, o que ocorre é a geração de um outro resumo, completamente diverso. A consequência é a invalidação da assinatura. Esta é a garantia da integridade.

Logo, um programa de computador do destinatário da declaração de vontade é capaz de aplicar a chave pública do autor e confirmar o resumo da mensagem obtida é o mesmo que consta da própria mensagem. Se assim for possível a operação, com a identidade do resumo primitivo com o resumo obtido na operação inversa, é demonstrada a integridade do documento eletrônico e, portanto, da declaração nele contida (MENKE, 2005, p. 51).

Significa, portanto, que a integridade do documento é preservada na medida em que qualquer alteração no conteúdo documental impossibilita a reversibilidade e, portanto, a conferência da assinatura digital. Assim, em princípio, estaria assegurada a integridade da declaração de vontade.

É possível a conclusão que nada se discutia acerca da integridade da declaração de vontade, talvez em decorrência de essa não se apresentar como um óbice à formação válida dos contratos tradicionalmente concebidos. Com o paradigma tecnológico, torna-se forçoso reconhecer que, se o consenso é elemento essencial genérico de sua existência, a noção de sua idoneidade é ampliada, para que lhe seja integrada e atribuída a qualidade da integridade da declaração de vontade direcionada à sua formação, imprescindível para que o contrato eletrônico seja considerado válido.

Daí a identificação da integridade da declaração como sendo requisito de validade do contrato eletrônico.

5.3.3. O não-repúdio da declaração de vontade para a idoneidade do consentimento

A terminologia “não-repúdio” tem sido empregada pela doutrina para tratar, não da questão da prova do documento eletrônico, mas sim, da rejeição, pelo próprio declarante, de sua declaração eletronicamente firmada.

Significa que o não-repúdio não é o mesmo do que aceitabilidade ou valor jurídico probatório do documento eletrônico assinado digitalmente. O primeiro, que aqui é abordado,

refere-se à demonstração do modo como a sistemática da assinatura digital no Brasil propõe assegurar que o emitente da declaração de vontade não proceda, em momento posterior, ao repúdio da mesma, como se o mesmo não a tivesse firmado. A segunda questão, de aceitabilidade, pela comunidade jurídica, do documento eletrônico assinado digitalmente, é enfrentada em tópico específico, em seguida.

Tecnicamente, quanto o sujeito que pretende ser parte no contrato eletrônico decide lançar mão de assinatura digital, não necessariamente depende de um certificado. Entretanto, sem que um terceiro de confiança ateste que aquela assinatura realmente lhe é proveniente, certamente esse sujeito não obterá consenso em suas tratativas, pois a outra parte não terá qualquer garantia da proveniência subjetiva de sua declaração.

De acordo com a sistemática da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, se o pretenso contratante pretender valer-se da presunção de veracidade do conteúdo do documento eletrônico, nos termos do art. 10 da Medida Provisória n.º 2.200-2 (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001), deverá buscar um certificado digital emitido por alguma das Autoridades Certificadoras integrantes da aludida infra-estrutura.

Para tanto, deverá comparecer pessoalmente, munido de seus documentos nacionalmente válidos de identificação pessoal¹²¹, a uma das Autoridades de Registro vinculada a alguma Autoridade Certificadora que faça parte da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. A Autoridade de Registro, preferencialmente, não gera o par de chaves assimétricas do usuário. Assim que ele as gerar, a Autoridade de Registro, mediante operação tecnológica específica, realiza teste para averiguar se o documento criptografado com a chave

¹²¹ Conforme a Resolução n. 07 (BRASIL, Resolução n. 07, 2001) do Comitê Gestor da ICP-BRASIL, que aprova os requisitos mínimos para políticas de certificado na ICP-Brasil, são necessários para a autenticação de identidade o seguinte, conforme itens 3.1.8 e 3.1.9: “Autenticação da identidade de uma organização: A confirmação da identidade de pessoa jurídica deverá ser feita mediante a apresentação dos seguintes documentos: - registro comercial, no caso de empresa individual; - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais ou civis, e , no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; - prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). A pessoa física responsável referida no item 3.1.1 também deverá ser identificada, na forma descrita no item seguinte. 3.1.9. Autenticação da identidade de um indivíduo: Neste item devem ser definidos os procedimentos empregados pelas AR vinculadas para a confirmação da identidade de um indivíduo. Essa confirmação deverá ser realizada, mediante a presença física do interessado, com base em documentos de identificação legalmente aceitos. Devem ser apresentados, acompanhados de cópia, no mínimo, os seguintes documentos: - Cédula de Identidade ou Passaporte, se estrangeiro; - Cadastro de Pessoa Física; - comprovante de residência; - PIS/PASEP, se aplicável; - mais um documento oficial com fotografia, no caso de certificados de tipos A4 e S4; - os documentos acima relacionados do responsável, caso o solicitante seja incapaz. Solicitações de certificados para equipamentos ou aplicações deverão ser realizadas pela pessoa física legalmente responsável por sua utilização. Caberá às AR verificar a autorização atribuída ao solicitante, bem como a presença dos documentos relacionados neste item. Os procedimentos utilizados pelas AR para identificação e verificação da autorização do solicitante devem ser descritos na PC. O responsável de que trata o parágrafo anterior assinará termo de titularidade do certificado, a ser mantido junto à documentação exigida neste item, e será, para todos os efeitos legais, titular do certificado emitido.

pública (e a essa a Autoridade de Registro tem acesso) pode ser decriptada com o emprego da chave privada em poder do usuário. Caso a operação tenha sucesso, a Autoridade de Registro efetiva o registro da chave pública como sendo do usuário especificado, vez que o mesmo é o único que detém a chave privada correspondente.

Diante das conferências e anotações da Autoridade de Registro, a Autoridade Certificadora, conforme escolha do usuário pelo tipo de certificado desejado, passa a certificar a chave pública do sujeito que se tornará parte em contrato eletrônico.

Logo, se uma declaração de vontade for assinada digitalmente, e puder ser decriptada lançando mão da chave pública registrada em nome do emitente, assim atestado por certificado digital válido gerado por Autoridade Certificadora ligada à Autoridade Certificadora Raiz, não será justificável o repúdio da própria declaração. Afinal, há documentos disponibilizados por esse terceiro de confiança que comprovam que o emitente, efetivamente, compareceu pessoalmente a uma Autoridade de Registro, quando apresentou o par de chaves como sendo de seu exclusivo domínio, procedendo ao correspondente registro, tudo conforme a normativa do órgão competente.

É nesse sentido a lição de Fabiano Menke, que além de aclarar a noção de não-repúdio da própria declaração por seu autor, ainda discorre sobre a presunção relativa de autoria que se firma:

À presunção de autoria – e como decorrência dessa propriedade – agrega-se ainda outro elemento constantemente enfatizado no jargão técnico das assinaturas digitais: é o denominado não-repúdio, que, a princípio, impedirá ao autor da declaração de vontade assinada digitalmente obter sucesso em eventual tentativa de negar a sua vinculação com o conteúdo do documento. A presunção aqui tratada não é absoluta, mas sim *juris tantum*, admitindo prova em contrário, caso em que o titular da chave da assinatura, para negar a autoria de determinada manifestação de vontade, terá o ônus de comprovar a utilização indevida de sua chave privada por outra pessoa mal-intencionada, como, por exemplo, nos casos de coação e de furto. (MENKE, 2005, p. 52).

Seria possível, ainda, o repúdio da declaração de vontade sob a alegação de que o certificado digital apresentado poderia estar fora da validade. Daí a importância da manutenção, por parte da Autoridade Certificadora, da Lista de Certificados Revogados, o que possibilita a conferência do prazo de validade do certificado, afastando, assim, essa hipótese.

A certificação digital e o arcabouço jurídico vigente, acerca da assinatura digital, propõem-se, do modo exposto, a viabilizar a não-rejeição das próprias declarações.

O princípio da boa-fé objetiva também dá suporte normativo para evitar o auto-repúdio das declarações de vontade em meio eletrônico. A hermenêutica jurídica do Direito

Civil Contratual da boa-fé coíbe o abuso de direito, na figura taxada de *venire contra factum proprium*, que veda que determinada pessoa repudie declaração de modo a contrariar um comportamento anterior, qual seja, o de adoção de um determinado sistema de certificação digital para emissão de declarações de vontade, caso isso tenha gerado legítima expectativa à contraparte. Essa figura indica a vedação do comportamento contraditório e, conforme explanação, é contraditório o comportamento do contratante que comparece a uma Autoridade de Registro, adquire um certificado digital para, em seguida, negar-lhe vigência ou efetividade.

Ademais, a idéia de não repúdio da declaração de vontade emitida com fins à formação de consenso é qualidade desse último e se não for assegurado pode macular a validade do contrato eletrônico, o que o faz ser classificado como requisito de validade do contrato eletrônico, vinculado à idoneidade do consenso.

5.4. A infra-estrutura nacional oficial de chaves públicas e o projeto jurídico de interesse social

5.4.1. O estabelecimento de um modelo hierárquico de certificação digital

A sistemática de certificação digital pode ser formada em dois modelos, o hierárquico e o cruzado. O primeiro, hierarquicamente constituído, assemelha-se à disposição de uma árvore invertida, sendo que a posição mais alta é de uma entidade na qual todos devem, necessariamente, confiar, ainda que por força de determinação legal. No segundo modelo, a base é a confiança recíproca entre entidades, de modo a inexistir hierarquia (MENKE, 2005, p. 58). A credibilidade legitimaria-se por outros fatores sociais, que não a hierarquia ou o próprio Direito.

A hierarquia, usualmente, relaciona-se ao fato da existência de uma autoridade certificadora raiz, esta entendida como aquela detentora de tecnologia para operacionalização da criptografia assimétrica e manutenção de chave privada de extensão suficiente à promoção de um altíssimo nível de segurança, para que, além de certificar sua própria chave pública correspondente à sua chave privada mantida no mais extremo sigilo e segurança, possa

certificar, ainda, as chaves públicas das autoridades certificadoras a ela submetidas que, por sua vez, emitirão certificados digitais aos usuários finais.

No modelo inverso, o cruzado, as autoridades certificadoras reconhecem-se umas às outras, criando uma cadeia de confiança, de modo que, caso alguma delas deixe de certificar a autenticidade de determinada chave pública, esta cai em descrença, deixando, assim, de ser aceita como válida.

O Estado preferiu tomar o controle das atividades de certificação digital no país, ao adotar, flagrantemente, um modelo internacionalmente conhecido como modelo hierárquico.

Daí, a criação de uma Infra-Estrutura de Chaves Públicas, que se forma com o objetivo principal de dar suporte à atribuição de certificados digitais a um universo de usuários.

O conjunto ou modelo formado de autoridades certificadoras, políticas de certificação e protocolos técnicos compõem o que se convencionou chamar de “Infra-estrutura de Chaves Públicas” ou simplesmente ICP. Uma infra-estrutura de chaves públicas não é apenas um feixe de leis, mas um conjunto de regimes normativos, procedimentos, padrões e formatos técnicos, que viabilizam o uso em escala da criptografia de chaves públicas em rede digital aberta. (REINALDO FILHO, 2006, p. 60).

A origem remota da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira pode ser posicionada no Decreto n.º3.587, de 5 de setembro de 2000 (BRASIL, 2000), que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo (MENKE, 2005, p. 98). A Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira tem lastro na Medida Provisória n.º2.200-1, de 2001, reproduzida em sua maior parte na Medida Provisória 2.200-2 (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001).

Logo, de acordo com a previsão do art. 5º da Medida Provisória em enfoque (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001), à Autoridade Certificadora Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das Autoridades Certificadoras de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das Autoridades Certificadoras, das Autoridades de Registro e dos prestadores de serviço habilitados na Infra-Estrutura de Chaves Públicas, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas.

A organização da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira é composta dessa autoridade gestora de políticas e por uma cadeia de autoridades certificadoras composta pela Autoridade Certificadora Raiz (AC Raiz), pelas Autoridades Certificadoras de nível imediatamente inferior (AC), e pelas Autoridades de Registro (AR).

A atribuição de gestão de políticas é exercida pelo Comitê Gestor da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, que é vinculado à Casa Civil da Presidência da República, e é composto por 12 membros não diretamente remunerados, sendo cinco deles representantes da sociedade civil, que detiverem interesses, mediante designação pelo Presidente da República, por um período de dois anos, sendo permitida a recondução, além de outros sete, provenientes e indicados pelo Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Ciência e Tecnologia; Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e Casa Civil da Presidência da República, sendo este último representante o responsável pela coordenação do aludido comitê. As decisões pertinentes às políticas ocorrem através de edição de resoluções, aprovadas pela maioria absoluta dos membros listados.

A Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira tem como autoridade certificadora raiz o ITI – Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, que foi, pela mesma medida provisória referida (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001), convertido em autarquia federal e tornou-se ligada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, posteriormente transferida, no que concerne à vinculação, para a Casa Civil da Presidência da República¹²². Esta autoridade certificadora raiz é, como explicado, a primeira da cadeia de certificação. Ademais, é encarregada de certificar inclusive a si própria, além de todas as demais autoridades certificadoras. Assim, o certificado digital do usuário final, emitido por uma autoridade certificadora de nível intermediário, encontra seu fundamento de legitimidade último no ITI, raiz de toda a estrutura de chaves no Brasil.

Significa que no modelo hierárquico, a fonte de legitimação de todos os certificados emitidos é, em última análise, a autoridade certificadora raiz, que no caso do Brasil é a Autoridade Certificadora Raiz - AC-Raiz, que detém chaves criptográficas de extensão à garantia da segurança de suas operações.

¹²² Conforme art. 4º do Decreto n.º3.872, de 18 de julho de 2001 (BRASIL, DEC. n. 3.872, 2001). A despeito do que previu a Medida Provisória (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001), os Decretos posteriores n.º4.036, de 28 de novembro de 2001 (BRASIL, DEC. n. 4036, 2001), e o Decreto n.º4.566, de 1º de janeiro de 2003 (BRASIL, DEC. 4.556, 2001) mantiveram a vinculação com a Casa Civil da Presidência da República.

Em verdade, o fato de ter sido designada uma autarquia federal para desempenhar a função de Autoridade Certificadora Raiz denota a opção política de proceder à “intervenção estatal no controle e supervisão da atividade dos prestadores de serviços de certificação.” (MENKE, 2005, p. 47, 99).

Compõem a estrutura nacional terceiros de confiança, que executam a tarefa de operacionalizar e gerenciar o ciclo de vida dos certificados (MENKE, 2005, p. 56).

Para a formação dessa estrutura descendente e centralizadora, a Autoridade Certificadora Raiz conta com as demais Autoridades Certificadoras de segundo nível e com as Autoridades de Registro.

As autoridades Certificadoras (AC) são entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, às quais compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações. Ademais, devem dispor de um ambiente seguro para a realização de atividades basais de suas operações:

Da mesma forma que a AC Raiz, as autoridades certificadoras devem dispor de ambiente seguro, onde realizarão as atividades críticas como as de emissão e de revogação de certificados. Esse ambiente seguro, que deverá ter no mínimo seis níveis compartimentados, não pode ser identificado externamente como tal, para evitar possíveis tentativas de acesso indevido. As instalações físicas deverão ter equipamentos de apoio, como máquinas de ar condicionado, geradores, *no-breaks*, baterias, estabilizadores, sistemas de aterramento e de proteção contra descargas atmosféricas, equipamentos para sistemas de emergência, entre outros, tudo para garantir a continuidade dos serviços. (MENKE, 2005, p. 112).

As Autoridades de Registro (AR), por sua vez, são entidades operacionalmente vinculadas a determinada Autoridade Certificadora, às quais compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações. No caso de pessoas jurídicas, a chave privada fica sob a responsabilidade de um empregado devidamente autorizado, conforme dispuser os respectivos atos constitutivos, servindo para realizar com sucesso a vinculação relacional contratual.

As entidades credenciadas como AC e AR devem, necessariamente, dispor de equipamentos e qualificação técnicas suficientes, que são vistoriadas e autorizadas, conforme explicado, pela AC-Raiz. Vale dizer, o ITI, no exercício de suas atribuições, desempenha atividade de fiscalização, podendo ainda aplicar sanções e penalidades, na forma da lei.

As entidades credenciadas podem ser pessoas jurídicas de direito público ou privado, desde que atendam às condições mínimas estabelecidas nas resoluções do Comitê Gestor da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Fabiano Menke, acerca do papel do Estado na promoção da segurança nas relações havidas em meio eletrônico, que podem se valer das assinaturas e certificados digitais, explica:

O processo de credenciamento realizado pelo poder público traz à tona novamente a questão da importância de o Estado regular e fiscalizar esse incipiente, mas promissor mercado, haja vista que os consumidores ainda não têm um mínimo de consciência acerca do que significa e do que não significa qualidade no que toca à prestação dos serviços de certificação digital. (MENKE, 2005, p. 108).

Desse modo, exatamente pelo interesse social no contrato eletrônico, ou, do mesmo modo, por motivo da busca de realização de um projeto jurídico para o desenvolvimento da sociedade, compete ao Comitê Gestor da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira adotar as medidas necessárias e coordenar a implantação e o funcionamento da ICP-Brasil; estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das Autoridades Certificadoras, das Autoridades de Registro e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação; estabelecer a política de certificação e as regras operacionais da Autoridade Certificadora Raiz; homologar, auditar e fiscalizar a Autoridade Certificadora Raiz e os seus prestadores de serviço; estabelecer diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das Autoridades Certificadoras e das Autoridades de Registro e definir níveis da cadeia de certificação; aprovar políticas de certificados, práticas de certificação e regras operacionais, credenciar e autorizar o funcionamento das Autoridades Certificadoras e das Autoridades de Registro, bem como autorizar a Autoridade Certificadora Raiz a emitir o correspondente certificado; identificar e avaliar as políticas de Infra-Estruturas de Chaves Públicas externas, negociar e aprovar acordos de certificação bilateral, de certificação cruzada, regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional, certificar, quando for o caso, sua compatibilidade com a ICP-Brasil, observado o disposto em tratados, acordos ou atos internacionais; e atualizar, ajustar e revisar os procedimentos e as práticas estabelecidas para a ICP-Brasil, garantir sua compatibilidade e promover a atualização tecnológica do sistema e a sua conformidade com as políticas de segurança.

Tudo isso nada mais representa do que a consagração da base do princípio da função social dos contratos no que concerne ao contrato eletrônico. Na verdade, não é a função social

que justifica esse modelo hierárquico explicitado acima, mas a base de justificação é a mesma, qual seja, a de existência de um projeto jurídico de interesse social, o que, por sua vez, justifica e legitima a atuação direta do Estado na consecução dos objetivos de viabilização e promoção da segurança das relações jurídicas contratuais havidas em meio eletrônico. Afinal, como destaca Humberto Theodoro Júnior:

[...] o desenvolvimento econômico deve ocorrer vinculadamente ao desenvolvimento social. Um e outro são aspectos de um único desígnio, que, por sua vez, não se desliga dos deveres éticos reclamados princípio mais amplo da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser sacrificado por qualquer iniciativa, seja em nome do econômico, seja em nome do social. Nada, com efeito, justifica o tratamento da pessoa humana como coisa ou como simples número de uma coletividade. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 33-34).

Todo o exposto serve, somente, para confirmar a hipótese inicial, de que a base de justificação da intervenção do Estado para a formação de um modelo hierárquico de assinatura e certificação digitais é a mesma que possibilita a tutela dos efeitos externos do contrato, por meio do princípio da função social do contrato: a de consideração do interesse social e da pessoa humana, na busca pela realização de um projeto de desenvolvimento social.

5.4.2. A busca pela interoperabilidade tecnológica para o acontecimento do contrato eletrônico

A importância da aludida Medida Provisória (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001) é devida ao fato de proceder à regulamentação normativa, não somente da assinatura digital e do documento eletrônico, mas principalmente, por fazer a previsão estrutural e funcional da Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil, a ICP-Brasil, responsável por toda a organização e viabilização, tanto tecnológica quanto administrativa, das chaves responsáveis pelo início da cadeia de autoridades certificadores de outras chaves pertencentes a usuários finais.

Aliás, a função da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira foi apontada logo no art. 1º, como sendo a de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Dada a noção geral acerca da disposição da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira, torna-se viável a tarefa de discutir a idéia de interoperabilidade entre sistemas e equipamentos, ou simplesmente interoperabilidade:

Verifica-se que a interoperabilidade é um apanágio necessário de qualquer infraestrutura e pode ser definida como a capacidade que possuem os aparelhos e equipamentos que dela fazem parte de comunicarem-se entre si, independentemente de sua procedência, ou do seu fabricante. (MENKE, 2005, p. 59).

Diante da almejada interoperabilidade, que deve ser buscada pelo Estado para afastar restrições de acesso e a integração da coletividade na realidade do contrato eletrônico, a medida provisória aludida dispôs, no art. 10, o seguinte:

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

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001).

Assim, a normativa impõe que, para serem presumidas verdadeiras as declarações constantes em documentos eletrônicos, é imprescindível o emprego, em sua produção, de processo de certificação disponibilizado pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Significa que o documento deve ser assinado digitalmente, a partir da tecnologia da criptografia assimétrica, sendo que a chave pública deve ser necessariamente certificada por uma Autoridade Certificadora ligada à AC-Raiz do país que, no caso é o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação.

Essa padronização, que se dá por meio da exigência de uma tecnologia específica, para integração no processo coordenado pela ICP-Brasil, justifica-se em razão do interesse público na firmação e execução de contratos eletrônicos. A própria idéia de uma infra-estrutura centralizada e oficial visa a possibilitar a comunicação e, assim, viabilizar a formação de contratos eletrônicos. São esclarecedoras as palavras de Fabiano Menke:

As razões para que haja uma infra-estrutura que congregue número maior possível de pessoas e entidades são simples e facilmente perceptíveis. É justamente para que haja possibilidade de comunicação entre os envolvidos, ou, meramente, a possibilidade de pronto acoplamento. A infra-estrutura uniforme evita que sejam aplicadas soluções dispares por cada indivíduo. (MENKE, 2005, p. 57).

Se for dispensável o mínimo de padronização tecnológica, para que seja possível a compreensão, a troca de declarações e a formação de consenso serão raros, mitigando o ambiente virtual como meio possível à ocorrência da circulação de riquezas, essencial à sociedade.

Daí a idéia de interoperabilidade¹²³. O contrato eletrônico deve desenvolver-se e tornar-se social e juridicamente viável, sendo justificável a exigência da interoperabilidade, no sentido de restar assegurado o interesse geral da coletividade. Trata-se da necessária interoperabilidade entre sistemas e equipamentos. O contrário compromete a intercompreensão e leva à falência estrutural e funcional do mecanismo de promoção da segurança das relações contratuais eletrônicas.

Essa interoperabilidade, comentada até então, é a que ocorre entre *programas de computador*¹²⁴ - *softwares* e o grupo de componentes físicos, material eletrônico, placas e equipamentos de um computador - *hardwares* de armazenamento de chaves privadas dos usuários de assinaturas e certificados digitais. Recebe o nome de interoperabilidade formal ou operacional.

É ventilada, entretanto, outro tipo de interoperabilidade, chamada de substancial. Essa é entendida como o conjunto de princípios e regras que regulamentam os sujeitos que, de um modo ou de outro, relacionam-se com a infra-estrutura nacional oficial, “como órgãos de fiscalização e execução, os usuários etc.” (PARENTONI, 2007, p. 160). Assim, a interoperabilidade substancial diz respeito à efetiva confiança e segurança na integração dos processos de certificação digital, não somente durante, mas antes e depois da utilização a assinatura e certificado digital (MENKE, 2005, p. 127), o que englobaria o momento do registro das chaves e o posterior gerenciamento de certificados e bancos de dados necessários.

¹²³ Assim como no contrato eletrônico, para que o processo eletrônico seja viável, é, ainda, necessário estabelecer, do mesmo modo, padrões de interoperabilidade. Nesse sentido, a Lei n.º 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 (BRASIL, Lei n. 11.280, 2006), que acrescentou o parágrafo único no art. 154 do Código de Processo Civil vigente (BRASIL, 1973), vinculou a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos ao atendimento dos requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade, assim definidos pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil. “Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, preenchem-lhe a finalidade essencial. Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.”

¹²⁴ A lei n.º 9.609 (BRASIL, 1998), que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências, em seu art. 1º, apresenta a definição de programa de computador: “Art. 1º. Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

5.5. A arquitetura da legislação nacional para o panorama da aceitabilidade jurídica da declaração de vontade em meio eletrônico: neutralidade tecnológica e equivalência funcional

A aceitabilidade do contrato eletrônico pela comunidade jurídica, assim como o respeito a suas disposições e a exigibilidade de suas obrigações, depende, diretamente, da dogmática jurídico-legislativa sobre o tema.

É certo que não há regime jurídico específico do contrato eletrônico, tampouco de seus pressupostos e elementos de existência, ou requisitos de validade, ou princípios informadores específicos próprios.

O movimento de produção legislativa do início do milênio pouco se ocupou da disciplina específica da assinatura digital. Entretanto, por falta de normatização do contrato eletrônico, esse regime jurídico da assinatura e dos certificados digitais no Brasil é o parâmetro para compreender a aceitabilidade jurídica do contrato eletrônico, se o admitirmos na parte em que se relaciona com a sua prova por meio de documento eletrônico e a identificação de suas partes, pela assinatura digital.

Assim, para apresentar a aceitabilidade jurídica do contrato eletrônico, no aspecto dogmático-legislativo, é essencial remontar a questão da prova de sua ocorrência. Logo, é igualmente inafastável a abordagem do documento eletrônico.

Todavia, o documento eletrônico vem regulamentado, minimamente, exatamente na mesma medida provisória (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001), que dispõe acerca da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira e dos documentos assinados digitalmente com o emprego de certificado gerado em conformidade e relação à Autoridade Certificadora Raiz.

Logo, a aceitabilidade depende, além do regime jurídico do documento eletrônico, da normativa já estudada sobre assinatura e certificados digitais.

Neste panorama jurídico, tal é a justificativa de, mesmo num trabalho que se ocupa, precipuamente, do direito material, haver a abordagem do documento digital e a questão processual da prova.

Ademais, faticamente, não é irrelevante a preocupação com os meios de prova, diante da expansão dos contratos eletrônicos firmados pela internet, cuja documentação foge à regra do suporte corpóreo.

Aliás, a tendência é justamente a superação da noção dos suportes documentais corpóreos, por ausência de praticidade e por ser difícil seu manuseio e armazenamento. Os documentos digitais, por sua vez, são de transmissão barata, eficiente e rápida.

Ensina o professor Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 99) que o documento é composto de dois elementos: a docência e o suporte. O documento é declaração de vontade, o que se identifica com conteúdo documental. O suporte, de acordo com o professor em alusão, é chamado de documentação. Tal documentação pode ser “corporal” ou “não-corporal” ou “imaterial” (eletrônica ou digital).

Jean Carlos Dias (2006, p. 80) aclara que “à medida que o computador transforma informações em dados binários e os arquiva em meio magnético ou ótico, utiliza para suporte um meio específico e diferente que, nem por isso, deixa de conter uma mensagem de possível valor jurídico”.

Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 102) expõe as funções do documento e diz que, se o documento digital for capaz de desempenhá-las, poderá ser considerado documento (prova, oponibilidade a terceiros, atenção ao requisito de validade da forma prescrita ou não defesa em lei, além da integridade do conteúdo). Para tanto, necessitará do atributo da imutabilidade.

Alguns dispositivos legais merecem destaque, no que referem ao reconhecimento da validade jurídica da prova documental eletrônica.

O art. 107 e 108 do Código Civil vigente assim dispõem:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. (BRASIL, 2002).

A regra da informalidade para as declarações de vontade, já amplamente tratada no capítulo anterior desse trabalho dissertativo, é significativo argumento em prol da validade probatória do documento eletrônico. Por outro lado, para determinados tipos de contrato, nos quais a idoneidade da forma, requisito de validade, impuser o respeito a uma determinada forma, certamente o contrato eletrônico, por ausência de regulamentação, deverá se valer de documentação física para a formalização do consenso legitimamente formado.

O contrato eletrônico pode ser válido por força da regra da informalidade, para a celebração de contratos. Contudo, a aceitabilidade da prova encontra entraves de natureza prática e também legal.

A Medida Provisória n.º 2.200-2 (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001) é responsável pela equiparação e validação do documento assinado digitalmente, desde que a chave pública utilizada seja certificada por autoridade integrante da hierarquia estabelecida pela Infra-Estrutura de Chaves Brasileira, nos moldes do parágrafo único de seu art. 10, que pode ser relacionado ao parágrafo único do art. 221 do Código Civil (BRASIL, 2002).

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

§ 1º **As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários**, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001, grifo nosso)

O parágrafo único do art. 221 do Código Civil dá espaço ao documento digital, como documento por instrumento particular:

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal. (BRASIL, 2002, grifo nosso)

O art. 131 do Código Civil anterior (BRASIL, 1916), que era vigente ao tempo da edição da Medida Provisória indicada (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001), e cuja norma foi integralmente recepcionada pelo art. 219 do Código Civil vigente (BRASIL, 2002), assim prescreve: “Art. 131. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.”.

A presunção de veracidade escora-se, ainda, no art. 368 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973): “Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.”.

A análise das disposições normativas acima conduz à conclusão de que, para que o documento assinado digitalmente não dependa da inoocorrência de impugnação da parte contra quem o mesmo é oposto, deve seguir os ditames da disposição normativa acima. Fabiano Menke arremata:

Em decorrência, no direito brasileiro, via de regra, só terá os mesmos efeitos da assinatura manuscrita aquela assinatura digital aposta com base em certificado digital emitido por uma das autoridades certificadoras credenciadas pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, entidades que tem a obrigação de cumprir

com todos os requisitos técnicos, administrativos, operacionais e jurídicos elencados nas normas da ICP-Brasil. (MENKE, 2005, p. 140, 141).

São poucos julgados adequados à ilustração do exposto¹²⁵. O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou nesse diapasão:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - TELEFONIA - CONTRATO PREVENDO A CESSÃO DE APARELHOS CELULARES EM CÔMODATO - RESCISÃO QUE DEPENDE, PARA A EFETIVIDADE, DE DEVOLUÇÃO OU, DIANTE DE EVENTUAL RECUSA, DEPÓSITO DOS BENS - MENSAGEM ELETRÔNICA QUE, DESPIDA DE CERTIFICAÇÃO DIGITAL, NÃO CONSTITUI MEIO IDÔNEO PARA POR TERMO AO CONTRATO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR A EXTINÇÃO, JULGA-SE A AÇÃO IMPROCEDENTE. "É notório o fato de que os contratos eletrônicos e celebrados por telefone tem causado, principalmente no âmbito da telefonia, uma série de questionamentos judiciais. Nesse andar, partindo da premissa de que o contrato inicial foi celebrado validamente, não há como se atribuir efetividade à rescisão realizada por mero expediente eletrônico (e-mail) despido de assinatura digital". (SÃO PAULO, 2007).

Entretanto, caso as partes, em especial aquela contra quem o documento eletrônico assinado digitalmente for exibido, não impugnem a exatidão, a validade prevalece, de forma bastante próxima ao fato incontroverso, que sequer depende de prova por inexistência de dissenso.

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA - DOCUMENTO ELETRÔNICO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - ASSINATURA DIGITAL - FÉ CESSADA PELA NEGAÇÃO DA AUTENTICIDADE - RESTABELECIMENTO - ÔNUS DA PARTE QUE PRODUZIU O DOCUMENTO. Se de um lado as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica presumem-se verdadeiras em relação aos signatários (art. 10, §1º da MP 2.200-2/2001), de outro, negada a assinatura, cessa a fé do documento (art. 388 do CPC). Assim, negada a aposição da assinatura (digital), caberia ao banco, para restabelecer a fé do documento, fazer a prova da autenticidade. Afinal, nos termos do art. 389, II, do CPC, em se tratando de contestação da assinatura, a prova afirmativa da autenticidade incumbe à parte que produziu o documento. Por se tratar de recibo virtual de saque, produz o documento, ou seja, traz ao mundo dos autos, a parte que o invoca a fim de sustentar uma pretensão. (MINAS GERAIS, 2007).

É o que se abstrai da inovação do art. 225 do Código Civil, que merece evidência:

Art. 225 – As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão. (BRASIL, 2002).

¹²⁵ No contexto desse trabalho, em pesquisa realizada em janeiro de 2008, não foram encontrados julgados do STJ específicos sobre contrato eletrônico, assinatura eletrônica e digital, certificação digital ou mesmo documento eletrônico.

Nessa mesma esteira, da validade pela não impugnação da exatidão do conteúdo, prescreve o art. 383 do Processo Civil: “Art. 383 - Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.” (BRASIL, 1973).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu¹²⁶ nesse sentido, para atribuir ao julgador a faculdade de considerar o documento eletrônico como meio de prova do contrato eletrônico, conforme as circunstâncias do caso, com fundamento exatamente no art. 383 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. MENSALIDADES ESCOLARES. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS. FORÇA PROBANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 383 DO CPC. COBRANÇA INDEVIDA. AUSÊNCIA DE PROVA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. Os documentos eletrônicos gozam de força probante porque encontram amparo no art. 383 do CPC. O réu, ao alegar a existência excessiva de dívida, atrai para si o ônus da prova, porque fato modificativo do direito do autor. Ausente a prova de que a parte está cobrando valor já anteriormente pago, não há se falar em repetição de indébito. Apelação conhecida e não-provida. (MINAS GERAIS, 2005).

Além dessas duas hipóteses (1. equiparação legal do documento digitalmente assinado mediante emprego de processo disponibilizado, autorizado, fiscalizado e vinculado à Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil; 2. casos de consenso na não-impugnação da declaração documentada), há os casos em que o emprego da hermenêutica jurídica poderá decidir pela legitimidade do documento e, portanto, sua aceitabilidade jurídica, se for

¹²⁶ No mesmo voto, a relatora, em menção à lição de Carlos Alexandre Rodrigues, justifica: ‘Eis a propósito a lição de Carlos Alexandre Rodrigues, em texto publicado na Revista dos Tribunais nº 784, p. 87, intitulado A desnecessidade de assinatura para a validade do contrato efetivado via internet: “Chegamos então a um ponto de relevância extrema para que a tese defendida por ser aceita, porque trata diretamente com a aplicação prática do contrato eletrônico: a sua eficácia probatória, a sua aceitação como verdadeiro “documento”, tanto quanto um contrato qualquer, feito em papel e com firma reconhecida em tabelião. Certo ficará que o contrato eletrônico possui aspectos que o diferenciam do contrato a que estávamos acostumados, e que devem ser aceitos de antemão para que a idéia geral também o seja. Todavia, estes aspectos diferentes não o inutilizam. [...] Com efeito, o art. 383 do CPC, tratando de prova documental, tem em seu texto menção que deixa abertura ampla o suficiente para aceitação do documento eletrônico aos dispor sobre a aceitação de “qualquer produção mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de qualquer outra espécie [...]”, para prova de fatos. [...] Não resta dúvida, então, que, preenchidos os requisitos já lembrados acima - e que são, em última análise, inerente a qualquer documento -, os contratos eletrônicos servem como meio de prova de relações jurídicas, e se prestam como meios hábeis a criar e representar vínculos entre partes. Servem como contratos, pois.” Nesse mesmo sentido, ver: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação de cobrança - mensalidade escolar - contrato de prestação de serviços - documento eletrônico - possibilidade - engargos - legalidade. Ap. 1.0024.06.986334-8/001. Rel. Des. Lucas Pereira. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=986334&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=ELETRÔNICO%20-%20POSSIBILIDADE%20-%20ENGARGOS%20-%20LEGALIDADE&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Publicado em 10/08/2007. Acesso em: 15 jan. 2008.

construída com o comportamento dos discursos plurais, sempre argumentativamente, para o alcance do resultado coerente e racionalmente justo. Este processo interpretativo deverá ser realizado a partir de sua melhor aceção, qual seja, de ostentação do devido processo legal, além das atenções aos princípios do contraditório e ampla defesa, todos garantias constitucionais.

Talvez, essa idéia encontre respaldo, no Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), no que estabelece o art. 332: “Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”.

Sendo assim, em síntese, foram levantadas três principais hipóteses de legitimação.

A primeira é o caso de a autenticidade ser presumida quando o documento em suporte intangível é assinado digitalmente e certificado por autoridade integrante da ICP-Brasil. Portanto, o ônus de provar a falsidade é de quem a alegar. Nesse particular, a doutrina é uníssona em afirmar que, para fins de validade do documento digital, o mesmo deve estar assinado digitalmente, sob crivo de certificado digital de autoridade certificadora que faça parte da ICP-Brasil, pois a prova deve possuir caráter legal (ANDRADE, 2004, p. 94).

Como alternativa, tem-se a possibilidade da utilização, como prova, do simples documento digital, alheio aos métodos estabelecidos pela Medida Provisória (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001), e, portanto, desvinculados do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (Autoridade Certificadora Raiz). O uso dessa prova dependerá da não oposição da contraparte, o que aproxima o documento ao fato incontroverso, que independe de comprovação, nos termos da lei processual.

A terceira possibilidade reconduz à possibilidade de delegar a decisão acerca da aceitabilidade jurídica do documento eletrônico ao esforço hermenêutico do julgador, que, na falta de normas jurídicas particulares, poderá aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial - art. 335 do Código de Processo Civil vigente (BRASIL, 1973).

Insta, ainda, destacar que o comportamento anterior das partes pode ser decisivo para a aceitabilidade do contrato eletrônico e sua documentação, mormente em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, que protege a aparência do negócio e a legítima expectativa das partes contratantes, pautadas em comportamentos anteriores.

Há, por fim, os que defendem a prestabilidade do documento eletrônico independentemente de qualquer fonte de legitimidade. Afirmam que o documento eletrônico

deve ser aceito como meio de prova em juízo, ainda que seja vulnerável a modificações e que os leigos não sejam capazes de comprovar eventuais alterações em seu conteúdo (SANTOS, 2006, p. 56).

A presente discussão encontra-se distante de qualquer finalização. Pelo contrário. Os debates se acirrarão, em razão da promulgação da Lei n.º11.280, de 16/02/2006 (BRASIL, Lei n. 11.208, 2006), e da Lei n.º11.419, de 19/12/2006 (BRASIL, Lei n.11.419, 2006), especialmente desta última, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, aplicável não somente ao processo civil, mas também, aos processos penal e trabalhista e ao procedimento especial dos juizados especiais (PARENTONI, 2007, p. 89). A assinatura digital é mencionada no referido texto legislativo por diversas vezes, mas permanece sem regime jurídico de enfoque específico. Promove-se a operabilidade do instrumento sem se preocupar com a garantia da eficiência técnica e social.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais cuidou de usar uma inovação legislativa, exatamente para a ineficácia de outra. Na direção da imprescindibilidade do emprego da assinatura digital conjugada a certificado digital devidamente expedido por Autoridade Certificadora integrante da ICP-Brasil, para a validade dos atos processuais, em razão da redação do art. 154 do Código de Processo Civil, decorrente da Lei n.º11.419 (BRASIL, Lei n.11.419, 2006), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais apresentou uma possível tendência de sua praxe jurisdicional¹²⁷:

¹²⁷ O Sr. Des. FERNANDO BOTELHO, em seu voto, ainda argumentou: “A questão presente traz a exame possibilidade ou não da penhora “on-line” pelo sistema BACEN-JUD. [...] Diz a lei que será a requisição implementada “preferencialmente por meio eletrônico”. [...] Se eletrônica a via de expedição da ordem, há de satisfazer ela, em toda a sua extensão, a exigência mínima-tecnológica, atualmente disponível, a tornar segura a detecção de sua origem e autoria. [...] A assinatura eletrônica, em sua modalidade “assinatura digital”, com uso de parâmetros criptográficos assimétricos (“chaves” eletrônicas de cifragem e decifragem) que preencham mínima e aceitável garantia de segurança - nos moldes das infra-estruturas de encriptação, públicas e privadas, que começaram a ser editadas após a Medida Provisória 2.200-2/2001 - torna-se, em suma, condicionador de validade mínima e indispensável do “meio eletrônico”. [...] Vale dizer, sem o emprego destes itens de seqüencial condicionamento, ou, mais especificamente, da assinatura digital - certificada nos termos da MP 2.200-2/2001 (por entidade pré-e-formalmente credenciada pela ICP-Brasil), realizada com uso de recurso criptográfico de padrão mínimo - o ato processual-eletrônico se inviabiliza, nulifica-se, “ex radice”, frente a ambos disciplinamentos: ao anterior (art. 154/CPC) e ao novo (Lei 11.419/2006). [...] Por tudo isso, e sob uma dupla ótica da questão - tecnológica (ou, lógica-essencial) e legal - sem ele, sem o seu emprego, deixa de ser, para nós, preferencial a via eletrônica para o cumprimento da ordem requisicional, exatamente porque, como afirma com feliz objetividade, a douta juíza signatária da ordem recorrida ora em debate, “...a penhora on-line há de ser vista com reservas, pois ao adentrar no sistema, o Juiz está sujeito à ação de “hackers”, o que poderá comprometer o sucesso da operação e negar graves prejuízos para o devedor...” (fls. 49)”. A Srª. Desª. EULINA DO CARMO ALMEIDA acompanhou o Des. Fernando Botelho por outras razões: “A meu sentir, contudo, apesar das vantagens oferecidas por este meio eletrônico, o Magistrado não está obrigado a aderir ao convênio aqui considerado, visto tratar-se de uma faculdade aberta ao Julgador.”

Há de se ressaltar a posição do relator, que foi voto vencido, para admitir a penhora eletrônica independentemente do que dispõe o parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil: “V.V. AGRADO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - FRUSTRAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS DO CREDOR PARA LOCALIZAR BENS DO DEVEDOR - PENHORA ELETRÔNICA - POSSIBILIDADE. Comprovando o credor

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - BACEN JUD - PENHORA "ON-LINE" DE CONTAS BANCÁRIAS - IMPOSSIBILIDADE.I - Com a edição da Lei 11.419/2006, da Lei 11.280/2006 - que adiciona o parágrafo único ao art. 154/CPC - a observância da MP 2.200-2/2001 se faz de rigor na implementação de ordem judicial com uso do meio eletrônico.II - Sem o emprego do recurso criptográfico, da assinatura digital e da proteção-cifragem para o tráfego, nos termos da lei 11.419/2006 e da MP 2.200-2/2001, o sinal eletrônico que contenha o dado de requisição judicial destitui-se de garantia mínima contra a possibilidade da intercessão, da apropriação, manipulação e alteração eletrônica.II - Não havendo o emprego da criptografia no acesso ao BACEN-JUD, inseguro se mostra o uso deste meio para o atendimento da atividade-fim do Estado-jurisdição. Logo, não há falar em sua compulsoriedade, mas em facultatividade, ligada à liberdade jurisdicional.III - Negar provimento ao recurso. (SÚMULA). (MINAS GERAIS, 2007).

Toda essa discussão acerca da dogmática legal da assinatura digital e de suas implicações para o contrato eletrônico faz com que parte a doutrina defenda uma neutralidade tecnológica na elaboração da lei, defendendo, assim, a prevalência das equivalências funcionais para a aplicação das normas jurídicas sobre determinada matéria.

No que concerne a essa dissertação, neutralidade tecnológica relaciona-se à técnica legislativa acerca das assinaturas digitais. É buscada a equivalência funcional da assinatura manuscrita com a assinatura digital, validando-a, independentemente da utilização de criptografia assimétrica ou qualquer outra técnica.

A defesa da neutralidade tecnológica funda-se no argumento de que a lei, para que seja dotada de maior longevidade, deve evitar relacionar sua dogmática a determinada tecnologia, de modo que possa adequar-se na medida em que haja desenvolvimento da técnica pertinente.

Ricardo L. Lorenzetti (2004) recomenda que os modelos legislativos fundamentem-se em princípios de analogia funcional e não-discriminação. Lorenzetti alerta para o risco de relacionar assinatura digital à técnica de criptografia assimétrica: “Esta relação entre assinatura e criptografia é um erro do ponto de vista legislativo. A assinatura eletrônica encontrará muitas técnicas e, na medida em que estas foram mudando, cairão as leis que se baseiam numa assimilação tão dura e rígida.” (LORENZETTI, 2006, p. 104).

A doutrina tem se manifestado no sentido de que as legislações regentes da assinatura digital devem ser tecnologicamente neutras, em consideração à rapidez do avanço

que as diligências extrajudiciais para localizar bens do executado restaram infrutíferas, afigura-se possível a expedição de ofício à Receita Federal para localizar bens penhoráveis ou a realização de penhora eletrônica nas contas bancárias do devedor. AGRAVO N° 1.0569.06.008215-7/001 - COMARCA DE SACRAMENTO - RELATOR: EXMO. SR. DES. ADILSON LAMOUNIER - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. FERNANDO BOTELHO. ACÓRDÃO - Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.” (MINAS GERAIS, 2007).

tecnológico. Essa, também, é a orientação de organismos internacionais, tais como a UNCITRAL (United Nations Conference on Trade and Development), a OECD (Organization for Economic Cooperation and Development) e a União Européia (BARRETO, 2002, p. 23).

As opiniões mais radicais a favor da neutralidade tecnológica são bem representadas pelas palavras de Ronaldo Alves Andrade, que aborda, especialmente, o contrato eletrônico:

Enfim, em relação ao contrato por meio eletrônico, o legislador deveria simplesmente tê-lo equiparado ao contrato cartáceo, mediante a adoção de tecnologia adequada à identificação dos contratantes e à integridade do conteúdo do documento eletrônico que encerra a avença; quando muito, deveria ter relegado a matéria para ser regulada por decreto a ser baixado por órgão técnico que qualquer outra espécie de normativa que carece de discussão no Poder Legislativo. (ANDRADE, 2004, p. 85).

Há opiniões em sentido contrário, de que a neutralidade tecnológica pode comprometer a necessária interoperabilidade. Assim, sustentam que a neutralidade tecnológica para simples promoção da longevidade legislativa não justifica a mitigação da possibilidade de intercompreensão e, portanto, de majoração das hipóteses de contratos eletrônicos (MENKE, 2005, p. 62).

A Medida Provisória nº 2.200-2 (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001) evidencia que o Brasil preferiu o modelo português, ao regulamentar a Infra-Estrutura de Chaves Públicas juntamente com a assinatura digital. De acordo com esse modelo, há vinculação da assinatura digital à tecnologia da criptografia assimétrica. Lado outro, autorizou outros certificados não emitidos por autoridades credenciadas ao ICP-Brasil, desde que convencionado entre as partes, no parágrafo 2º do art. 10. Veja-se:

§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001).

Tentou-se, ainda que minimamente, reservar espaço à autonomia privada dos contratantes, que podem, se preferirem, adotar outro modelo ou outro certificado digital, emitido por órgão não necessariamente vinculado à mencionada infra-estrutura oficial. É conveniente a transcrição da lição de Fabiano Menke, sobre o comando do §2º do art. 10 da medida provisória enunciada:

A finalidade do comando é a de flexibilizar a utilização dos métodos de comprovação de autoria, de maneira a não se tornar obrigatório o emprego de

certificados digitais baseados na ICP-Brasil. Conseqüentemente, é perfeitamente possível que as partes, previamente ao início de uma negociação sobre um contrato, por exemplo, estipulem que realizarão todo o processo negocial por intermédio de correio eletrônico simples, sem assinatura digital. Também seria lícito que o contrato pactuado contivesse cláusula prevendo a utilização do mesmo meio para todas as comunicações e notificações e até mesmo formalização de termos aditivos a serem, eventualmente, firmados durante a execução do acordo. (MENKE, 2005, p. 144-145).

A força vinculativa da convenção de aceitação de outro certificado para fins de reconhecimento da procedência subjetiva baseia-se na força obrigatória dos contratos.

Dessa feita, caso a autoridade certificadora não faça parte da Infra-Estrutura de Chaves Públicas – ICP-Brasil, dependerá de legitimação contratual para fins de validade jurídica do documento digital.

O entendimento que se advoga é de que a neutralidade tecnológica deve existir para preservar, no tocante à adoção do equipamento, sistema e tecnologia, algum espaço à autonomia privada das partes contratantes. Todavia, em confronto com a necessária interoperabilidade, o esforço hermenêutico de superação das aparentes contradições entre princípios deve ser realizado, nos moldes já esboçados no terceiro capítulo dessa dissertação.

O último ponto que pende de abordagem é equivalência funcional, que pode ser definida pela boa-fé dos contratantes que, geralmente leigos, que não distinguem, num primeiro momento, a técnica empregada, mas sim, suas funções. Cabe esclarecer.

A crescente e ampla utilização do contrato eletrônico para o atendimento das necessidades humanas na sociedade atual estabelece o paradigma tecnológico e, juntamente com ele, uma série de expectativas e consensos. Obviamente, desde que as expectativas dos contratantes eletrônicos sejam legítimas, o princípio da boa-fé objetiva determina que as mesmas sejam tuteladas e protegidas, de modo a ganharem o respaldo do Direito.

Os sujeitos que se tornarão partes nos contratos eletrônicos tendem, com a tecnologia da assinatura digital, a percebê-la não enquanto ferramenta tecnológica disponível para a promoção da segurança das relações jurídicas contratuais havidas em meio eletrônico, mas sim pelos benefícios visivelmente obtidos, a partir de seu emprego.

Para os contratos, o sujeito pode visualizar que, com a assinatura digital, é possível, assim como restou averiguado, realizar os pressupostos e os elementos essenciais genéricos de existência, além de requisitos de validade. Para os leigos, entretanto, a percepção é de que a nova ferramenta viabiliza a determinabilidade do sujeito, a imputabilidade da declaração de vontade, a manutenção de sua integridade, seu não repúdio por parte de seu próprio autor e,

assim, a aceitabilidade jurídica da documentação eletrônica comprobatória do contrato eletrônico.

Essas são as tradicionais funções que a declaração de vontade contida ou transmitida por suporte eletrônico deve desempenhar: autenticidade da declaração ou determinabilidade do sujeito, integridade, não-repúdio (MENKE, 2005, p. 141), além da aceitabilidade probatória¹²⁸.

Surge, então, na doutrina, a noção de equivalência funcional, que é intimamente relacionada com as funções do escrito em suporte convencional de papel. Preocupa-se com as funções essenciais do documento, para considerar como prova literal o documento eletrônico que exercer as mesmas funções do documento no suporte de papel.

Luiz Guilherme Loureiro (2004, p. 327) destaca como sendo as principais funções do escrito-papel a legibilidade, estabilidade e inalterabilidade. O documento eletrônico, se compreensível sem a necessidade de qualificação técnica especial, pode ser considerado legível. A estabilidade diz respeito à possibilidade de perenização, o que pode ser obtido por meio das tecnologias informáticas. Por fim, a estabilidade supõe que o documento não possa ser alterado pelas partes ou por terceiros. Neste derradeiro tocante, a assinatura digital pode contribuir para que o documento eletrônico assinado digitalmente possa desempenhar essa última função.

Sendo assim, as pessoas contratantes não se vinculam, necessariamente, à assinatura digital, mas sim aos parâmetros de segurança obtidos. No caso de surgimento de nova tecnologia que consiga assegurar a mesma ou maior segurança, passarão a adotá-la, independente de um regime legal de enfoque específico ou do nome que lhe seja dado.

E se o contrato deve realizar uma função social, e, ademais, sendo de interesse do Estado que a riqueza circule e que o contrato eletrônico se forme, significa que deve prevalecer a equivalência funcional sobre a tecnologia expressamente adotada ou legalmente prevista. Afinal, seria atentatório ao princípio da função social do contrato eletrônico que diversas contratações permanecessem sem aceitabilidade jurídica em decorrência do uso de outra tecnologia que não a legalmente prevista, mesmo que consiga, irrefutavelmente,

¹²⁸ Mariliana Rico Carrillo (2003, p. 158), em atenção às funções verificáveis para fins de equivalência, aponta a Norma ISO 7498-92, da *International Electrotechnical Commission – IEC*, que estatui que os serviços de segurança no comércio eletrônico devem garantir principalmente a autenticação, a integridade, o não repúdio e a confidencialidade. Outra corrente doutrinária identifica, como requisito de equivalência funcional, a tempestividade, que “permite saber com total segurança se determinado documento foi ou não produzido naquela ocasião.” (GANDINI; SALOMÃO; JACOB, 2002, p. 59). A confidencialidade e a tempestividade, no Brasil, não constituem, em nenhum aspecto, requisitos ou qualidades necessárias à idoneidade da declaração de vontade.

promover a mesma amplitude de segurança às relações jurídicas em comento. Trata-se, exatamente, da tutela positiva do crédito.

Lado outro, a pessoa humana deve ser preservada em sua dignidade, na medida em que não é digno que, enquanto leigo no que concerne à tecnologia da informação, seja-lhe excluída da possibilidade de contratar eletronicamente, por preferir tecnologia eficaz, mas sem previsão legal expressa.

São essas as considerações sobre a aceitabilidade jurídica do contrato eletrônico, bem como dos desafios ao Direito dos Contratos trazidos pelo paradigma tecnológico e, especialmente, pela assinatura e certificação digitais.

5.6. Breves notícias de Direito Comparado

Ideal seria se houvesse no Brasil ou em outro país legislação de enfoque específico ao contrato eletrônico. Como isso não ocorre, resta ao trabalho a tentativa de esboçar o regime jurídico nacional dos contratos eletrônicos a partir da assinatura e certificação digital no Brasil.

A despeito de a proposta inicial ter se direcionado, portanto, ao regime jurídico nacional dos contratos, especialmente, dos contratos eletrônicos, a partir da certificação e assinatura digitais, certo é que o Direito Comparado pode indicar as tendências internacionais acerca da matéria, além de auxiliar a compreensão da temática no ordenamento jurídico interno.

Carlos Alberto Rohrmann (2005, p. 68) reconhece que o Direito norte-americano contribuiu sobremaneira para a sistematização jurídica da assinatura digital, tendo sido o estado de Utah, em 1995, por meio do *Utah Digital Signature Act*, o primeiro a legislar sobre a matéria, o que ocasionou uma onda de legislações que tratam desse conteúdo por todo o território dos Estados Unidos da América – EUA.

No caso do estado de Utah, é disposto que a assinatura digital, para ser dotada de reconhecimento, além de poder assegurar a autenticação do remetente e a integridade do documento, deve adotar o sistema de criptografia assimétrica. Assim, a validade vincula-se ao emprego de um certificado válido, assim entendido como aquele emitido por autoridade certificadora que tenha atendido a requisitos mínimos assim estabelecidos em Lei (LORENZETTI, 2004, p. 117).

Autoridade certificadora, conforme este *act*, é a pessoa natural ou jurídica que emite certificado digital, devidamente licenciada pela *Division of Corporations and Commercial Code*, do Departamento de Comércio de Utah. A aceitabilidade jurídica encontra-se vinculada ao emprego, no documento eletrônico ou mensagem, de assinatura digital criada com chave pública inserida em certificado digital emitido por autoridade certificadora licenciada para tal (MENKE, 2005, p. 69).

No estado de Nova Iorque, o *Electronic Signature Record Act* relaciona a assinatura eletrônica, dentre elas a assinatura digital, com a possibilidade de autenticidade e integridade. (LORENZETTI, 2004, p. 118)

De iniciativa nacional norte-americana, o *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, o *E-sign* de 1999, foram adotados os princípios da neutralidade tecnológica, o que permite que haja auto-regulamentação da matéria ao invés de determinação de regras pelo Estado; da não-discriminação entre os provedores da tecnologia para o registro eletrônico e a assinatura eletrônica; o da liberdade de estipulação acerca da técnica, requisitos e mecanismos de autenticação para o emprego de assinatura eletrônica e seus certificados pelas partes do contrato (LORENZETTI, 2004, p. 114).

Desse modo, dada a autonomia dos estados federados, cada estado naquele país possui autonomia para editar suas próprias leis acerca da matéria (MENKE, 2005, p. 71), o que acabou por engendrar um sistema de certificação de modelagem cruzada, baseado na confiança mútua entre as autoridades licenciadoras e certificadoras dos mais diversos.

Carlos Alberto Rohrmann (2005, p. 68) confere destaque à legislação alemã (alínea 1 do §2º do art. 3º da Lei de Assinatura Digital de 1º de agosto de 1997), na qual assinatura digital é conceituada como sendo um selo afixado aos dados digitais, que emprega, necessariamente, a técnica da criptografia de chaves assimétricas vinculada a um certificado digital.

De fato, é importante a contribuição alemã, pois a Alemanha foi, na Europa, o primeiro país a editar uma lei específica sobre o tema, a *Signaturgesetz*, de 1º de agosto de 1999. Entretanto, a referida lei não regulamentou os efeitos jurídicos da assinatura digital. No início, os serviços de certificação dependiam de prévia autorização do poder público. Posteriormente, com a Diretiva Européia 1999/93, restou estabelecido que a atividade de certificação não mais imprescindiria de autorização do poder público. Apesar dessa liberdade na prestação desses serviços, em 2001, a normativa nacional manteve e conferiu ainda maior importância aos serviços credenciados, uma vez que no topo da cadeia de certificação, impõe-se uma entidade de direito público, que inclusive emite certificados digitais para as

autoridades certificadoras credenciadas (MENKE, 2005, p. 71-73). Isso deflagra o modelo alemão como hierárquico, à semelhança do que acontece no Brasil.

As condições estruturais mínimas para as assinaturas eletrônicas foram estabelecidas em 1999 pela Diretiva 1999/93, da União Européia. Estabelece que a assinatura eletrônica associada a documento eletrônico tem o mesmo valor probatório do documento de papel assinado manualmente (LORENZETTI, 2004, p. 118).

A Diretiva prevê a assinatura eletrônica avançada, aquela que apresenta requisitos de segurança, a saber, a possibilidade de associação do conteúdo e de identificação inequívoca do signatário; a garantia de que o signatário possui a chave do mecanismo sob seu exclusivo controle; além da preservação da integridade dos dados. A validade jurídica é consistente somente quando a assinatura qualificada associa-se a um certificado qualificado, que assim se configura quando é emitido por uma autoridade que atende aos requisitos previstos pela própria Diretiva (MENKE, 2005, p. 85-87). É o que conclui Fabiano Menke (2005, p. 87): “Do exame desses dispositivos deflui a conclusão de que apenas será *ex ante* equiparada à assinatura manuscrita a assinatura eletrônica avançada baseada em certificado qualificado, ou seja, o que no fim e ao cabo utiliza a técnica da criptografia assimétrica.”

A UNCITRAL, no final do ano de 1997, chegou a definir assinaturas digitais como as que empregam a criptografia assimétrica, afastando-se, assim, de sua anterior e preconizada neutralidade tecnológica (ROHRMANN, 2005, p. 71).

É de reconhecida importância a Lei Modelo da UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*, que teve a apreciação da Assembleia Geral das Nações Unidas em 12 de dezembro de 2001 (MENKE, 2005, p. 89).

A Lei Modelo da UNCITRAL possui como objetivos o fomento da harmonização e unificação progressivas do Direito Mercantil, sem prescindir da segurança jurídica, para reconhecer a validade jurídica dos documentos eletrônicos. Foi reservado espaço aos regimes jurídicos particulares, de modo que os países que se utilizam da Lei Modelo para a elaboração de suas normativas podem decidir quais requisitos mínimos estabelecer, para que haja o reconhecimento jurídico de uma determinada assinatura, certificado ou documento eletrônico (LORENZETTI, 2004, p. 113).

Para a adoção dessa Lei por algum país determinado, apesar de a ONU sugerir, é dispensável a notificação da referida organização, pois a incorporação de uma lei modelo é bem mais flexível do que a de uma convenção. Fabiano Menke explica essa diferença, partindo da lei modelo, na qual:

[...] dispositivos poderão ser alterados, ou deixados de lado, enquanto que nas convenções a possibilidade de alteração do texto original deliberado pelas nações é muito mais restrita, limitada às reservas, sendo que as convenções sobre direito comercial, geralmente, ou as proibem integralmente ou admitem muito poucas e específicas. (MENKE, 2005, p. 89).

A Lei Modelo da UNCITRAL estabelece relação de equivalência funcional entre a assinatura manuscrita e digital, além de alguns requisitos genéricos, para a aceitabilidade jurídica da declaração documentada e assinada digitalmente. De acordo com o art. 7º da Lei em alusão, nas hipóteses em que a lei exigir assinatura manuscrita, essa exigência será considerada satisfeita numa mensagem de dados quando: a) for utilizado método capaz de identificar a pessoa que ratifica a informação, bem como a confirmação dessa aprovação; b) for confiável o método utilizado para os fins que geraram a mensagem de dados (LORENZETTI, 2004, p. 113).

Para que as assinaturas sejam consideradas confiáveis, o art. 6º da Lei Modelo da UNCITRAL firma requisitos, a saber: que os dados de criação de assinatura estejam associados apenas a uma pessoa; que esses dados estejam sob seu exclusivo controle; que qualquer alteração posterior à assinatura seja detectável (MENKE, 2005, p. 93).

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 62/2003 (PORTUGAL, 2003), de 3 de abril de 2003, tratou de compatibilizar o regime jurídico da assinatura digital estabelecido no antes vigente Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, com a Diretiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrônicas.

Nesse país, a validade jurídica dos documentos eletrônicos varia conforme a técnica utilizada para assiná-los. Daí, a necessidade de compreensão de alguns conceitos relevantes firmados pelo Decreto (PORTUGAL, 2003), conforme abaixo.

Assinatura eletrônica é conceituada como sendo o resultado de um processamento eletrônico de dados susceptível de constituir objeto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento eletrônico.

Assinatura eletrônica avançada, no Direito português, é a assinatura eletrônica que identifica de forma unívoca o titular como autor do documento; que a sua aposição ao documento depende apenas da vontade do titular; que é criada com meios que o titular pode manter sob seu controle exclusivo; e que a sua conexão com o documento permite detectar toda e qualquer alteração superveniente do conteúdo deste.

A assinatura digital, por sua vez, é tida como a modalidade de assinatura eletrônica avançada baseada em sistema criptográfico assimétrico composto de um algoritmo ou série de

algoritmos, mediante o qual é gerado um par de chaves assimétricas exclusivas e interdependentes, uma privada e outra pública, e que permite ao titular usar a chave privada para declarar a autoria do documento eletrônico ao qual a assinatura é aposta em concordância com o seu conteúdo; bem como também permite ao destinatário usar a chave pública correspondente para verificar se a assinatura foi criada mediante o uso da chave privada relacionada; além de assegurar a constatação de eventual alteração do documento após a aposição da assinatura.

Assinatura eletrônica qualificada é a assinatura digital ou outra modalidade de assinatura eletrônica avançada que satisfaça exigências de segurança idênticas às da assinatura digital, baseadas num certificado qualificado e criadas através de um dispositivo seguro de criação de assinatura.

O certificado, em Portugal, pode ser emitido por entidades certificadoras que emitam certificados qualificados. Para tanto, essas autoridades estão sujeitas a registro prévio junto à autoridade credenciadora, nos termos fixados por portaria do Ministro da Justiça desse país.

Assim, a validade jurídica do documento eletrônico assinado eletronicamente é regulamentada pelo art. 4º do mesmo Decreto (PORTUGAL, 2003), e somente acontece, com as devidas ressalvas legais do ordenamento jurídico português, quando a assinatura eletrônica é qualificada e certificada por uma entidade certificadora devidamente credenciada, ocasião em que a força probatória é a de documento particular assinado.

Insta salientar que o Decreto português (PORTUGAL, 2003), a exemplo da Medida Provisória 2.200-2 (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001), resguarda a autonomia privada das partes, na medida em que a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrônicos faz-se possível e válido juridicamente, desde que tal meio seja previamente convencionado.

A Espanha editou a Lei n.º 59/2003 (ESPAÑA, 2003), para reger as assinaturas digitais no país. Sua eficácia e a prestação dos serviços de certificação. A definição legal de assinatura eletrônica e assinatura eletrônica avançada assemelham-se às anteriormente expostas. A assinatura eletrônica é compreendida como o conjunto de dados na forma eletrônica, conjugados a outros a ele associados, que podem ser utilizados para a identificação do signatário. A assinatura eletrônica avançada, a seu tempo, é a assinatura eletrônica que permite identificar o signatário e detectar qualquer mudança posterior dos dados assinados e a ele vinculados, sendo que esse tipo de assinatura deve ser gerada por meios que o signatário possa manter sob seu exclusivo controle.

A lei espanhola (ESPANHA, 2003) acrescenta a noção de assinatura eletrônica reconhecida, como sendo aquela assinatura eletrônica avançada que se baseia em um certificado reconhecido e que é gerada mediante um dispositivo seguro em sua formação. É conferido valor probatório ao documento assinado com assinatura eletrônica reconhecida.

Outro aspecto peculiar da legislação espanhola (ESPANHA, 2003) é o fato de os serviços de credenciamento não estarem sujeitos à autorização prévia, realizando-se em regime de livre concorrência. Obviamente, alguns requisitos técnicos e de segurança devem ser preenchidos. Contudo, a intervenção do Estado na manutenção e qualidade dos serviços dessas entidades credenciadas à emissão de certificados digitais é menor que nos modelos hierárquicos puros.

Na Argentina, tem vigência a Lei n.º 25.506 (ARGENTINA, 2001), de 14 de novembro de 2001, promulgada um mês depois (LORENZETTI, 2004, p. 108). De acordo com o art. 1º, o intuito da referida lei é o emprego da assinatura eletrônica, da assinatura digital e sua eficácia jurídica (inclusive do documento eletrônico). Essa mesma lei reconhece a validade de certificados digitais emitidos por autoridades certificadoras estrangeiras, desde que atendidos alguns requisitos, tudo para viabilizar as transações internacionais (LORENZETTI, 2004, p. 112).

Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 123) destaca os elementos de qualificação da assinatura digital no ordenamento jurídico da Argentina, quais sejam, a existência de um documento digital; a aplicação, sobre esse último, de um procedimento matemático que demanda conhecimento e controle exclusivos do signatário; a verificação da autenticidade e integridade deve ser necessária e ainda, o procedimento de verificação deve ser determinado pela Autoridade de Aplicação.

Nos termos da Lei n.º 25.506 (ARGENTINA, 2001), que trata do emprego da assinatura eletrônica e assinatura digital e sua eficácia jurídica, assinatura digital é conceituada como o resultado da aplicação, em um documento digital, de um procedimento matemático que exige informação digital de exclusivo conhecimento do signatário, encontrando-se esta sob seu mais absoluto e exclusivo controle. Ademais, a lei dispõe que a assinatura digital deve ser passível de verificação por parte de terceiros, de modo a possibilitar a constatação da autenticidade e integridade do documento.

A lei em alusão (ARGENTINA, 2001) faz menção a uma Autoridade de Aplicação, que é responsável pelo estabelecimento de padrões tecnológicos internacionais para o processamento de verificação necessário à eficácia jurídica da assinatura. Assim, se

empregada a assinatura digital devidamente certificada conforme regras da Autoridade de Aplicação, abre-se espaço para presunções de autoria e integridade.

O art. 9º da lei de assinatura digital (ARGENTINA, 2001) prevê que, para que haja validade, a assinatura digital deve ser criada no prazo de vigência do certificado digital válido; deve poder ser verificada, conforme dados constantes no certificado; além de que o certificado deve ser emitido nos moldes legalmente estatuídos.

Os certificados digitais, por sua vez, para serem válidos devem, necessariamente, serem emitidos por um certificador licenciado pelo ente licenciador, que certamente atenderá requisitos internacionais fixados pela Autoridade de Aplicação da Argentina. As licenças são intransferíveis e são conferidas pelo poder público, no caso, a Autoridade Licenciadora, submetendo-se, o licenciado, à supervisão.

Na sistemática da Argentina, o reconhecimento da validade de certificados digitais emitidos por autoridades estrangeiras depende do cumprimento das exigências da legislação, além da vigência de um tratado de reciprocidade.

A infra-estrutura de assinaturas digitais da Argentina integra os certificados digitais que devem ser emitidos ou reconhecidos pelos entes licenciados conforme a lei, além de Autoridade de Aplicação, que realiza as auditorias necessárias à verificação do cumprimento das obrigações legais e da estrutura técnica das autoridades certificadoras.

No Chile, a regulamentação da assinatura eletrônica, certificados digitais e validade jurídica dos documentos assinados digitalmente ficaram a cargo da *Ley sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma*, de n.º19.799 (CHILE, 2002), publicada no Diário Oficial em 12 de abril de 2002.

Assim como em Portugal, no Chile há a diferenciação entre assinatura eletrônica, assinatura eletrônica avançada, sendo que esta última é definida como a que é certificada por um prestador credenciado, e gerada por meios que o titular mantém em seu controle exclusivo, de modo que se vincule, unicamente, aos dados a que se refere, além de permitir a constatação de eventual e posterior modificação, impedindo, assim, que o titular repudie a autoria ou a integridade da declaração firmada.

O art. 3ª da lei em comento (CHILE, 2002) dispõe que os atos e contratos praticados ou celebrados por pessoas naturais ou jurídicas, que se valham da assinatura eletrônica são válidos da mesma maneira e produzem os mesmos efeitos dos que são contidos em suporte de papel.

A novidade do Chile é que os documentos eletrônicos, que tenham a qualidade de instrumento público, devem formar-se por meio da assinatura eletrônica avançada. Logo,

mesmo a assinatura eletrônica simples pode conferir validade jurídica declaração firmada por instrumento particular. Contudo, para gerarem presunção de veracidade, mesmo os instrumentos particulares deverão ser gerados por assinatura eletrônica avançada.

A sistemática legislativa nacional parece, assim, não se distanciar sobremaneira das tendências do Direito Comparado, em privilegiar a assinatura de chaves públicas associada aos certificados digitais emitidos por autoridades devidamente constituídas ou, pelo menos, fiscalizadas pelo Estado.

6. CONCLUSÃO

A presente dissertação partiu de alguns problemas, quais sejam, o da despersonalização das relações jurídicas contratuais ocorridas em meio eletrônico, bem como, da desmaterialização de seu ambiente. E para enfrentá-lo, propôs-se a excursar em fases importantes, que denotaram a sistemática dos contratos na atualidade.

Vale, antes, lembrar os limites metodológicos de enfrentamento do tema: a proposta inicial era de resgatar, da Tecnologia para o Direito, a legitimidade para regulamentar, no plano jurídico, os entraves evolutivos evidenciados pelo paradigma tecnológico, o que impescindia de uma hermenêutica de superação das aparentes contradições entre os princípios havidos no contexto do Direito dos Contratos, de modo que pudesse possibilitar a pronta aplicabilidade aos contratos eletrônicos. Assim, haveria suporte teórico suficiente para, sob prisma da assinatura e certificação digitais, verificar como o Direito percebe, no rol dos pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade, as novidades das citadas ferramentas tecnológicas aos problemas da despersonalização e desmaterialização das relações contratuais em meio eletrônico.

Desse modo, não foi pretendido o esgotamento da teoria geral do contrato eletrônico, principalmente porque os problemas ensejadores da pesquisa não foram a transcendência de limites territoriais ou as questões de tempestividade do contrato. Proposta, aceitação, lugar e momento de formação do contrato eletrônico, relação de consumo em meio eletrônico e efeitos dessas relações mantiveram-se alheios, por não se relacionarem diretamente com o ponto que serviu à realização do recorte temático: as implicações da assinatura e certificação digitais no Brasil. Assim, do mesmo modo, o trabalho afastou-se de aspectos de Direito Internacional Privado.

Inicialmente, cumpria sustentar a legitimidade da tarefa científico-discursiva, que foi assumida na dissertação, da busca por contornos das bases principiológicas do Direito dos Contratos, uma vez que as mesmas certamente promoveriam uma revisitação dos sujeitos contratuais, do papel por eles desenvolvidos, inclusive em relação à sociedade, além de evidenciar outros paradigmas e normativas certamente incidentes sobre o contrato eletrônico.

De fato, há desafios trazidos pelo paradigma tecnológico ao Direito, especialmente no que respeita à despersonalização de suas relações e desmaterialização do meio de suas ocorrências. A Tecnologia prossegue seu desenvolvimento, para apresentar ao Direito

importantes ferramentas para a busca por solução de seus problemas, a assinatura e certificação digitais. Contudo, ao Direito cabe percebê-las e inseri-las em seu regime, para poder continuar desenvolvendo sua função primordial, que é a de estabilizar expectativas.

Isso porque o Direito, entendido na perspectiva da Teoria dos Sistemas, é sistema social que, necessariamente, deve diferenciar-se de seu ambiente, sob pena de desdiferenciar-se e, assim, desconstituir-se. Logo, deve ser fechado no plano de suas operações, mas aberto cognitivamente ao ambiente social. Significa dizer que o Direito deve perceber as ferramentas tecnológicas não como simples soluções ontológicas do problema, mas sim, procedendo à integração de suas implicações aos seus regimes jurídicos específicos. É desse modo que se justifica a empreitada assumida, na medida em que ao sistema do Direito, sistema social autônomo, cabe decidir o que é justo ou não, sem delegar sua função essencial à Tecnologia.

As questões trazidas pelo contrato na atualidade, e neste estudo, especialmente, pelo contrato eletrônico, podem ser resolvidas em grande parte por meio da aplicação dos princípios identificados no Direito dos Contratos. Contudo, alguns deles aparentam antagônicos entre si, razão pela qual, também, tornou-se necessária a apreciação do meio interpretativo de superação dessas aparentes contradições.

Para realizar a percepção jurídica dos instrumentos tecnológicos existentes para a promoção da segurança no contrato eletrônico, foram considerados os princípios havidos no Direito dos Contratos, na atualidade. E para dar andamento à proposta, somente no que respeita aos princípios, houve de ser posta de lado a Teoria dos Sistemas, haja vista que Ronald Dworkin, em sua teoria do Direito como integridade, oferece uma melhor alternativa às aparentes contradições entre os princípios jurídicos no Direito Privado.

Por meio da idéia de integridade política, Dworkin supõe a personificação da comunidade, que forma uma entidade que não se confunde com as pessoas ou cidadãos que a compõem. A comunidade, como um agente moral, é capaz de engendrar princípios próprios, passíveis de serem observados ou desconsiderados por essa comunidade, tida como eminentemente principiológica aberta e plural. E o Estado Democrático de Direito é representativo de um marco na consciência da comunidade política personificada no que respeita ao engendrar de seus próprios princípios.

Para o Direito dos Contratos, o contratante liga-se ao transpasse da noção de indivíduo à pessoa, de modo a evidenciar o princípio da dignidade da pessoa humana. O fenômeno volitivo essencial faz o caminho da autonomia da vontade à autonomia privada. A importância da confiança e da aparência do negócio numa sociedade plural, desterritorializada e amplamente dinâmica leva à idéia de contrato relacional, que consagra o

princípio da boa-fé objetiva nos contratos. O próprio Estado Democrático de Direito, que deixa de considerar exclusivamente a igualdade formal, para posicionar-se em busca da igualdade substancial, promove a firmação do princípio da justiça contratual. Por fim, como importante novidade principiológica, o abandono do modelo do liberalismo clássico e a adoção do dirigismo contratual determinante do objeto jurídico-funcional do contrato dá relevo e faz positivar o princípio da promoção da função social do contrato.

Definidos princípios no Direito dos Contratos, concluiu-se, com Dworkin, que o Direito é o objeto da atitude interpretativa, sendo o autor do Direito é a própria comunidade personificada. Ainda que os princípios aparentem contraditórios no plano da adequação, na verdade são concorrentes, de modo que, mediante justificação, somente um deles servirá ao deslinde do caso concreto. Logo, a distinção entre contradição e competição (conflito ou concorrência) de princípios, aliado aos planos de adequação e justificação de princípios para o alcance da resposta certa, parece harmonizar a existência dos princípios listados, legitimando-os, inclusive, a incidir, em plenitude, no campo do contrato eletrônico.

De fato, as bases principiológicas apresentam-se harmônicas, o que permite a identificação de boa parte do regime jurídico aplicável aos contratos eletrônicos. Ocorre que, ao tentar abordar o contrato no aspecto de sua formação, restou identificada a inexistência de consenso doutrinário acerca do entendimento dos pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade, o que conduziu o estudo ao tracejamento da arquitetura doutrinária sobre o tema, assim como à adoção de uma opção metodológica, como maneira de estabelecer a padronização de um critério que autorizasse o tratamento das questões finais do trabalho: as peculiaridades do contrato eletrônico, no que tange a seus pressupostos, elementos e requisitos de existência e validade que se impuseram pela técnica da assinatura e certificação digitais, além das interações principiológicas que determinaram o regime jurídico dessa tecnologia de extrema relevância para o Direito do contrato eletrônico.

Foi verificado que os pressupostos dos contratos são-lhes anteriores e extrínsecos, e que os elementos são intrínsecos, integrantes e decorrentes ou diretamente vinculados à sua formação. As características ou qualidades dos elementos ou pressupostos contratuais, exigidas pelo Direito para a validade do contrato, são os chamados requisitos de validade.

Dessa forma, o trabalho pôde classificar o sujeito e a capacidade de direito como pressupostos de existência; a pluralidade de partes, declaração de vontade para formação do consentimento, o próprio consentimento, o objeto, a forma e a causa intersubjetiva como elementos essenciais genéricos de existência; e a capacidade de fato, legitimidade, idoneidade

do objeto, prescrição e proibição de forma, idoneidade da causa intersubjetiva, idoneidade do consentimento, como requisitos de validade.

A constatação e delineamento de um paradigma tecnológico fizeram evidentes problemas ainda não claramente resolvidos pela doutrina nacional. São eles o da determinabilidade do sujeito no contrato eletrônico, a integridade da declaração de vontade emitida com a finalidade de formação do consenso, a garantia da não-rejeição da declaração de vontade por seu emitente, bem como a aceitabilidade, do contrato eletrônico e de sua documentação, pela comunidade jurídica. A esses, somam-se outros pontos de importante discussão, como a necessidade de assegurar a existência do contrato eletrônico, haja vista que o mesmo, assim como qualquer outro contrato, além de ser dotado de função social deve, ainda, desempenhá-la a contento.

Tomado como ponto de partida a assinatura e certificação digitais no Brasil, foi buscada a verificação de como o Direito dos Contratos percebe as implicações dessa ferramenta, mormente, no que concerne ao contrato eletrônico.

Uma importante conclusão que o trabalho obteve foi, certamente, a constatação da relevância da assinatura e certificação digitais para o contrato eletrônico, bem como seu funcionamento na promoção da segurança das relações jurídicas dessa estirpe. Principalmente, restou evidente a capacidade do sistema social do Direito em responder aos anseios sociais por segurança e confiança, na medida em que foi viável explicitar um caminho jurídico aos problemas listados acima.

O Direito dos Contratos não regulamentou, em seu bojo, os modelos tratados. Entretanto, seu arcabouço teórico principiológico, bem como aquele doutrinário no que respeita aos pressupostos e elementos essenciais genéricos de existência e requisitos de validade, possibilitaram a percepção de novos requisitos de validade, específicos do contrato eletrônico, que são aptos a fazerem frente aos entraves ou paradoxos evolutivos, tanto da Tecnologia quanto do meio eletrônico de contratação. Toda a parte exposta da teoria dos Direitos dos Contratos, certamente, aplica-se ao contrato eletrônico.

A assinatura e certificação digitais, que se baseiam, no Brasil, na técnica da criptografia assimétrica, conjugadas a um modelo hierárquico, oferece soluções aos problemas da determinabilidade do sujeito, a integridade da declaração de vontade e a garantia do não-repúdio das próprias declarações.

Logo, foram racionalmente emergidos, para o contrato eletrônico, os novos requisitos de validade da determinabilidade do sujeito contratante, no caso, da parte contratual, além da integridade da declaração de vontade e de seu não-repúdio por parte de seu autor.

Ademais, as interações principiológicas obtidas com essa leitura realizada, pelo Direito dos Contratos, dos novos modelos e padrões tecnológicos de contratação, fizeram constatar que, especialmente, os princípios da boa-fé objetiva e da promoção da função social dos contratos são determinantes no direcionamento da intervenção do Estado na sistemática, que compõe o objeto dissertativo, de modo a visar à garantia da aceitabilidade do contrato eletrônico e de sua documentação pela comunidade jurídica.

Lado outro, e ainda em razão dessa base principiológica, atualmente, no Brasil, ao invés da exigência de uma única e exclusiva tecnologia para os contratos eletrônicos, a noção de equivalência funcional tem sido defendida por boa parte da doutrina nacional.

À guisa de conclusão, insta ressaltar que, ainda no que respeita à assinatura e certificação digitais, que se firmou o modelo hierárquico de certificação digital no Brasil, assim como é buscado o mínimo de interoperabilidade entre sistemas e equipamentos, tudo no sentido de propiciar um meio seguro à satisfação das legítimas expectativas dos contratantes e, sobretudo, a própria conclusão eficiente do contrato eletrônico.

Não houve, tampouco foi pretendido, o esgotamento da temática. Mesmo porque, ao final do trabalho, muitas outras questões, alheias ao intuito inicial, surgiram e permanecem sem resposta. A exemplo, chama a atenção a dificuldade de, no meio eletrônico de contratação, assegurar a idoneidade do consentimento, ou melhor, que se consiga evitar a fabricação do consentimento. Contudo, o final do estudo alcança-se com muita satisfação, em razão da sistematização das polêmicas centrais do contrato eletrônico (identificáveis, a partir da assinatura e certificação digitais no Brasil), que conduziu à constatação da existência de base principiológica suficiente para a procedência do regime jurídico do contrato eletrônico, bem como ao estabelecimento de novas perguntas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 6.ed., rev. e aum. de acordo com o novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 71-77.

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

ARGENTINA. LEY n° 25.506, de 14 nov. 2001. Promulgada em 11 de dez. 2001. **Ley de firma digital.** Disponível em <http://www.safjp.gov.ar/digesto_2/index/normas/LEY%2024241/Ley25506.htm >. Acesso em: 15 jan. 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos.** São Paulo: Método, 2005, v.4, p. 33-54.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos.** São Paulo: Atlas, 2002.

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

BARRETO, Ana Carolina Horta. Assinaturas eletrônicas e certificação. In: ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira; BARRETO, Ana Carolina Horta *et al.* **O Direito e a internet.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 1-65.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos:** paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BASTOS, Ricardo da Silva. Fundamento filosófico da função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Novo código civil:** interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 177-198.

BESSONE, Darcy. **Do contrato:** teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003a, v.1.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003b, v.2.

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Campinas: RED Livros, 1999.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BORGES, Janice Silveira. Princípio da liberdade. In: FIUZA, César (Coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB, 2007, p. 81-107.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2007.
- BRASIL. Decreto n.º4.036, de 28 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/2001/D4036.htm>>. Acesso em: 06 jan. 2008.
- BRASIL. Decreto n.º4.566, de 01 jan. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/2003/D4566.htm#art3>>. Acesso em: 06 jan. 2008.
- BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. Disponível em: <<http://www.iti.br/twiki/bin/view/Main/WebHome>>. Acesso em: 20 jan. 2008.
- BRASIL. Lei n.º3.071, de 01 jan. 1916. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2007.
- BRASIL. Lei n.º9.609, de 19 fev. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2008.
- BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dez. 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 20 dez. 2006, p. 2. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em: 18 jan. 2007.
- BRASIL. Lei nº 11.280, de 16 de fev. 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 17 fev. 2006, p. 2. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. 2007.
- BRASIL. Lei nº10.406, de 10 jan. 2002. **Código civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2007.
- BRASIL. Lei nº5.869, de 11 jan. 1973. **Código de processo civil**. Disponível: em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2007.
- BRASIL. Lei nº8.078, de 11 set. 1990. **Código de proteção e defesa do consumidor**. Disponível: em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>. Acesso em: 06 de fev. 2008.
- BRASIL. Ministério das Comunicações. Inclusão digital Brasil: o que é a internet? Disponível em: <http://www.idbrasil.gov.br/menu_auxiliar/09-o_que_e_internet>. Acesso em: 30 dez. de 2007.

BRASIL. MPV n° 2.200-2/2001 (MEDIDA PROVISÓRIA), de 24 ago. 2001. Diário Oficial da União. Brasília, 27 ago. 2001, p. 65. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jan. de 2007.

BRASIL. Resolução n.º07 do Comitê Gestor da ICP-Brasil, de 12 dez. 2001. Disponível em: <http://www.icpbrasil.gov.br/RES_ICP7.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2008.

BR-LINUX. Artigos br-linux. Disponível em: <<http://br-linux.org/tutoriais/002209.html>>. Acesso em: 31 out. 2006.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28.

CARRILLO, Mariliana Rico. **Comercio eletrônico, internet y derecho**. Caracas: Legis, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHILE. Ley n.º19.799, de 12 abr. 2002. **Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma**. Disponível em: <<http://www.cedi.uchile.cl/docs/Ley19799.pdf>>. Acesso: em 15 jan. 2008.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. 1.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DE GIORGI, Rafaella. Estado de Direito no fim do século. Tradução de Juliana N. Magalhães. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, 2(4) jul/dez. 1995, p. 41-44.

DIAS, Jean Carlos. **Direito contratual no ambiente virtual**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Aplicabilidade do mandado de injunção como garantia constitucional própria e eficaz para a solução, no caso concreto, da inviabilidade do exercício do direito social ao lazer causado pela inexistência de norma regulamentadora**. 2007. 63f. Monografia (conclusão do curso) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPAÑA. Lei n.º 59 de 19 dez. 2003. **Ley de firma electrónica**. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/159-2003.t1.html>. Acesso em: 15 jan. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23-59.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 8. ed. rev., atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In: GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 159-168.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2002.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. A segurança dos documentos digitais. **Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária [Porto Alegre:1953]**, Porto Alegre, RS, v.50, n.295, p.59-71, maio 2002.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. O princípio da dignidade da pessoa humana e a leitura do novo Código Civil em relação à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Novo código civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 257-271.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v.1.

GREGORES, Valéria Elias de Melo. **Compra e venda eletrônica e suas implicações**. São Paulo: Método, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito civil brasileiro: de Clóvis Bevilácqua a Miguel Reale: a visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. **Mundo Jurídico**. Pub. 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=416>. Acesso em: 19 jul. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 93-114.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, CD-rom versão 1.0, para Windows.

KAMINSKI, Omar; VOLPI, Marlon Marcelo. A evolução da certificação digital no Brasil. In: ROVER, José Aires(Coord.). **Direito e informática**. Barueri (São Paulo): Manole, 2004, p. 247-265.

LIMA, Taisa Maria Macena de. A nova contratualidade na reconstrução do direito privado nacional. **Virtuajus**. Belo Horizonte, ano 3, n.1, jul. 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2007.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Os planos do mundo jurídico e a teoria das nulidades. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: Puc Minas, v.2, n. 3 e 4, p.236-244, 1º e 2º sem. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.197-217.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. Anot. Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil: teoria geral e contratos em espécie**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2004.

LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & internet: Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 21-100.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. Traducción de Christian Courtis. In: **No hay derecho**, no 11, Buenos Aires, agosto-outubro 1994, p. 29-33.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México, D.F.: Universidad Iberoamericana, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5769>>. Acesso em: 21 jul. 2006.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia. In: Leonel Severo Rocha (Org.). **Paradoxos da auto-observação**. Curitiba: JM Editora, 1996.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática: Uma abordagem jurídica sobre criptografia.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARCELINO, Rosana Guida Krastins. Os princípios do direito privado e a liberdade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. **Função do direito privado no atual momento histórico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p. 51-69.

MARQUES, Cláudia 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.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 19 jul. 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Carolina de Aguiar Teixeira. Como surgiu a internet. **Brasil Escola: curiosidades.** Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/curiosidades/como-surgiu-a-internet.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2007.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação de cobrança - mensalidade escolar – contrato de prestação de serviços - documento eletrônico - possibilidade - encargos - legalidade. Ap. 1.0024.06.986334-8/001. Rel. Des. Lucas Pereira. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=986334&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=ELETRÔNICO%20-%20POSSIBILIDADE%20-%20ENGARGOS%20-%20LEGALIDADE&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>> Publicado em 10/08/2007. Acesso em: 15 jan. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação de cobrança- mensalidade escolar – contrato de prestação de serviços- documento eletrônico - possibilidade - encargos - legalidade. Ap. 1.0024.04.388774-4/001. Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&txt_processo=388774&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=APELAÇÃO%20CÍVEL.%20AÇÃO%20DE%20COBRANÇA.%20MENSALIDADES%20ESCOLARES.%20DOCUMENTOS%20ELETRÔNICOS.%20FORÇA%20PROBANTE&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Publicado em 08/12/2005. Acesso em: 15 dez. 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação ordinária - documento eletrônico - presunção de veracidade – assinatura digital - fé cessada pela negação da autenticidade - restabelecimento - ônus da parte que produziu o documento. Ag. 1.0702.07.357008-8/001. Rel. Des. Elpídio Donizetti. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=7&txt_processo=528703&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=VERACIDADE%20-%20ASSINATURA%20DIGITAL%20-%20FÉ%20CESSADA%20&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Publicado em 19/10/2007. Acesso em: 15 jan. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento - execução - bacen jud - penhora "on-line" de contas bancárias - impossibilidade. Ag. 1.0569.06.008215-7/001. Rel. Des. Adilson Lamounier. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=569&ano=6&txt_processo=8215&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=11.419/2006,%20da%20Lei%2011.280/2006%20-%20que%20adiciona%20o%20parágrafo%20único%20ao%20art.%20154/CPC%20&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Publicado em 01/11/2007. Acesso em: 28 dez. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. São Paulo: Renovar, 2003.

MULHOLLAND, Caitlin. **Internet e contratação**: panorama jurídico das relações contratuais eletrônicas de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira . Notas sobre a função do contrato na história. **Lex**. Revista Eletrônica, v. 3, p. 10, 2006. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/241106a.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2007.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e situação jurídica no Direito Privado. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 1-21.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. da universidade/UFRGS: Goethe-Institut/ICBA, 1997.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. O direito à vida – seu caráter paradoxal e a proposta da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: FIUZA, César (Coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB, 2007, p. 43-64.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** - Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19 jun. 2006.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Documento eletrônico: aplicação e interpretação pelo Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2007.

PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre a interpretação jurídica e interpretação literária. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 8, n.15, p.119-139, 1º sem. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro. In DIAS, Adahyl Lourenço e outros. **Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 127-154.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.1.

PINTO, Paulo Mota. Direito de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro. **Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária [Porto Alegre:1953]**, Porto Alegre, RS, v.51, n.314, p.7-34, dez. 2003.

PORTUGAL. Decreto-lei n.º62/2003, de 03 abr. 2003. Diário da República I. Série A. n.º 79. de 3 abr. 2003, p. 2170. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1sdip/2003/04/079A00/21702185.PDF>>. Acesso em: 15 jan. 2003.

QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares. Assinatura digital e o tabelião virtual. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & internet** - Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 371-418.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REINALDO FILHO, Demócrito. A ICP-Brasil e os poderes regulatórios do ITI do CG. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v.10, n.218, p.60-65, fev.2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Curso avançado de direito civil: contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.3.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido.** Del Rey, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. O microsistema do biodireito. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil: atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 185-195.

SANTOS, Ana Cristina Batista. Contratos eletrônicos: a validade jurídica da manifestação de vontade na formação. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v.10, n.232, p.52-56, set. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Prestação de serviços - telefonia - contrato prevendo a cessão de aparelhos celulares em comodato - rescisão que depende, para a efetividade, de devolução ou, diante de eventual recusa, depósito dos bens - mensagem eletrônica que, despida de certificação digital, não constitui meio idôneo para por termo ao contrato - recurso parcialmente provido para afastar a extinção, julga-se a ação improcedente. Ap. 925004500. Rel. Des. Artur Marques. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/consulta/Jurisprudencia.aspx>>. Publicado em 03/05/2007. Acesso em: 28 dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista do IAB.** Ano 34. Nº 93. 3º trimestre de 2000. Disponível em: <<http://mx.geocities.com/profpito/estado.html>>. Acesso em: 08 nov. 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de defesa do consumidor ao Código Civil de 2002.** 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo(Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.2.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: **Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 251-266.

WAINSTEIN, Bernardo Julius Alves. **A nova principiologia do direito contratual: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual e função social do contrato**. 2003. 176f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte.

WIKIPÉDIA, 2007. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Internet>>. Acesso em: 30 dez. 2007.

ANEXO – Medida Provisória n.º2.200-2, de 24 de agosto de 2001

Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Art. 2º A ICP-Brasil, cuja organização será definida em regulamento, será composta por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades certificadoras composta pela Autoridade Certificadora Raiz - AC Raiz, pelas Autoridades Certificadoras - AC e pelas Autoridades de Registro - AR.

Art. 3º A função de autoridade gestora de políticas será exercida pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, vinculado à Casa Civil da Presidência da República e composto por cinco representantes da sociedade civil, integrantes de setores interessados, designados pelo Presidente da República, e um representante de cada um dos seguintes órgãos, indicados por seus titulares:

I - Ministério da Justiça;

II - Ministério da Fazenda;

III - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

IV - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

V - Ministério da Ciência e Tecnologia;

VI - Casa Civil da Presidência da República; e

VII - Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

§ 1º A coordenação do Comitê Gestor da ICP-Brasil será exercida pelo representante da Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Os representantes da sociedade civil serão designados para períodos de dois anos, permitida a recondução.

§ 3º A participação no Comitê Gestor da ICP-Brasil é de relevante interesse público e não será remunerada.

§ 4º O Comitê Gestor da ICP-Brasil terá uma Secretaria-Executiva, na forma do regulamento.

Art. 4º Compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil:

I - adotar as medidas necessárias e coordenar a implantação e o funcionamento da ICP-Brasil;

II - estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das AC, das AR e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação;

III - estabelecer a política de certificação e as regras operacionais da AC Raiz;

IV - homologar, auditar e fiscalizar a AC Raiz e os seus prestadores de serviço;

V - estabelecer diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das AC e das AR e definir níveis da cadeia de certificação;

VI - aprovar políticas de certificados, práticas de certificação e regras operacionais, credenciar e autorizar o funcionamento das AC e das AR, bem como autorizar a AC Raiz a emitir o correspondente certificado;

VII - identificar e avaliar as políticas de ICP externas, negociar e aprovar acordos de certificação bilateral, de certificação cruzada, regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional, certificar, quando for o caso, sua compatibilidade com a ICP-Brasil, observado o disposto em tratados, acordos ou atos internacionais; e

VIII - atualizar, ajustar e revisar os procedimentos e as práticas estabelecidas para a ICP-Brasil, garantir sua compatibilidade e promover a atualização tecnológica do sistema e a sua conformidade com as políticas de segurança.

Parágrafo único. O Comitê Gestor poderá delegar atribuições à AC Raiz.

Art. 5º À AC Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das Políticas de Certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC e das AR e dos prestadores de serviço habilitados na ICP, em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, e exercer outras atribuições que lhe forem cometidas pela autoridade gestora de políticas.

Parágrafo único. É vedado à AC Raiz emitir certificados para o usuário final.

Art. 6º Às AC, entidades credenciadas a emitir certificados digitais vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados, bem como colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Parágrafo único. O par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.

Art. 7º Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários na presença destes, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

Art. 8º Observados os critérios a serem estabelecidos pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, poderão ser credenciados como AC e AR os órgãos e as entidades públicos e as pessoas jurídicas de direito privado.

Art. 9º É vedado a qualquer AC certificar nível diverso do imediatamente subsequente ao seu, exceto nos casos de acordos de certificação lateral ou cruzada, previamente aprovados pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

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

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.

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

Art. 11. A utilização de documento eletrônico para fins tributários atenderá, ainda, ao disposto no art. 100 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 12. Fica transformado em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI, com sede e foro no Distrito Federal.

Art. 13. O ITI é a Autoridade Certificadora Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Art. 14. No exercício de suas atribuições, o ITI desempenhará atividade de fiscalização, podendo ainda aplicar sanções e penalidades, na forma da lei.

Art. 15. Integrarão a estrutura básica do ITI uma Presidência, uma Diretoria de Tecnologia da Informação, uma Diretoria de Infra-Estrutura de Chaves Públicas e uma Procuradoria-Geral.

Parágrafo único. A Diretoria de Tecnologia da Informação poderá ser estabelecida na cidade de Campinas, no Estado de São Paulo.

Art. 16. Para a consecução dos seus objetivos, o ITI poderá, na forma da lei, contratar serviços de terceiros.

§ 1º O Diretor-Presidente do ITI poderá requisitar, para ter exercício exclusivo na Diretoria de Infra-Estrutura de Chaves Públicas, por período não superior a um ano, servidores, civis ou militares, e empregados de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal direta ou indireta, quaisquer que sejam as funções a serem exercidas.

§ 2º Aos requisitados nos termos deste artigo serão assegurados todos os direitos e vantagens a que façam jus no órgão ou na entidade de origem, considerando-se o período de requisição para todos os efeitos da vida funcional, como efetivo exercício no cargo, posto, graduação ou emprego que ocupe no órgão ou na entidade de origem.

Art. 17. Fica o Poder Executivo autorizado a transferir para o ITI:

I - os acervos técnico e patrimonial, as obrigações e os direitos do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação do Ministério da Ciência e Tecnologia;

II - remanejar, transpor, transferir, ou utilizar, as dotações orçamentárias aprovadas na Lei Orçamentária de 2001, consignadas ao Ministério da Ciência e Tecnologia, referentes às atribuições do órgão ora transformado, mantida a mesma classificação orçamentária, expressa por categoria de programação em seu menor nível, observado o disposto no § 2º do art. 3º da Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, assim como o respectivo detalhamento por esfera orçamentária, grupos de despesa, fontes de recursos, modalidades de aplicação e identificadores de uso.

Art. 18. Enquanto não for implantada a sua Procuradoria Geral, o ITI será representado em juízo pela Advocacia Geral da União.

Art. 19. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.200-1, de 27 de julho de 2001.

Art. 20. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de agosto de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Martus Tavares

Ronaldo Mota Sardenberg

Pedro Parente