

AFINAL DE CONTAS, EXISTE SEGURANÇA JURÍDICA EM SEDE DE CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA?

AFTER ALL, THERE IS LEGAL CERTAINTY IN ELECTRONIC CONTRACTING HEADQUARTERS?

Wesley Tomaszewski¹

Professor Orientador de Iniciação Científica na PUCPR

Fabio Nicaretta²

Advogado em São Paulo/SP

RESUMO: O presente artigo tem por esboço tecer algumas considerações sobre a segurança e a certeza jurídicas no âmbito da contratação eletrônica. Para tanto, partir-se-á do modelo adotado pelo Código Civil pátrio, ou seja, um sistema aberto permeado por cláusulas gerais. Analisa-se, também, a

possibilidade de incidência analógica e a necessidade de uma nova normatização para comportar as celebrações realizadas no ambiente digital. Por fim, vislumbra-se a problemática decorrente da adoção da incidência analógica ou legislação projetada à luz da segurança jurídica.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas de Rolândia (Faccar, 2004). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (BB&G/CESUSC, 2004). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/2007), com concentração em Direito Civil. Ex-coordenador de Projeto de Pesquisa na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor Orientador de Iniciação Científica na PUCPR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Processo Civil, possui publicações na mesma área. Docente na Pontifícia Universidade Católica (PUCPR) *campus* Londrina. Advogado no PR. Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Faculdade de Direito, Departamento de Direito Privado (Graduação), Londrina/PR.

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (2010). Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC (2011), Coordenado pelo Professor Doutor Zulmar Fachin. Realiza pesquisa na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito, pesquisando mais objetivamente os seguintes temas: direitos fundamentais, princípios fundamentais, constituição, poder constituinte, reforma e mutação constitucional, norma jurídica, legitimidade, fundamentação e aplicação do direito. Atualmente, participa de projetos de pesquisa e comunicações em encontros científicos. Advogado OAB/SP sob o nº 311.190.

PALAVRAS-CHAVE: Contratação eletrônica; legislação projetada; analogia; segurança jurídica.

ABSTRACT: *The present article has to support some considerations about the security and legal certainty in the scope of electronic contacting. In such way, as will be the model adopted by native Civil Code, in other words, an opened system permeated for general clauses. Analyzes, also, the possibility of analog incidence and the necessity of a new normalization to hold the celebrations held in the digital environment. Finally, it's conjectured the problematic resulting from adoption of analog incidence or projected legislation the light of legal security.*

KEYWORDS: *Electronic contracting; project legislation; analog; legal security.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Certeza jurídica e segurança jurídica – uma distinção necessária; 2 Flexibilização da norma, segurança jurídica e justiça – um entrave no modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio; 3 A nova ordem contratual – uma proposta normativa a cargo do ordenamento jurídico ou da incidência analógica?; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 Legal certainty and legal security – a necessary distinction; 2 Easing the norm, legal security and justice – an obstacle in the model adopted by the national legal system; 3 The new order contract – a legislative proposition over the legal incidence or analog?; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Depreende-se do tema proposto o estreitamento de um diálogo que compreende a junção dos recursos das telecomunicações aos computadores – a telemática, e o Direito. Ato contínuo traz ao lume um profícuo campo de trabalho, em virtude da busca de uma adequada leitura das bases principiológicas que informam a ordem jurídica contemporânea, entre estas a segurança jurídica.

O direito é posto pela sociedade e indissociável da estabilidade e da alteração no social. Assim, a ausência ou a atuação inexpressiva de institutos como o da segurança jurídica acaba por refletir a distância entre o ordenamento jurídico e a realidade contemporânea de seus jurisdicionados.

A segurança jurídica atrelada à Justiça é, sem dúvida, vislumbrada como alicerce e base principiológica fundamental do Estado Democrático de Direito. Tal afirmativa é devida pelo entendimento de que a certeza das coisas e a garantia

de proteção são uma eterna procura do homem. A segurança é, portanto, uma aspiração comum aos homens³.

Não obstante esta busca por parte dos jurisdicionados, o ordenamento positivado não tem como acompanhar o ritmo das relações que ocorrem diuturnamente na sociedade com a mesma velocidade. Desta forma, um sistema fechado e cerrado em sua rigidez pode até conferir mais segurança às relações jurídicas, mas pode potencialmente comandar injustiças e provocar insegurança às negociações que, apesar de não acobertadas pela esfera jurídica, ocorrem hodiernamente.

Nessa seara caminham as relações contratuais realizadas de forma eletrônica, pois, além de um novo modelo de contrato, tem-se um novo ambiente de contratação; as transações ocorrem em uma esfera digital a qual consagrou-se denominar de ciberespaço⁴ ou ambiente digital, que possui como característica primordial a dispensabilidade dos documentos físicos que façam prova da celebração e a substituição da rubrica de próprio punho pela assinatura digital⁵, entre outras vicissitudes e peculiaridades do aludido cenário.

Diante disso, o ordenamento jurídico apresenta-se delimitado por ranços arcaicos, permeado de uma problemática interpretacional e aplicabilidade incerta de toda ordem, que acabam por nutrir inseguranças e incertezas jurídicas, e estas, por sua vez, comprometem as tratativas e celebrações realizadas no ambiente eletrônico.

Ainda nesse espírito, encontra-se também incerta a normatização que regulamenta a matéria devido aos vários projetos de lei, ainda em trâmite, bem como a aplicação de dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil, do Código

³ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense. p. 116.

⁴ Este termo provém da língua inglesa, e fundamentou-se no livro *Neuromancer*, de William Gibson, de 1984, tendo sido difundido amplamente. Conforme Alberto João Cunha Júnior: “Ciberespaço ou *cyberspace* é o ambiente ou lugar agregado consistido pela memória e caminhos eletrônicos de todos os computadores. Termo designado relativo à teia mundial de computadores, ou Internet. Quem se conecta à Internet está dentro do *cyberspace*, ou ciberespaço” (CUNHA JÚNIOR, Alberto João da. Contratos eletrônicos. Tese de conclusão de curso. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Monografias. 1999, p. 4 apud LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 5).

⁵ Assinatura Digital se constitui em um conjunto de caracteres alfanuméricos, resultante de complexas operações matemáticas de criptografia, efetuadas por um computador sobre um documento eletrônico, à qual se dá o nome de “sistema assimétrico de encriptação de dados” (SILVA, Rosana Ribeiro da. Contratos eletrônicos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1794>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

Civil, do Código de Defesa do Consumidor, além de legislação internacional – Lei Modelo da Uncitral⁶.

Deste estado de coisas parte a motivação para o presente artigo, uma vez que, em sede de celebrações realizadas de forma eletrônica, não é cedoço alcançar uma segurança ou certeza jurídicas, devido à incerteza de incidência do mais tênue dispositivo ao mais velho instituto jurídico.

1 CERTEZA JURÍDICA E SEGURANÇA JURÍDICA - UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

De antemão, necessário se faz uma breve distinção entre os institutos da Segurança e da Certeza jurídicas, com o intuito de definir as suas respectivas esferas de incidência e atuação, uma vez que estas se localizam em diferentes planos da norma jurídica.

Urge ressaltar, também, o relacionamento dos aludidos focos com a justiça, o que será tratado no tópico a seguir, devido à atividade cotidiana e o choque rotineiro dos institutos durante as relações e as lides processuais.

No concernente à segurança jurídica, esta é concebida como apenas um sistema de legalidade fornecedor de certeza do Direito vigente aos jurisdicionados. Seguindo este entendimento, Heinrich Henkel visualiza a segurança jurídica como valor e tendo como núcleo uma certeza ordenadora⁷. Nesse sentido, o jusfilósofo em apreço define-a como a exigência feita ao direito positivo para que promova, dentro de seu campo e com seus meios, certeza ordenadora.

Entretanto, em contrapartida a entendimento de que a certeza ordenadora não expressa a real significação do valor da segurança, tem-se as ideias de Elias Díaz, que compreende, dentro do plano da segurança jurídica, sistemas de legalidade e legitimidade, e que por meio do direito objetivado garante direitos imprescindíveis no nível social alcançado pelo homem e considerado por ele como conquista histórica irreversível: a segurança não é só um fato, é também, sobretudo, um valor⁸.

⁶ A sigla inglesa “Uncitral” significa: Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

⁷ HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1968. p. 544 apud NADER, Paulo. Op. cit.

⁸ DÍAZ, Elias. *Sociología y filosofía del derecho*. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Taurus, 1977. p. 47 apud NADER, Paulo. Op. cit.

Nessa ordem de ideias, ainda quanto à concepção de segurança jurídica como valor, César Garcia Novoa a define como “*la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse em sus relaciones com los demás. Cuando a la seguridad la objetivamos de ‘jurídica’, estamos pensando em la idoneidad del derecho para lograr esse saber a qué atenerse*”⁹.

Outrossim, existem autores localizados entre as duas linhas apresentadas, como Paulo Nader, que argumenta que, se a identificação da segurança jurídica como a simples legalidade e certeza jurídica se manifesta insuficiente, a segunda posição nos parece portadora de uma exigência excessiva, pois pretende que a segurança absorva o valor justiça.¹⁰

Nesse diapasão, Nader admite dois níveis de segurança jurídica, um denominado elementar, outro entendido como segurança plena. A primeira é insuficiente, se satisfaz com o sistema de legalidade e a certeza jurídica; já a segunda requer outros predicados, como o respeito a certos princípios fundamentais, como princípios relativos à organização do Estado e princípios do direito estabelecido¹¹.

Já quanto à certeza jurídica, esta é entendida por Lourival Vilanova nos seguintes termos: A certeza jurídica advém de normas, que possibilitam a previsão, dentro de um marco de probabilidade, da conduta dos indivíduos e da conduta dos agentes do poder¹².

Segundo Paulo Nader, a certeza jurídica está localizada no estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas. Por fim, o autor em apreço apresenta a distinção entre os institutos nos seguintes termos:

Os conceitos de segurança jurídica e de certeza jurídica não se confundem. Enquanto o primeiro é de caráter e se manifesta concretamente através de um Direito definido que reúne algumas qualidades, a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas. Pode-se dizer, de outro lado,

⁹ Definição de ALTERINI, A. A. *La inseguridad jurídica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 15. Apresentado por NOVOA, Cesar Garcia. *El función de seguridad jurídica em matéria tributária*. Madrid: Marcial Rons, 2000.

¹⁰ NADER, Paulo. Op. cit.

¹¹ Idem.

¹² VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*, v. 2.

que a segurança possui um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. O primeiro corresponde às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, enquanto o subjetivo consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica.¹³

Enfim, diante destas breves e necessárias considerações, convém sinalizar o entendimento de que a certeza jurídica opera no plano intranorma, ou seja, quanto à existência e riqueza de dispositivos claros do Direito, enquanto a segurança encontra incidência no plano de interpretação e aplicabilidade da norma jurídica.

2 FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA - UM ENTRAVE NO MODELO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A orientação oitocentista que norteou a codificação de 1916 foi elaborada em um momento de predomínio exacerbado do individualismo, sendo que em sua aplicação pecava pelo excessivo rigorismo formal, de maneira que tudo deveria se resolver por meio dos preceitos normativos expressos, sendo raras as referências à aplicação de princípios éticos e sociais.

Em contrapartida a esse entendimento é que o Código Civil de 2002 apresenta-se permeado de novos valores estranhos ao antigo ordenamento, trazendo como proposta um modelo aberto, permeado de cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de se realizar uma melhor adequação do direito à realidade social devido à mobilidade de sua interpretação.

Depreende-se que um Código não pode comportar em seu bojo soluções para as diversas situações e inovações desenvolvidas no convívio social. Nesse sentido, a necessidade de flexibilização do ordenamento pátrio é justificada por Ricardo Fiuza¹⁴:

O *animus* desse novo Código reside justamente no combate a essa instabilidade. Não que se esteja a defender a chamada “escola de direito livre”, encabeçada por Kantorowicz, nem mesmo o movimento

¹³ NADER, Paulo. Op. cit.

¹⁴ FIUZA, Ricardo. *O novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. prefácio.

muito em moda na atualidade do chamado “direito alternativo”. Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de estar, a cada instante, alterando os textos legais.

Comungando deste entendimento, ressalta Humberto Theodoro Júnior que o uso de cláusulas gerais valoriza e amplia o trabalho do juiz, tornando-o um parceiro do legislador. Reconhece-lhe o poder não só de suprir lacunas da lei, como o de resolver, sempre que por esta autorizado, os problemas concretos da vida, de conformidade com valores éticos¹⁵.

Como se observa pelos apontamentos doutrinários, além da flexibilidade das normas, o Código também confere ao juiz maior poder e discricionariedade para encontrar a solução mais justa e equitativa para os litígios submetidos a sua apreciação.

Por outro lado, tal liberdade conferida ao julgador sofreu contestações desde a época em que o anteprojeto foi elaborado. Nesse sentido, a título de exemplo, a crítica de José Paulo Cavalcanti¹⁶, o qual aduzia que a orientação adotada pelo anteprojeto importa, portanto, o sacrifício do valor certeza, pela possibilidade de arbítrio judicial na aplicação das normas flexíveis.

Quanto à preocupação de José Paulo Cavalcanti e de tantos outros que compartilhavam de seu entendimento, manifestou-se Ricardo Fiúza¹⁷ entendendo como sendo muito mais grave que o risco do arbítrio judicial a certeza de que a norma logo estará defasada, que logo precisará de reforma.

Como se observou, o novo modelo gera certo incômodo e insegurança sobre os limites e contornos dos fatos que neles se enquadrem, ficando ao arbítrio do juiz uma discricionariedade que suscita certo temor, em virtude da possibilidade de surpresas e imprevisões, devido ao grau de subjetivismo entregue ao julgador levando à insegurança jurídica.

Desta feita, no que concerne a esse conflito envolvendo a flexibilidade da norma em contrapartida à insegurança jurídica, pondera Arnaldo Wald:

¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, t. II, 2003. p. XIII.

¹⁶ FIUZA, Ricardo. Op. cit.

¹⁷ Idem.

Se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.

Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve realizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, em um mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do Direito, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre a justiça e a segurança, com a prevalência da ética, mas sem desconhecer a economia e seus imperativos.¹⁸

Segundo entendimento doutrinário, essa flexibilidade e, ao mesmo tempo, segurança necessárias para um sistema eternamente em construção só se alcança por meio de cláusulas gerais, que vão além da casuística inerente ao Código anterior. Nas palavras de Judith Martins-Costa, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis que os conduzem aos princípios e às regras constitucionais, e dão acesso aos princípios e valores sociais, políticos, econômicos, integrando-os ao ordenamento positivo.

Nesse sentido, verifica-se que a mobilidade do sistema, como apontado por Miguel Reale, traz soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequentes apelos a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações.

¹⁸ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Notadez Revista Jurídica*, n. 294, p. 34, abr. 2002.

Como se vê, a flexibilidade do sistema conferiu uma amplitude ao intérprete que problematiza até mesmo a leitura dos dispositivos legais e a sua aplicabilidade às mais mezinhas e cotidianas relações jurídicas devido à abertura do sistema. Assim, ao lançar-se a problemática aduzida ao cenário eletrônico, esta é visualmente agravada devido à estruturação e às vicissitudes do contrato eletrônico, uma vez que até a aplicabilidade da analogia, neste tipo de celebração, é contestada pela doutrina.

Destarte, a análise do comportamento do ordenamento jurídico no modelo hodiernamente adotado, bem como a incidência de seus dispositivos, no concernente à segurança, aos contratos realizados por via eletrônica, é o que se passa a observar.

3 A NOVA ORDEM CONTRATUAL - UMA PROPOSTA NORMATIVA A CARGO DO ORDENAMENTO JURÍDICO OU DA INCIDÊNCIA ANALÓGICA?

Como dito anteriormente, o modelo adotado pelo Codex Civil Pátrio apresenta-se como um documento aberto por intermédio de conceitos legais indeterminados, de conceitos indeterminados pela função e pelas cláusulas gerais. Nesse sentido, visualiza-se uma grande incidência destes dispositivos de natureza aberta na esfera negocial, principalmente em sua espécie mais cotidiana, o contrato.

Tal adoção é justificada pelo fato de o contrato, em seus contornos tradicionais, encontrar-se enclausurado em um arcabouço estritamente legal, norteado pela concepção oitocentista-liberal, que se apresentava como a expressão liberalista a serviço do capitalismo.

Este engessamento do sistema fechado, frente aos valores e às transformações sociais, não merece aprovação, tendo-se em vista a inviabilidade da sistemática dos Códigos da época de 1800, que têm como característica a impermeabilidade do ordenamento às alterações econômicas e os anseios da sociedade.

Ato contínuo, não seria capaz de comportar a dinamicidade das relações sociais e econômicas que cotidianamente são realizadas, cada vez mais, de forma veloz e atípica.

Os jurisdicionados, hodiernamente, vivem a era da informatização das relações jurídicas, que possui como característica determinante a desper-

sonalização das relações negociais, ou seja, a desnecessidade de tratativas físicas entre os interessados, já que o mercado eletrônico, ou virtual, em total contraposição aos conceitos vetustos do tradicional comércio físico, em que a presença do comerciante, pessoa física ou jurídica era fundamental¹⁹, nesse cenário, apresenta-se facilmente desconsiderada.

Nesse espírito, outro aspecto que merece apreço é quanto ao valor probante dos ditos documentos digitais²⁰, devido às suas especificações técnico-informáticas e à segurança das informações, às peculiaridades envolvendo as negociações e à fidedignidade destas em função da problemática de identificação do usuário.

Jorge José Lawand noticia em sua obra que a negociação pela *World Wide Web* vem modificando a estrutura fundamental do Direito, já que conceitos basilares como: jurisdição, território, soberania e competência necessitam revisão. A incidência das transformações é incisiva sobre os meios comerciais. Um simples contrato de compra e venda demonstra certas complexidades, quando realizado no espaço cibernético²¹.

Este ambiente digital se apresenta como uma nova esfera das relações jurídicas decorrentes do avanço tecnológico, e estas reclamam um novo Direito com parâmetros mentais condizentes a desafios absolutamente novos, que não encontram respostas pela simples respristinção tardia ou soluções particularistas trazidas por arcaicos institutos²².

Deveras necessária uma teoria geral para nortear a nova contratualística, por meio de uma releitura dos valores preexistentes e da absorção de novos critérios e parâmetros, que conduzam ao deslinde das minúcias e peculiaridades que envolvem a contratação eletrônica.

Nesse sentido, evidencia-se a necessidade de uma releitura de princípios, ditos clássicos, que, desde a antiga Roma até o início do século passado, em

¹⁹ LAWAND, Jorge José. Op. cit., p. 5.

²⁰ Nesse sentido, dispõe o art. 225 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil): “As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras 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”.

²¹ LAWAND, Jorge José. Op. cit., p. 6.

²² PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Contratos eletrônicos. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 10 mar. 2005.

maior ou menor intensidade, inspiraram o contrato, sendo eles: a autonomia da vontade, a relatividade dos efeitos do contrato e o consensualismo²³.

Ato contínuo, tem-se os princípios da nova ordem social, que abandonam o foco do individualismo e da liberdade negocial, e parte-se em busca de uma ética social impregnada pelo solidarismo, surgindo valores norteadores como a boa-fé objetiva e a função social do negócio jurídico.

Dentro deste desenvolvimento perene da principiologia contratualística houve uma evolução contínua até chegarmos ao novo cenário contratual e este trazer à tona princípios que norteiam os contratos eletrônicos, com base na lei modelo da Uncitral, como a equivalência dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos aos tradicionais, da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico e o princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos.

Nessa ordem de ideias aduz Sílvio de Salvo Venosa, sobre a evolução da técnica contratual, que a informática, por seu turno, sofisticou a relação negocial, criando novas modalidades com infundáveis meandros²⁴.

Outrossim, com vistas à aplicabilidade e às consequências de seu descumprimento, faz-se necessária a releitura de todas essas fontes, bem como a observância da legislação pátria e alienígena, como forma de vislumbrar uma correlação e harmonização entre os institutos à luz do contrato eletrônico, tendo-se em vista sua utilidade cotidiana.

Desta forma, devido ao crescimento insopitável da contratação eletrônica associada à parca e insuficiente normatização, que ainda se encontra em trâmite, emergem como um problema cotidiano as relações negociais.

O ambiente do ciberespaço reserva algumas peculiaridades que deixam em dúvida a aplicabilidade de alguns princípios ou dispositivos legais amplamente utilizados aos contratos tradicionais, no que concerne à manifestação de vontade ou a real identidade do contratante, devido à despessoalização das relações, e o momento em que determinadas tratativas são consolidadas.

Nesse sentido, questiona-se qual seria a natureza jurídica dos contratos celebrados pela rede; se este seria entre presentes ou ausentes. Quanto à

²³ CATALAN, Marcos Jorge. Em busca da adequada leitura das bases principiológicas da nova ordem negocial. *Arte Jurídica*, Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina, Curitiba: Juruá, v. 2, n. 1, p. 272, 2005.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21-22.

fidedignidade das informações enviadas por meios eletrônicos, até em que momento estas são válidas devido ao risco de interceptação e de alteração fraudulenta? Se não é possível identificar com segurança o agente, devido à despersonalização das relações, como será possível aferir sua capacidade jurídica? Ainda no que concerne à capacidade do interessado, qual a validade dos contratos celebrados por menores na *web*? Quanto à responsabilização na pontuação, pode-se falar em responsabilidade aquiliana na contratação virtual? Como fica a questão da retratação e em que momento esta é considerada? E os princípios éticos sociais, como a boa-fé objetiva e a função social têm aplicabilidade no ambiente digital? Em quais fases eles podem incidir?

Diante disso, a doutrina divide-se quanto à pertinência ou não de uma normatização para a nova ordem contratual – os contratos eletrônicos, ou se o ordenamento jurídico posto seria capaz de absorver de forma analógica a nova modalidade de contratação.

Nessa ordem de ideias, Newton de Lucca defende o uso da analogia e aduz que a hermenêutica jurídica associada aos elementos do direito contratual brasileiro possui condições de elucidar qualquer controvérsia surgida no âmbito dos contratos realizados em ambiente virtual.

Por outro revés, Alberto João da Cunha Júnior e Sandra Gouvêa acreditam que a aplicabilidade à contratação eletrônica da lei existente não consegue uma boa combinação e complementam que os acordos por intermédio de comunicação eletrônica permanecem inteiramente órfãos, e que o fato e o valor existem fazendo-se necessária a normatização.

Feitas estas observações, depreende-se que o deslinde dos mais simples aos mais complexos negócios jurídicos efetuados pelo ciberespaço será a maior tarefa dos juristas pátrios, e por que dizer um desafio mundial, devido às contratações internacionais. Assim, vislumbra-se este desenrolar seja pela via analógica ou pela normatização, mas uma afirmação resta clara: hodiernamente, não há que se falar em segurança ou certeza jurídica em sede de contratos eletrônicos, devido à fragilidade do ordenamento oriunda desde plano intranorma até a aplicabilidade e interpretação desta.

3.1 AFINAL DE CONTAS, EXISTE SEGURANÇA OU CERTEZA JURÍDICAS EM SEDE DE CELEBRAÇÕES ELETRÔNICAS

O cenário eletrônico, não obstante o uso insopitável pelos indivíduos da sociedade moderna, ainda encontra-se carente de normas e institutos, já que a

legislação pertinente ainda se encontra em trâmite (Projeto de Lei nº 4.906/2001 e seus apensos). Ressalte-se também a demora para a aplicação jurídico-jurisprudencial, sendo que tal possibilidade é devida a históricos como o da boa-fé objetiva no Código Comercial de 1850, que não passou de letra morta na lei.

Nesse sentido, considera Arnold Wald que: “Não sei se a segurança jurídica pode ser decidida por decreto ou por lei. É também uma mudança cultural”. E prossegue aduzindo quanto ao funcionamento hodierno do Judiciário: “Grandes questões demoram 15, 20 anos para serem resolvidas”²⁵.

Assim, a segurança jurídica está condicionada à aplicação e à obrigatoriedade do Direito. Entretanto, tal exigência está atrelada, também, aos anseios de justiça para que o Direito seja obrigatório, vigente e legítimo. Seguindo este entendimento, Miguel Reale afirma que a ideia de justiça liga-se intimamente à ideia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético²⁶.

O direito para que expresse segurança jurídica e justiça deve estar umbilicalmente ligado aos reclames e às práticas sociais. Uma vez que o ordenamento só é alterado em virtude da dinamicidade das relações, nesse ínterim aduz Reale que a lei vai variando de sentido em função de múltiplos fatores, sendo um deles quando se altera a tábua dos valores de aferição da realidade social²⁷.

Tendo-se em vista esta mudança de valores, paradigmas e cenários é que parte da doutrina pátria proclama por uma regulamentação que atenda de forma segura às negociatas realizadas no ambiente digital, uma vez que discute-se até mesmo a aplicabilidade de determinada legislação aos contratos eletrônicos, como é o caso da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos.

²⁵ WALD, Arnoldo. *Revista Consultor Jurídico*, 21 maio 2006.

²⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

²⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 171.

Seguindo esta ideia de necessidade de regulamentação e analisando a problemática à luz do ordenamento pátrio e alemão, Ana Paula Gambogi²⁸ aduz que

o comércio eletrônico esbarra, tanto no Brasil, quanto na Alemanha, em uma série de obstáculos legais. O problema principal no que se refere à conclusão de contratos eletrônicos está na falta de segurança da Internet. Os preceitos legais aplicáveis do Direito brasileiro não se prestam a regulamentar adequadamente o uso de assinatura digital, como também deixam em aberto a questão da validade jurídica de documentos assinados digitalmente. A ausência de legislação nessa área contribui imensamente para minar a confiança do usuário de Internet brasileiro nesta nova tecnologia, o que impede o desenvolvimento do comércio eletrônico no País. A necessidade de leis claras e adequadas disciplinando o assunto é premente.

Evidencia-se, além da incerteza que envolve a aplicabilidade e a compatibilidade da legislação, a insegurança do próprio ambiente de contratação e a eficácia probatória do contrato eletrônico. Seguindo esse diapasão, observa José Rogério Cruz e Tucci²⁹ que as técnicas de certificação disponíveis na atualidade permitem garantir razoável segurança do comércio eletrônico, até porque as entidades financeiras e importantes empresas não teriam investido tantos recursos na comunicação via Internet se porventura houvesse risco acentuado aos seus potenciais clientes.

Entretanto, no concernente ao meio probatório, o autor em apreço é mais otimista e entende que a eficácia probante dos contratos eletrônicos deve ser autorizada sem quaisquer óbices e subordinada à prudente análise do julgador, que poderá, por certo, quando se fizer necessário (art. 383, parágrafo único do

²⁸ CARVALHO, Ana Paula Gambogi Carvalho. *Contratos via Internet: segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 153.

²⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Eficácia probatória dos contratos celebrados pela Internet*. Coord. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Edipro, 2001. p. 280.

CPC), recorrer aos demais meios de prova, em especial à prova pericial, para certificar-se da autenticidade do respectivo documento.

Ponderando quanto a este entendimento, Marco Aurélio Greco³⁰ ressalta a necessidade de cautela ao apreciar as formas probatórias, o método de interpretação e a compatibilidade do ambiente digital à incidência da legislação tradicional diante destas novas realidades, cumprindo evitar duas posturas igualmente inadequadas em se tratando desta novidade, que são os *sites* da Internet: é repelir a aplicação dos conceitos que foram construídos no âmbito do Direito como se a realidade fosse totalmente diferente e eles fossem absolutamente inadequados.

Isto não significa que, devido ao novo ambiente de contratação, o ordenamento jurídico posto e seus princípios informadores sejam abandonados; na realidade percebe-se uma crise na aplicabilidade destes, mas isto não significa que os *standards* que os informam e os valores e finalidades que visam não sejam semelhantes aos que devem encontrar aplicação no âmbito da Internet (boa-fé, lisura de comportamento, etc.).

Por outro revés, necessária a observância quanto ao exagero de considerar os conceitos construídos como tranquilamente aplicáveis ao cenário virtual, pois, assim como é fato que existem conceitos, institutos, figuras e normas que podem ter aplicação no mundo virtual, também é fato que este apresenta características absolutamente novas que não são captadas pelas normas existentes.

Nesse sentido, evidencia-se insegurança desde o plano intranorma até a aplicabilidade interpretativa, que compreende, também, a discussão quanto à aplicabilidade do ordenamento posto com base no princípio da subsidiariedade e a atenção à legislação projetada. Não obstante a aludida problemática, ainda discute-se quanto à vagueza da legislação em trâmite, uma vez que esta se olvida a muitos contornos da esfera contratual, como a informação e incidência de princípios contratuais clássicos aos celebrados por meios eletrônicos.

³⁰ GRECO, Marco Aurélio Greco. *Estabelecimento tributário e sites na Internet*. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Edipro, 2001 p. 313 e 314.

Ato contínuo, percebe-se que, mesmo após a aprovação da legislação, ora em trâmite, esta não será capaz de fornecer a devida e necessária segurança às relações jurídicas operadas no ambiente virtual.

3.2 LEGISLAÇÃO PROJETADA E SUA PERTINÊNCIA EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA

Ao tratar de forma conclusiva quanto à pertinência ou não de uma legislação especial, quanto à suficiência dos projetos de lei em trâmite e quanto à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade e analogia como sustentação para a segurança jurídica dos contratos eletrônicos, necessário se faz alguns apontamentos doutrinários.

Primeiramente, segundo Marco Aurélio Greco³¹, a conclusão que daí decorre é que há todo um conjunto de situações novas que exige um esforço de todos os estudiosos do Direito, no sentido de buscar uma disciplina que seja compatível com as características técnicas e operacionais da informática, e prossegue afirmando que estas deverão conduzir a uma nova conformação de institutos jurídicos existentes e ao nascimento de outros novos, seja quanto aos objetos das relações jurídicas, seja quanto ao seu valor ou conteúdo.

Ou seja, Greco evidencia a necessidade de uma releitura desde os institutos existentes até a criação de uma disciplina capaz de comportar o ciberespaço. Já Ângelo Volpi Neto³², ao analisar a problemática hodierna, aduz que, em virtude de no Brasil não haver legislação sobre o tema, é necessário que se faça aplicação do direito comparado, para adaptarmos, dentro do possível, à legislação existente e aplicarmos a prática comercial, que, como sempre, vem muito antes de qualquer dispositivo legal.

Antonio Enrique Pérez Luño³³, por sua vez, ressalta que entre

los aspectos novedosos de las nuevas tecnologías, que reclaman la capacidad programadora del jurista, ocupa un lugar destacado la necesidad de establecer nuevos marcos teóricos en los problemas y cuestiones surgidos de la interacción entre el Derecho y la Informática.

³¹ Idem.

³² VOLPI NETO, Ângelo. *Comércio eletrônico: direito e segurança*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 45.

³³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ensayos de informática jurídica*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1994. p. 11.

Segundo o autor mexicano, o estabelecimento de novos pontos ofereceriam uma orientação preliminar que propiciaria uma menor incerteza e incidência de equívocos.

Já Newton de Lucca³⁴ observa que esses negócios na Internet são e estarão sendo celebrados em virtude de um tradicional instrumento jurídico denominado contrato. Nada de novo haveria – não fosse a forma desse contrato que, no mundo digital passa por profunda transformação –, ou seja, a utilização dos métodos existentes na técnica tradicional seriam tranquilamente empregados à celebração eletrônica.

Por outro revés, representando a grande maioria e a tendência mundial, parte da doutrina evidencia a necessidade de regulamentação. Nesse sentido aduziu o Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar³⁵ que o desenvolvimento do comércio eletrônico trouxe consigo a necessidade de uma legislação reguladora.

Seguindo este entendimento, tem-se autores como Eduardo Espínola, Gustavo Testa Corrêa, Sandra Gouvêa, entre outros. Entretanto, existe também a compreensão de que a regulamentação pátria projetada não será capaz de atender suficientemente aos contratos eletrônicos. Assim, conclui Jorge José Lawand³⁶: “Mesmo advindo uma lei que regulamente o comércio eletrônico, haverá lacunas que necessitarão ser supridas diante da dinamicidade das relações de direito interno e internacional”.

3.2.1 Legislação projetada – alguns aspectos problemáticos

Com a finalidade de exemplificar a problemática das relações jurídicas realizadas por meio eletrônico, parte da doutrina já vislumbra as lacunas existentes, caso a legislação projetada venha a ser aprovada, uma vez que esta, mesmo em vigor, a princípio não trará a segurança jurídica almejada pelos contratantes.

Ademais, a segunda hipótese apresentada trata da dificuldade de determinação da natureza jurídica contratual, uma vez que a doutrina pátria não é pacífica em uma classificação para as contratações celebradas por meio

³⁴ LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito e Internet – Aspectos jurídicos relevantes*. 1. ed. São Paulo/Bauru: Edipro, 2000. p. 45-47.

³⁵ “Ministro do STJ vai ao congresso discutir lei para comércio eletrônico”. *Gazeta Mercantil*. Caderno Legal e Jurisprudência, São Paulo, 22 mar. 2001.

³⁶ LAWAND, Jorge José. Op. cit., p. 131.

eletrônico, apresentando entendimentos diversos quanto à impessoalidade característica do *e-commerce*, se estas seriam consideradas entre presentes ou entre ausentes.

Alguns autores defendem que contratos realizados pelos serviços de mensagens instantânea³⁷, considerando que a conversação ou tratativa pode ser feita em tempo real, seria uma espécie de contrato entre presentes³⁸.

Nesse sentido, Jorge José Lawand aduz que os contratos via Internet são formados entre presentes quando realizados por meio de *chats* ou de uma câmera digital, sendo que a oferta será considerada recebida quando surgir na tela do computador do destinatário, o qual poderá inclusive imprimi-la³⁹.

Já Sílvio de Salvo Venosa entende que a contratação eletrônica não pode ser considerada como realizada entre presentes, devido à ausência de colóquio direto entre as partes⁴⁰.

Flexibilizando os entendimentos retroanotados, Luis Wielewicki assevera que, considerando a brevidade do envio e recebimento de mensagens eletrônicas, é possível concluir que, independentemente da definição do binômio ausentes *versus* presentes, a formação dos contratos eletrônicos sujeita-se a regimes

³⁷ Mensagens instantâneas requerem o uso de um programa: cliente que se liga a um serviço de mensagem instantânea e difere-se do *e-mail* em conversações que podem acontecer em tempo real. A maioria dos serviços oferece um “aviso de presença”, indicando quando pessoas em uma lista de contatos está *on-line* e disponível para conversa no momento. Isto pode ser chamado de “lista de amigos”. Nos primeiros programas de mensagens instantâneas, cada letra aparecia quando era digitada, e quando eram deletadas para correção era visto também em tempo real. Isso fazia parecer mais como uma conversa telefônica do que troca de cartas. Nos programas de mensagens instantâneas modernos, o outro partido na conversa geralmente só vê cada linha da conversa após uma nova linha ser começada. A maioria das aplicações de mensagem instantânea também inclui a habilidade de definir uma mensagem de *status*, que faz analogia a uma mensagem em uma secretária eletrônica. Serviços de mensagem instantânea populares na Internet pública inclui Qnext, Msn Messenger, AOL Instant Messenger, Yahoo! Messenger, Google Talk, NET Messenger Service, Jabber e ICQ. Esses serviços relacionam muitas idéias a um velho (e ainda popular) *chat on-line* médio conhecido como Internet Relay Chat (IRC). Fonte: <http://en.wikipedia.org/wiki/Instant_messaging>.

³⁸ Nesse sentido, ELIAS, Paulo Sá. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a Internet. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 12 mar. 2005

³⁹ LAWAND, Jorge José. Op. cit., p. 134.

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, v. 2, 2001.

distintos, de acordo com a duração do período existente entre a oferta e a aceitação contratuais⁴¹.

Constitui ponto relevante na doutrina o momento de determinação de formação dos contratos, em virtude da incidência de normas distintas para contratação entre presentes e ausentes. Para que se possa estabelecer a obrigatoriedade da avença, será mister verificar em que instante o contrato se aperfeiçoou, unindo os contraentes, impossibilitando a retratação e compelindo-os a executar o negócio, sob pena de responderem pelas perdas e danos⁴².

Resta evidente a dificuldade do julgador, tendo-se em vista as várias teorias que classificam os contratos eletrônicos, fazendo-se necessária a adoção de uma delas em uma teoria geral dos contratos eletrônicos com a finalidade de alcançar uma segurança mínima aos contratantes.

Por terceira hipótese tem-se a dificuldade em precisar a responsabilização na pontuação contratual, já que se evidencia que o acordo de vontade é imprescindível para a formação de uma relação contratual, sendo que nos contratos eletrônicos, assim como nos tradicionais, esta se expressa pela oferta e pela aceitação.

Em que pese inexistir obrigatoriedade na pontuação, eis que, excepcionalmente, poderá ocorrer responsabilidade civil, não contratual, mas sim aquiliana. Conforme ensina Maria Helena Diniz:

Apenas na hipótese de um dos participantes criar no outro a expectativa de que o negócio celebrado, levando-o a despesas, a não contratar com terceiro ou alterar planos de sua atividade imediata, e depois desistir, injustificada e arbitrariamente, causando-lhe sérios prejuízos, terá por isso a obrigação de ressarcir todos os danos.⁴³

Nos contratos celebrados por meio eletrônico, no que concerne à retratação da proposta feita ou da aceitação, é matéria sem dúvida melindrosa, uma vez

⁴¹ WIELEWICKI, Luís. *Contratos e Internet* – contornos de uma breve análise do comércio eletrônico. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 206-207 apud LAWAND, Jorge José. Op. cit., p. 206-207.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004. p. 58.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993.

que, em atendimento ao ordenamento legal, a eficácia daquela fica condicionada a ser recebida antes ou concomitantemente à proposta ou aceitação.

Nas tratativas via Internet, normalmente celebrados por *e-mail*, devido à velocidade das informações, muitas vezes chegando até em tempo real, acabam por gerar dúvidas quanto à eficácia da retratação, em virtude do caminho percorrido na negociação telemática (ofertante - provedor - oblato), já que os problemas de conexão são até comuns.

Nesse sentido surge a indagação quanto ao momento que deve ser considerado recebido o *e-mail* contendo a proposta, a aceitação ou a retratação, no momento da recepção delas pelo provedor do contratante, ou no momento em que elas do provedor são descarregadas no computador da outra parte.

A problemática descrita cria contornos sobre se, no momento em que a recusa do negócio aceito, ao chegar tardiamente ao seu destino, o aceitante/arrependido continuará vinculado ao contrato ou responderá por perdas e danos.

Paulo Sá Elias⁴⁴ entende que na telemática, principalmente nas retratações enviadas por *e-mail*, é possível, com base no *inter* percorrido pela mensagem, na medida em que os dados de emissão, recepção, data e horário são armazenados em todo o trajeto no exato momento de cada manifestação. Entretanto, reconhece a possibilidade de futuras situações probatórias dramáticas onde tais informações sejam deliberadamente alteradas.

A incerteza é agravada pelo fato de que o Projeto de Lei nº 4.906/2001⁴⁵ dispõe tão somente pela manifestação das partes contratantes nos contratos celebrados por meio eletrônico, dando-se no momento em que o destinatário da oferta envia documento eletrônico manifestando, de forma inequívoca, a sua aceitação das condições ofertadas.

Por quarta hipótese tem-se a aplicabilidade da boa-fé objetiva nas etapas pré, contratual e pós-contratual. Nesse sentido, Jorge José Lawand, ao dissertar sobre a teoria geral dos contratos eletrônicos, já noticiou que a principal norma jurídica em tramitação no Congresso Nacional sobre contratos no âmbito da

⁴⁴ ELIAS, Paulo Sá. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a Internet. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 12 mar. 2005.

⁴⁵ Projeto de Lei nº 4.906/2001: "Dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e dá outras providências". Situação atual: PLEN Pronta para pauta, consultado em 20 set. 2005.

Internet é o Projeto de Lei nº 4.906/2001, que, entretanto, não disciplina todos os pontos necessários, como, por exemplo, a questão das tratativas preliminares, ou elaboração pré-contratual, e finaliza com base nos ensinamentos de Maria Helena Diniz, de que, mesmo advindo à lei que regulamente a temática, não haverá uma abrangência completa, e, neste sentido, podemos afirmar que estamos diante de uma lacuna ontológica⁴⁶.

Evidencia-se a incerteza na aplicação da norma e a ausência de norte e parâmetros para o julgador.

Tal casuística gera discussões doutrinárias até mesmo quanto aos contratos tradicionais. Nesse sentido, Paulo Nalim, ao comentar sobre o princípio da boa-fé, reconhece a amplitude prática deste; entretanto, deixa de lado o momento pós-eficaz do contrato cumprido, abordagem já consagrada em diplomas legais outros, fruto do trabalho hermenêutico e jurisprudencial, notadamente o BGB, o Código Civil português e o Código Civil italiano, assunto amplamente talhado pela doutrina estrangeira e que não justifica a omissão do legislador⁴⁷.

Não obstante, o aludido autor conclui que a omissão não é suficiente para se negar a projeção da boa-fé objetiva para todos os momentos, inclusive após a sua extinção.

Flávio Tartuce, por sua vez, alude, ao risco da jurisprudência, não entender pela aplicação extensiva, e vai mais longe ao denotar a possibilidade de o caminho a ser trilhado não ser o mesmo que teve a boa-fé objetiva do Código Comercial de 1850, que nunca foi aplicada⁴⁸.

Como forma de sanar discussões sobre a aplicabilidade ou não do princípio, na fase de negociações preliminares e também na fase pós-contratual, bem como proporcionar aos aplicadores da norma no exato teor do Texto Legal, o Deputado Ricardo Fiúza apresentou proposta de alteração em que o art. 422 do Código Civil passaria a ter a seguinte redação: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé"⁴⁹.

⁴⁶ LAWAND, Jorge José. Op. cit., p. 38.

⁴⁷ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil - Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 136.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual. Apontamentos em relação ao novo código civil e visão do Projeto nº 6.960/2002. *Arte Jurídica*, Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina. Curitiba: Juruá, v.2, n. 1, p. 270, 2005.

⁴⁹ Projeto de Lei nº 6.969/2002 - Situação atual: CDC Pronta para pauta, consultado em 26 set. 2005.

Entretanto, tal projeto, ainda em trâmite, foi inicialmente rejeitado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados⁵⁰. Nessa seara comenta Flávio Tartuce que a rejeição, além de manter a carência do aplicador da norma, evidencia que não há experiência consolidada quanto ao tema, a ensejar a aplicação da boa-fé na fase de negociações, trazendo a responsabilidade pré-contratual⁵¹.

Assim, verifica-se que tais etapas contratuais geram uma série infundável de dúvidas e incertezas já com base no contrato tradicional, e que se agrava quando lançada para a contratação eletrônica em vista de suas peculiaridades e ausência de parâmetros definidos como o momento de envio e recebimento de informações e territorialidade.

Enfim, evidencia-se que, mesmo diante de novos dispositivos, a problemática que envolve a insegurança das relações contratuais não restará superada, uma vez que a legislação em trâmite não atende a todas as situações criadas pelo ambiente digital.

CONCLUSÃO

Em sede de considerações finais, em apertada síntese é possível concluir que, diante do cenário da contratação eletrônica, observa-se a discussão quanto à pertinência ou não de uma legislação regulamentadora para dirimir os conflitos provenientes das relações virtuais.

Não obstante, evidencia-se a carência de normas e institutos, já que a legislação pertinente ainda se encontra em trâmite (Projeto de Lei nº 4.906/2001 e seus apensos). Ressalte-se também a demora para a aplicação de uma norma em sua plenitude, em virtude do seu percurso até a adoção jurídico-jurisprudencial.

Nesse sentido, necessário se faz a aplicação principiológica, seja para o deslinde de pequenas ou até mesmo ontológicas omissões do ordenamento, mas primordialmente como norte para o intérprete. Diante deste estado de coisas, denota-se o cenário nacional em termos de contratação eletrônica, totalmente desguarnecido de segurança ou certeza jurídicas.

⁵⁰ Como Relator o Deputado Vicente Arruda apresentou voto pela rejeição nos seguintes termos: "Art. 422. Pela manutenção do texto, que fala em 'conclusão do contrato', que compreende a fase de negociação, elaboração, assinatura, e da sua 'execução', que compreende o cumprimento ou descumprimento das obrigações contratuais, bem como a solução dos conflitos entre as partes. Não devemos ceder à tentação de deixar tudo explícito, até mesmo o óbvio."

⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*

Tal afirmativa é devido às incertezas oriundas da doutrina e dos Tribunais em aplicar-se ou não a legislação da tradicional contratualística às celebrações eletrônicas, além de discutir-se, também, a aplicação analógica do ordenamento posto, bem como a suficiência da legislação projetada.

Outrossim, hodiernamente, a esfera digital encontra-se muito frágil e sedenta pelo saneamento de problemas cotidianos, devido à frequência diuturna de ajustes contratuais realizados pela rede mundial de computadores – Internet –, e pela ausência de legislação e precariedade dos institutos.

Desta forma, tornam-se patentes as lacunas oriundas da modernidade e velocidade das relações jurídicas, uma vez que o ordenamento jurídico não consegue acompanhar as transformações com a mesma velocidade. Assim, o grande desafio para a jurisprudência pátria é jungir as técnicas e peculiaridades do ambiente digital aos institutos do Direito na busca de um equilíbrio no diálogo realizado entre a telemática e a ciência jurídica, sendo que tal concordância teria como ponto de partida a criação de novos dispositivos e a releitura dos antigos institutos para se alcançar um potencial, segurança e certeza jurídicas em sede de celebrações eletrônicas.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; CASTRO, Aldemário Araújo. *Manual de informática jurídica e o direito da informática*. Rio de Janeiro: Forense.

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

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo; FERREIRA, Ivette Senise (Coord.). *Novas fronteiras do direito na era digital*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Novas fronteiras do direito na informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Contratos eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CATALAN, Marcos Jorge. *Negócio jurídico - Aspectos controvertidos à luz do novo código civil*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2005.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. A lei e o comércio eletrônico. *Revista Panorama da Justiça*, a. 4, n. 22, p. 16. fev./mar. 2000.

COVAS, Silvano. O contrato no ambiente virtual. Contratação por meio de informática. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 2 e 3, 2004.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ELIAS, Paulo Sá. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a Internet. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 12 mar. 2005

GAZETA MERCANTIL. *Caderno Legal e Jurisprudência*, São Paulo, 22 mar. 2001.

GLANZ, Semy. Contratos eletrônicos. *Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, jan./mar. 2000

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004.

GOUVEA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Estabelecimento tributário e sites na Internet. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Edipro, 2001.

GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade na Internet*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito e Internet - Aspectos jurídicos relevantes*. 1. ed. São Paulo/Bauru: Edipro, 2000.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTE, Maurício de Souza. *Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contratos do e-commerce*. São Paulo: LTr, 2001.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Lei Modelo da Uncitral sobre Comércio Eletrônico* (1996) com Guia para sua Incorporação ao Direito Interno, 1996.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. *A Internet em suas relações contratuais e extracontratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil - Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2004.

NETO, Ângelo Volpi. *Comércio eletrônico: direito e segurança*. Curitiba: Juruá, 2001.

NOVOA, Cesar Garcia. *El función de seguridad jurídica em matéria tributária*. Madrid: Marcial Rons, 2000.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Contratos eletrônicos*. Disponível em: www.jus.com.br.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ensayos de informática jurídica*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1994.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernética: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PROJETO DE LEI nº 4.906/2001: "Dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e dá outras providências". Situação atual: PLEN Pronta para pauta.

PROJETO DE LEI nº 6.969/2002 - Situação atual: CDC Pronta para pauta.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Rosana Ribeiro da. *Contratos eletrônicos*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela Internet. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Edipro, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, v. 3, 2001.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2001.

VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*, v. 2.

WALD, Arnoldo. *Revista Consultor Jurídico*, 21 maio 2006.

WIELEWICKI, Luís. *Contratos e Internet – contornos de uma breve análise do comércio eletrônico*. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.