



**FACULDADE DE DIREITO**  
**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**Mestrado em Direito e Prática Jurídica**

**- Direito Civil -**

**A TUTELA DA CONFIANÇA  
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS**

Maria Florencia Saladino Delgado

2021

Maria Florencia Saladino Delgado  
Aluna n.º: 58320

**A TUTELA DA CONFIANÇA  
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS**

Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica  
na especialidade Direito Civil, sob a  
orientação do Exmo. Senhor Professor  
Doutor António Barreto Menezes Cordeiro

Lisboa, junho de 2021

**Maria Florencia Saladino Delgado**

**A TUTELA DA CONFIANÇA  
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS**

Esta dissertação foi julgada adequada para a  
obtenção do título de Mestre em Direito e  
aprovada em sua forma final pelo Orientador e  
pela Banca Examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. António Barreto Menezes Cordeiro

Banca Examinadora:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Lisboa, \_\_\_\_\_

*La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno,  
es un hecho básico de la vida social.  
Nicklas Luhmann<sup>1</sup>*

*Luís de Camões<sup>2</sup>*

*Business and users are going to embrace technology only if they can trust  
it.  
Satya Nadella*

*“Se se quer para o futuro expressões convencionais inspiradas no amor e  
na justiça, na dignidade e na confiança, tem-se de restituir ao homem a  
superior liberdade de responder, ele próprio, aos deveres que decorrem  
da vida em sociedade. O homem só é feliz à condição de ser livre. Só é  
livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua  
conduta estão dentro e não fora dele”.  
João Baptista Villela<sup>3</sup>*

---

<sup>1</sup> LUHMANN, Nicklas. *Confianza*. (Trad.) Amada Flores. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 5.

<sup>2</sup> CAMÕES, Luís Vaz de. *Sonetos*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1990.

<sup>3</sup> VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Faculdade de Direito da UFMG: Belo Horizonte, pp. 31-32.

*Dedico este trabalho ao meu amado marido, Márcio e  
nossos maravilhosos filhos, Vittorio e Stefano. Sem vocês  
não conseguiria ser quem eu sou e chegar onde cheguei.*

*À minha brilhante irmã, Alejandra, sempre um exemplo.*

*Aos meus pais, pelo exemplo de tenacidade e resiliência.*

## AGRADECIMENTOS

A realização desta dissertação de mestrado não seria possível sem os estímulos intelectuais e emocionais de diversas pessoas.

Uma carinhosa menção aos meus colegas da turma do Mestrado em Direito e Prática Jurídica na especialidade Direito Civil (ano 2017-2018), os quais tanto contribuíram para as aulas que superaram as mais otimistas expectativas. Às incansáveis amigas Nina, Régia, Francisca e Sérgio, por terem me suportado todo este tempo, lhes devo mais do que sou capaz de retribuir.

Agradeço à minha família e amigos que permaneceram próximos ao longo dos últimos três anos, compreendendo minhas ausências e suportando meus discursos acalorados sobre os apaixonantes temas do Direito. A todos, indistintamente, o meu muito obrigado!

Ao meu amado marido, Márcio Delgado, por tudo o que sou e o que conquistei. Um agradecimento especial aos meus muito amados filhos, Vittorio e Stefano, por terem sido tão bons companheiros nesta empreitada, serem meu “Norte”, minha inspiração e motivação.

Minha eterna gratidão ao Doutor António Barreto Menezes Cordeiro por ter acolhido minhas muitas dúvidas e pelo saber que transmitiu ao longo da primeira fase do mestrado, por ter acalmado minhas inquietações e ter aceitado orientar o estudo que se concretiza na presente dissertação e, por fim, ter acreditado na ambição que possuo.

Não poderia deixar de registrar minha eterna gratidão às senhoras Isabel Louro, Tereza Cordeiro e Maria de Lourdes Mendes, responsáveis pela Biblioteca da Procuradoria Geral da República, pela paciência, apoio e bom humor ao longo de todo este percurso.

Ao meu querido chefe, Sr. Walter Rodrigues, Fernanda Fernandes e Débora Macedo pela acolhida à “equipa” do CIDP, onde todos os dias aprendo e evoluo.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que ao longo dos últimos 3 anos se confirmou como minha segunda casa.

Aos colegas, Dr. Márcio Miguez, Dr. Ricardo Florentino e Dr. Igor Taylor, obrigada pelo incentivo e apoio desde a decisão de tornar-vir para Portugal e manterem “a porta sempre aberta”. Enorme gratidão pelo acolhimento e por todos os ensinamentos e o privilégio de voltar a fazer parte da banca da Miguez & Florentino.

## RESUMO<sup>4</sup>

A presente investigação propõe-se revisitar a confiança, fundamental elemento das relações sociais, perceber qual o papel reconhecido pelo Direito e analisar como tem sido tutelada pela sociedade contemporânea. Em uma abordagem teórica, busca refletir acerca da importância do valor/princípio confiança para os negócios jurídicos, nomeadamente os contratos eletrônicos, que têm feito parte da realidade de todos os indivíduos e nos quais continuam a ser aplicados conceitos e normas seculares, apesar das inúmeras tentativas de estabelecer marcos normativos. No contexto contemporâneo da massiva contratação na modalidade eletrônica, com os inúmeros problemas que dela decorrem, inadiável rever os alicerces do negócio jurídico e a efetiva proteção dos contratantes, da confiança e da boa-fé.

**Palavras-chave:** confiança, boa-fé, negócio jurídico; contrato; contratos eletrônicos, internet; tutela da confiança; tutela normativa; tutela jurisprudencial.

## ABSTRACT

This research aims to revisit trust, a fundamental element of social relations, to understand the role recognized by law and analyze how it has been protected by contemporary society. In a theoretical approach, it seeks to reflect on the importance of the value/principle of trust for legal transactions, namely electronic contracts, which have been part of the reality of all individuals and in which secular concepts and norms continue to be applied, despite the numerous attempts to establish regulatory frameworks. In the contemporary context of massive electronic contracting, with the countless problems that arise from it, it is urgent to review the foundations of legal business and the effective protection of contractors, trust and good faith.

**Keywords:** trust, good faith, legal business; contract; electronic contracts, internet; trust protection; regulatory protection; jurisprudential protection.

---

<sup>4</sup> **NOTA PRÉVIA** Na redação da presente dissertação, foram observadas as regras do Novo Acordo Ortográfico, e a forma culta do português brasileiro. No entanto, as citações bibliográficas foram reproduzidas com respeito pela ortografia utilizada pelos autores aquando do momento da publicação das suas obras.

## **SIGLAS**

Ac.: Acórdão

art.: artigo

arts.: artigos

atual.: atualizada

ampli.: ampliada

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil da Alemanha)

CC: Código Civil

Coord.: Coordenador

DL: Decreto-Lei

ed.: Edição

i.é: isto é

n.º: número

op. cit.: obra citada

org. : organizador

p. ex.: por exemplo

p.: página

pp.: páginas

rev.: revisada

ss.: seguintes

Trad.: Tradução

## Sumário

1. Introdução.....	10
2. A Confiança como Elemento das Relações.....	12
2.1 Relevância e conteúdo sociológico.....	14
2.2 A Contribuição de Niklas Luhmann.....	15
3. A Confiança para o Direito.....	21
3.1 Confiança: a base de tudo.....	21
3.2 Tentativas de construção dogmática.....	28
4. Os Contratos Eletrônicos.....	31
4.1 Noção clássica de contrato.....	31
4.1.1 Diferenciação entre fato e ato jurídico.....	33
4.1.2 Negócio jurídico.....	34
4.1.3 Autonomia privada.....	36
4.2 A crise da teoria do negócio jurídico.....	39
4.3 As relações jurídicas no ambiente da internet.....	49
4.4 Reflexões sobre os contratos eletrônicos.....	52
4.5 Contribuições de Modalidades de Contratos Eletrônicos para Tutela da Confiança.....	54
5. Tutela da Confiança em Contratos Celebrados em Ambiente Eletrônico.....	56
5.1 Regulamentação Portuguesa do Comércio Eletrônico.....	60
5.1.1 Regime Jurídico do Comércio Eletrônico – Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro e Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital - Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto.....	60
5.1.2 Regime Jurídico dos Contratos Celebrados à Distância e dos contratos Celebrados fora do Estabelecimento Comercial - Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.....	62
5.1.3 Regime jurídico da segurança do ciberespaço – Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto.....	64
5.1.4 Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro.....	64
5.1.5 Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.....	65
5.2 (In)capacidade das normas de responsabilidade civil para tutelar a confiança.....	67
5.3 Jurisprudência e Casos Emblemáticos.....	74
5.3.1 Julgados.....	75
5.3.2 Casos Concretos.....	79
6. Conclusão.....	82
Bibliografia.....	85

# 1. Introdução

A disseminação crescente e o sucesso de iniciativas empresariais no mundo tecnológico ambientado na internet têm demonstrado que, a despeito da precariedade e heterogeneidade das regulamentações, bem como a dificuldade na aplicação analógica de institutos tradicionais do Direito Civil, existe uma predisposição à confiança entre as pessoas, sejam elas pessoas naturais ou coletivas, que não encontra respaldo suficiente na própria dogmática<sup>5</sup> civilista, a qual se desenvolveu através da positivação, centrando-se no individualismo antropocêntrico, numa explícita demonstração de “tutela da desconfiança” que marca as relações jurídicas tradicionais.

Fato é que o Direito sempre está, ao menos, um passo atrás da realidade social e o descompasso existente entre o Direito legislado e a realidade exige que a Ciência jurídica esteja continuamente atenta e sensível às transformações sociais.

O Direito civil português, alinhado com outros ordenamentos, vem desenvolvendo mecanismos de concretização dos princípios norteadores, razão pela qual busca efetivar a proteção dos hipossuficientes nas relações jurídicas, promovendo a justiça e paz social.

Desta feita, causa admiração a constatação de que o fenômeno da confiança persista e se propague nas iniciativas e relações jurídicas constituídas através de meios eletrônicos, tais como o arquivamento de dados em nuvem, moedas eletrônicas, *crowdfunding*, eBay, Facebook, Tinder, Instagram, Airbnb, Uber, Trivago, Tik Tok citando apenas alguns exemplos.

---

<sup>5</sup> “*Em palavras de ESSER, a dogmática é a via pela qual questões de justiça se tornam juridicamente operacionais.*” J. ESSER *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens* cit. 113 Apud FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 30

Neste cenário, reconhece-se como merecedor de maior atenção e aprofundamento o estudo desta manifestação socialmente relevante, assim como os efeitos jurídicos concernentes e a consolidação de uma doutrina da confiança.

A forma como desenvolvem-se as relações sociais e conseqüentemente jurídicas no século XXI confirma um viés cada vez mais dissociado dos vínculos normativos institucionais consolidados no século XX, rechaçando a intromissão do Estado na esfera individual e, em alguns casos, até coletiva, numa aparente busca de proteção da liberdade da autonomia privada ante a imposição estatal dos modelos já reconhecidamente restritivos e incompatíveis com os anseios pessoais e sociais contemporâneos.

O Direito, como ciência social, deve estar atento às transformações da sociedade, buscando a compatibilização de ideais e realidades – sociais, jurídicas e económicas -, prevenindo ruturas, sempre traumáticas. A sociedade evolui, e por conseqüência, devem seguir este movimento contínuo os mecanismos, os recursos de interpretação da ciência jurídica.

Neste diapasão, surge como relevante a reflexão do que seja a confiança, seu conteúdo, sua relevância para o Direito, para os negócios jurídicos, sem, contudo, ter a pretensão de construir uma doutrina da confiança, valendo-se da dogmática existente e das questões já levantadas.

Reconhecendo a magnitude do empreendimento e considerando as limitações da natureza do trabalho de investigação em sede de mestrado em prática jurídica, forçosa a delimitação do tema, assumindo como objeto de estudo a tutela jurídica da confiança nos contratos eletrônicos.

Assim, o presente trabalho, fruto da investigação realizada, revisita o valor confiança, fazendo as considerações necessárias a fim de reconhecer a construção social, o instituto jurídico, sua natureza e relevância na constituição dos negócios jurídicos, em especial, no ambiente eletrônico.

## 2. A Confiança como Elemento das Relações

A sociedade ocidental contemporânea encontra seu berço teórico no Iluminismo, sendo um de seus pilares a constituição de um contrato social capaz de mobilizar não só as forças políticas e econômicas, mas também sociais, sob a promessa de estabilidade, segurança e confiança.

Neste diapasão, a confiança surge como elemento basilar das relações sociais e da própria sociedade. Uma promessa e um compromisso, tanto dos governantes como de cada indivíduo, sendo previstas punições, as mais diversas, na medida da ofensa ao pacto social e à confiança nele depositada.

Os pensadores, desde a Antiguidade<sup>6</sup>, debruçam-se sobre questões concernentes aos elementos essenciais da compreensão de indivíduo e de coletividade. Assim, conceitos como justiça, boa-fé<sup>7</sup>, equidade<sup>8</sup>, culpa, punição são identificados, questionados e, de alguma forma, incorporados em uma (in)consciência social do que seja excelência e virtude.

O Direito, como ciência social, ao longo da história se manteve no encaixe dos movimentos filosóficos e sociais, incorporando novas visões, interpretações da realidade,

---

<sup>6</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.29.

<sup>7</sup> “*Fides*’ é um conceito antigo, presente em diversos institutos do Direito romano e com mais de um significado. Iniciou-se com o culto à Deusa Fides, (...) Da fides passou-se à ‘fides bona’, que significava a fidelidade à palavra dada, com o dever de cumprimento da promessa, o que fazia com que surgissem efeitos jurídicos e fosse possível a ação no caso de certos contratos que não eram reconhecidos pelo ‘ius civile’. (...) A tradição romanística considerou a ‘fides bona’ como uma virtude ética consistente na honestidade do agir, contraposta ao ‘dolus’ e à ‘fraus’.” AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Proteção da boa-fé objetiva*. In Revista da AJURIS, v. 39, n° 126, Jun. 2012, p. 188.

<sup>8</sup> Manuel António Carneiro da Frada, neste aspecto afirma: “A racionalidade a que apela esta perfeição da humanidade será, no presente contexto da decisão segundo a equidade, fundamentalmente, uma racionalidade prática, a entender, como resulta do texto, de modo compreensivo. A incorporação dos afectos e da sensibilidade no modelo de racionalidade requerido não os pode exacerbar: se está longe da indiferença estóica que, tal como a ética kantiana do dever, deles desconfia e como que os abafa ou suprime, também se quer afastada do sentimentalismo fácil, balofo ou vão, que debilita o recto juízo e o torna ineficaz. Esconjurados estes desvios, claro que apenas um entendimento da racionalidade que incorpore a dimensão das afeições humanas replica devidamente a unidade da pessoa (completa). Para rematar, uma evidência: dentro deste entendimento, a decisão segundo a equidade terá um sentido distinto — bem mais limitado e pobre — estando em causa pessoas colectivas” FRADA, Manuel António Carneiro da. *A equidade* (ou a “justiça com coração”) A propósito da decisão arbitral segundo a equidade. In Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.72, n.1 (Jan-Mar 2012), p.127.

de forma a representar espelho da sociedade que pretende regular e cujos conflitos visa pacificar.

A resolução dos litígios deve, antes de mais nada, atentar para a realidade social, dos indivíduos, do coletivo, sem esquecer a aspiração da paz social. Assim, não bastam soluções demasiado pragmáticas, vagas ou utópicas, na pretensão de uma forma superior de dinâmica social<sup>9</sup>.

A Sociologia já reconheceu que uma sociedade é mais eficiente na medida em que se verifique a confiança na generalidade das relações, pois o ato de confiar é um simplificador, um facilitador das relações entre os sujeitos, sejam eles indivíduos ou coletivo ou instituições, afastando a ocorrência de conflitos e a desconfiança que trazem empecilhos e instabilidade para a sociedade.<sup>10</sup>

À parte da paz social, não se pode perder de vista que as sociedades devem perseguir a consolidação dos mais altos valores, como forma de garantir a contínua evolução da própria humanidade. Tão pouco pode-se esquecer que as questões sociais e a inerente realidade social são demasiadamente voláteis e complexas<sup>11</sup>, exigindo abordagem refletida, metodológica e apartada de paixões e modismos<sup>12</sup>.

Desta forma, por reconhecer a importância da confiança nas relações sociais, e para que se perceba a urgência da expressa tutela deste bem jurídico, propõe-se adentrar na amplitude de sua substância.

---

<sup>9</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *A equidade (ou a “justiça com coração”) A propósito da decisão arbitral segundo a equidade*. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.72, n.1 (Jan.-Mar. 2012), p.112.

<sup>10</sup> PUTNAM, R. D. 2000. *Bowling alone: The collapse and revival of American democracy*. New York: Simon and Schuster. *Apud* DELICADO, Ana *et al.* *Confiança*. In *Social em Mudança Portugal no contexto europeu em anos de crise*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, p. 59.

<sup>11</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *A equidade (ou a “justiça com coração”) A propósito da decisão arbitral segundo a equidade*. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.72, n.1 (Jan.-Mar. 2012), p.113.

<sup>12</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *A equidade (ou a “justiça com coração”) A propósito da decisão arbitral segundo a equidade*. In *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.72, n.1 (Jan.-Mar. 2012), p.116

## 2.1 Relevância e conteúdo sociológico

A confiança, em um sentido amplo, representa a crença de que as expectativas legítimas de uma pessoa serão correspondidas e, caso não sejam, haverá a reparação, aplicação da proporcional censura e punição, a representar, assim, um traço básico das relações sociais, ainda que em muitas situações o que se concretiza é a frustração daquele indivíduo.

A despeito desta realidade, persiste nas mãos do indivíduo outorgar ou não sua confiança, porém, este mecanismo não pode ser exercitado de forma a desconfiar-se de tudo e de todos, isso impediria a própria vida em sociedade, insegurança das instituições e organizações sociais, bem como o desenvolvimento do próprio indivíduo.<sup>13</sup>

A paralisia decorrente da desconfiança generalizada traria um efeito nefasto à sociedade, levando ao caos. O que não se confunde com a complexidade da sociedade, decorrente da intrínseca complexidade das relações sociais<sup>14</sup>. Portanto, não se deve, em absoluto, perseguir a utópica confiança total, mas desenvolver mecanismos para que a dualidade confiança-desconfiança encontre respaldo nos mecanismos de prevenção de conflitos sociais e alcancem o equilíbrio necessário para a continuidade de seu desenvolvimento em bases cada vez mais orientadas para os melhores valores humanos.

Como afirma Christian Wolff, “*a sociedade não é nada mais que um contrato de algumas pessoas, para juntar forças no sentido da promoção do seu bem*”<sup>15</sup>. E para que este “contrato” seja firmado e observado é essencial que as partes confiem umas nas outras e em determinados agentes capazes de inibir comportamentos atentatórios, assim como punam aqueles que, por culpa ou deliberadamente, coloquem em causa a confiança prestada e frustrem as legítimas expectativas.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, p. 5.

<sup>14</sup> De acordo com Niklas Luhmann, “*la noción de la complejidad puede por lo tanto compararse con la noción de la sustância en la filosofía europea clásica. Aunque la sustância estaba entonces conceptualmente relacionada con la forma, en tanto que la noción de la complejidad presupone sistemas que se reducen por medio de la selección.*” LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores). Barcelona: Anthropos, 1986, p. 10.

<sup>15</sup> WOLFF, Christian. *Grundsätze des Natur und Völkerrechts*. Halle, 1754, *Apud* LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 38.

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 158-159.

## 2.2 A Contribuição de Niklas Luhmann

O reconhecimento da necessidade de um pacto social levou diversos estudiosos a tentarem elaborar teorias, modelos, sistemas, leis, que estabelecessem pilares sólidos e estáveis capazes de sustentar as complexidades da sociedade moderna. Este esforço culminou com o movimento contratualista, cujas figuras capitais foram Thomas Hobbes (1651), John Locke (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1762).

A teoria contratualista reconhece a necessidade de um pacto decorrente do consenso e submissão de todos para a busca da igualdade e da paz social, pois entende que para se garantir a sobrevivência dos indivíduos estes precisariam viver em sociedade, organização coletiva que só é viável a medida que os sujeitos, individualmente, renunciam ao uso da força em favor de um ente “superior”, o Estado, que vigiaria a todos e puniria os que atentassem contra as regras pré-estabelecidas e que a todos submete, na confiança de que será protegido, assim como seus interesses e patrimônio.<sup>17</sup>

A partir da segunda metade do século XIX desenvolveu-se o funcionalismo, teoria sociológica que, por sua vez, concentrou-se na análise dos problemas sociais e nas suas possíveis soluções, reconhecendo o indivíduo como ser social que sofre influência do meio social e junto com outros indivíduos constitui a consciência coletiva<sup>18</sup>. De acordo com esta teoria, as instituições possuem um papel social, uma função, e a sociedade se mantém como organismo vivo. O método adotado não é dedutivo nem indutivo, mas heurístico em um sentido particular. A teoria funcionalista considera o Direito um mecanismo destinado à resolução dos conflitos e um meio de evitá-los.<sup>19</sup>

Neste contexto histórico-ideológico, Niklas Luhmann, teórico funcionalista alemão, desenvolveu diversos estudos sociológicos, dentre os quais, ora se destaca a *Teoria dos Sistemas*, onde assinala que a confiança deve ser reconhecida em várias esferas

---

<sup>17</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. (Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18.

<sup>18</sup> A "consciência coletiva" representa um estado de consciência coletiva decorrente “de uma imensa cooperação que se estende não apenas no espaço, mas no tempo” por sujeitos que, quando reunidos por ideias e sentimentos e crenças, por gerações, dão origem a “uma intelectualidade mais rica e mais complexa que a do indivíduo”, o que leva à conclusão de que essa sociedade é superior aos sujeitos individualmente, vez que é investida de autoridade moral, representando o melhor da condição humana. DURKHEIM, Emile. *Educação e sociologia*. 7ª.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978, p.45).

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 6-7.

da realidade social, estando no nível mais básico a confiança na natureza (*Zutrauen*), seguido da necessidade de regras de conduta tidas como corretas e apropriadas, mas que dada a sua instabilidade inerente, têm valor questionável.<sup>20</sup>

A confiança como elemento da relação social do indivíduo com o sistema especial de regras já estabelecido, ao mesmo tempo que o consolida e apara arestas, permite ao indivíduo identificar, na sua perspetiva da realidade, os problemas, as alternativas, possibilidades, reconhecer suas dificuldades e, por fim, tomar decisões<sup>21</sup>. Neste contexto de confiança, os indivíduos reconhecem como “bons para todos” (individualmente e coletivamente) os elevados parâmetros estabelecidos, e a sua observância permite que as posições inicialmente consideradas antagônicas, passam a ser sinalagmáticas.

Luhmann, então, critica o estado da arte e propõe a formulação de um novo modelo sociológico, capaz de abarcar, não só as questões sociais da época, mas a realidade social, em toda a sua complexidade<sup>22</sup>, elaborando, por fim, o que já foi chamado de *superteoria*, com pretensões de universalidade<sup>23</sup>, por reclamar aplicação a todo o fenómeno social, tendo sido alicerçada no diálogo com diferentes esforços de conceitualização oriundos dos mais diversos campos da ciência como a filosofia, sociologia, direito, lógica formal, teologia, biologia e física. Desta feita, o teórico tentou conciliar várias naturezas de saberes a fim de alcançar a diversidade dos fenómenos sociais, sob diferentes perspetivas.

Aquele que confia assume o risco de ser desapontado. A confiança é uma aposta, feita no presente para o futuro, fundamentando-se no passado e não adstrita a uma pessoa ou instituição específica, referindo-se ao funcionamento de um sistema.<sup>24</sup> Assim, a confiança deixa de ser exclusivamente subjetiva, alcançando a esfera de manifestação social, elemento socialmente relevante e fundamental para o equilíbrio e estabilidade da sociedade.

---

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 5-6.

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, p. 9.

<sup>22</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, p. XII

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, p. VIII.

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, pp. XXIII e XXIV.

A confiança passa a ser elemento essencial para a funcionalidade de determinados sistemas, devendo ser reconhecido valor, e a sua frustração alcança imprevisíveis consequências, tanto no número de indivíduos e instituições afetados, como no tempo necessário para sua neutralização e os custos econômicos pela desconfiança instalada.

A vertente despersonalizada da confiança permite, por exemplo, a sensação de segurança percebida pelos pacientes em relação aos profissionais de saúde, da audiência para com a comunicação social, a expectativa de proteção dos cidadãos pelo seu Estado no exterior, às instituições sociais para que não haja retrocesso, de modo que as complexidades sociais sejam reduzidas ou mais homogêneas.

Quem confia desta maneira, não confia em uma pessoa específica, não estando em causa o risco específico, mas abrange ao risco do sistema.<sup>25</sup>

Luhmann conclui que a confiança reduz a complexidade social na medida que supera a informação disponível e generaliza as expectativas de comportamento, ao substituir a informação insuficiente em segurança internamente garantida pelo sistema. O autor não a aponta como único fundamento, mas entende que não se poderia construir uma concepção de mundo estruturada e complexa sem uma sociedade complexa, assim, como esta sociedade não poderia ser constituída sem a confiança<sup>26</sup>.

Os sistemas sociais seriam, portanto, o produto da autosseleção em um mundo complexo, constituindo como sistema autopoieticos de comunicação<sup>27</sup>, onde a confiança representa ao mesmo tempo fonte de novas possibilidades e, conseqüentemente, aumentando a complexidade do sistema social, mas também capaz de reconciliar-se com a sua estrutura, vez que a confiança constitui uma forma efetiva de redução da complexidade<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, p. XXV.

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, p. XXV.

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, pp. XXVI e XXVII

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, p. 14.

A Teoria dos Sistemas por ele elaborada inova ao posicionar o Direito, não como conjunto de princípios e normas, mas como próprio resultado do sistema jurídico, reconhecendo-o como autoprodução, autopoiesis.<sup>29</sup>

Celso Fernandes Campilongo, ao analisar os estudos de Luhmann, relaciona-os às teorias dos sistemas biológicos de Maturana e Varela, afirmando que tanto na Biologia quanto na Sociologia, nomeadamente o sistema jurídico, verifica-se a *autopoiese* por serem dotados da capacidade de produzirem novos elementos constitutivos por meio de seu próprio exercício.<sup>30</sup>

Na Teoria dos Sistemas, o conceito de autopoiese não se limita à auto-organização de um sistema pela autoprodução de estruturas originadas de elementos pré-existentes do próprio sistema, elidindo a influência da realidade exterior, um “fechamento operativo”, apartando-se do ambiente.<sup>31</sup> As relações sociais desenvolvem-se de maneira alargar as concepções previstas pelo ordenamento aplicável, reafirmando sua competência para sanar os litígios, e no processo de sistema fechado, afastando a incidência de outros sistemas, resultante de processos sociais independentes<sup>32</sup>.

Por esta razão, Luhmann reconhece o sistema jurídico como um sistema histórico, pois sempre toma por base uma situação anterior. Entretanto, não nega a relevância do ambiente no desenvolvimento interno do sistema, assente que é a evidente diferença entre eles que os tornam referências recíprocas.<sup>33</sup>

O autor reconhece como indissolúvel a correlação entre sociedade e direito, afirmando que a sociologia aceita a tese de que toda a sociedade tem que possuir uma

---

<sup>29</sup> SEHN, Solon. *A unidade do Direito no pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. In *Direito, Estado e Constituição*. Homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo. pp. 407-408, 414.

<sup>30</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 73.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Disponível em: [https://books.google.pt/books?hl=pt-BR&lr=lang\\_pt&id=wNBJDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=luhmann+direito+da+sociedade&ots=CSmY-TpKja&sig=0D53mqro-7vBz3qe4GxlXTzt\\_RQ&redir\\_esc=y#v=onepage&q=luhmann%20direito%20da%20sociedade&f=false](https://books.google.pt/books?hl=pt-BR&lr=lang_pt&id=wNBJDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=luhmann+direito+da+sociedade&ots=CSmY-TpKja&sig=0D53mqro-7vBz3qe4GxlXTzt_RQ&redir_esc=y#v=onepage&q=luhmann%20direito%20da%20sociedade&f=false). Último acesso em 01/11/2019; e SEHN, Solon. *A unidade do Direito no pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. In *Direito, Estado e Constituição*. Homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo. pp. 408-409.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 7.

<sup>33</sup> SEHN, Solon. *A unidade do Direito no pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. In *Direito, Estado e Constituição*. Homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo. p. 409.

ordem jurídica, esta moldada à realidade da sociedade que regula<sup>34</sup>. Neste contexto, o Direito ocupa posição central no desenvolvimento social, ressalva-se que não assume papel impulsionador ou orientador no sentido político do desenvolvimento, mas como forma e expressão da situação social correspondente. O direito é, portanto, uma construção social, indispensável, mas sempre contingente<sup>35</sup>

Luhmann afirma que o Direito exerce função essencial, e arrisca reconhecê-lo como decisivo para viabilizar o desenvolvimento das complexidades e estruturação dos sistemas sociais, mantendo um grau de permeabilidade com o “ambiente”, por meio das modificações provocadas pelas decisões em casos concretos judicializados, assim como a positivação das novas realidades sociais.<sup>36</sup>

O sistema jurídico mostra-se um perfeito exemplo de sistema social nos moldes descritos pelo teórico, pois suas operações têm natureza específica, evoluem em um processo histórico e relaciona-se com o ambiente de maneira referencial, por meio de uma “abertura cognitiva”, a qual permite que as decisões jurídicas sejam fundamentadas na verificação da conexão com os fatos das situações litigiosas e os fatos-tipos, estes pré-determinados pelo próprio Direito.

Depreende-se, portanto, que mediante os fatos-tipos, os quais resultam ser aqueles que o sistema reconhece como juridicamente relevantes para as concepções de justiça, eticidade, equidade e utilidade, permite-se o exercício da cognição externa, o que gera, por sua vez, a ponderação das práticas internas do sistema.

Ocorre que a pluralidade de situações fáticas é um constante obstáculo às iniciativas do Direito em estabelecer regras generalizantes que permitam a formação de correlações e hipóteses genéricas sobre questões comportamentais<sup>37</sup>, o que não afeta a

---

<sup>34</sup> “Uma outra questão é se ela produz um conceito mais estrito de direito, a partir do qual certas sociedades arcaicas seriam caracterizadas como pré-jurídicas, conhecendo apenas hábitos e costumes, mas não normas jurídicas propriamente ditas.” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 38.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 21.

<sup>36</sup> O autor faz o contraponto com o que chama de “*Sociedades simples*”, caracterizadas por possuírem um “direito tradicionalmente determinado, concebido em termos relativamente concretos”, e que o desenvolvimento de tais sociedades exigiria dos sistemas sociais, incluindo o jurídico, a promoção de elasticidade que cingisse a crescente heterogeneidade dos factos sociais, paulatinamente mais complexos. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 13-15 e 21

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 12

complexidade<sup>38</sup>, a função social, bem como sua importância na sustentação das bases da sociedade que regula, mantendo-o sempre atento e atualizado com relação aos movimentos sociais.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 18. O autor afirma que “na literatura da teoria de sistemas encontramos frequentemente a diferenciação entre complexidade desorganizada e organizada, sendo que a última serve de protótipo para o organismo. Cf. VON BERTALANFFY, Ludwig. *General system theory. General systems*, nº 7, 1962, p. 1-20. Para um esclarecimento mais detalhado do conceito de complexidade ver minha contribuição em HABERMAS, Jürgen e LUHMANN, Niklas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt, 1971, pp. 292 ss.”

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 9, 20-21.

## 3. A Confiança para o Direito

### 3.1 Confiança: a base de tudo

Mesmo nas relações primitivas, a confiança sempre foi elemento essencial, tanto que serviu de base para outros conceitos, mais elaborados como a boa-fé, a lealdade e a equidade<sup>40</sup>.

Quanto mais sofisticada fosse a sociedade, mais complexos os conceitos, contudo, a base das relações, nomeadamente as de relevância jurídica, sempre é a confiança. Tanto assim é, que a resposta do Direito aos conflitos é a punição pela ofensa à confiança prestada, não só pelos danos efetivos causados à vítima, mas também considerando a desconfiança que aquele comportamento desviante pode repercutir no equilíbrio e na paz social.

O livre-arbítrio e a autonomia da vontade dos sujeitos são pensamentos que desde a antiguidade encontraram eco e abrigo no Direito.<sup>41</sup> E muito embora a vontade sempre tenha sofrido influência de diversos fatores, como o conhecimento e a confiança

---

<sup>40</sup> “A equidade é, hoje em dia, objeto de referências dispersas: a sua riqueza significativa permite que, muitas vezes sem grande precisão de linguagem, os textos jurídicos lhe reportem. (...) Chegou-se assim, como referido, a duas aceções fundamentais: - uma noção mais “fraca”, que, partindo da lei positiva, permitiria corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das normas abstratas, aquando da aplicação concreta; - uma noção mais “forte”, que prescinde do Direito estrito e procura, para os problemas, soluções baseadas na denominada justiça do caso concreto. (...) A equidade, tanto, na aceção “fraca” como na aceção “forte”, prende-se com a vertente individualizadora da justiça. (...) O Código Civil vigente não define a equidade. Tem-na, porém, repetidamente em conta (...) A presença da equidade no art. 4º do Código Civil, (...) mostra que ela opera como efetivo instrumento de resolução de casos.” CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 4ª ed., reformulada e atual. – v. 1º: Introdução: fontes do direito: interpretação da lei: aplicação das leis no tempo: doutrina geral. Coimbra: Almedina, 2012, p. 600 e ss.

<sup>41</sup> “O dogma da vontade que estruturou o Direito Contratual resulta de uma imposição baseada nas fontes romanas e repetidas por séculos para impedir que os Estados interferissem nas relações comerciais particulares.” BETTI, Emílio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 114. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61

nas pessoas e instituições, fato é que a confiança e a vontade, são reconhecidas como praticamente indissociáveis, o que viria a caracterizar o Direito Obrigacional.<sup>42</sup>

Como ressalta Cláudia Lima Marques “o contrato remedia a desconfiança básica entre os homens e funciona como instrumento, antes individual, hoje social, de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes.”<sup>43</sup> Este pensamento é acompanhado por André Perin Schmidt Neto ao afirmar que

“as normas de convívio social buscam garantir a liberdade individual, preservando o ideal de ‘justiça’ para a cultura de uma sociedade em uma determinada época. Tais regras, inclusive as jurídicas, baseiam-se no que normalmente ocorre a fim de preservar as legítimas expectativas dos indivíduos que confiam em determinadas verdades anunciadas.”<sup>44</sup>

A “*fides*” é outro conceito antigo, derivado da confiança que se verifica em diversos institutos do Direito romano. A conceção que gerou o instituto “*fides bona*”, critério de virtude ética, em contraposição ao dolo e má-fé, que já era reconhecida como requisito na defesa de direitos possessórios (*usucapião longi temporis, praescriptio e da praescriptio longissimi temporis*) e no Direito moderno, a boa-fé figura em todas as legislações ocidentais, ainda que com conteúdos diversos, suprindo-se as nulidades, sanando-se os vícios e integrando-se as incapacidades<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.29.

<sup>43</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7ª. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 58

<sup>44</sup> “O dinheiro é um pedaço de papel que as pessoas acreditam valer alguma coisa. Então, ele passa, efetivamente, a valer. A confiança é a base de toda relação, notadamente nas operações mercantis. Assim, como a vontade. Eis as duas faces de um contrato.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.27-28.

“Sejam, porém, rudimentares ou refinadas, elementares ou complexas, simples ou prolixas, as normas jurídicas são indispensáveis e insubstituíveis, porque constituem o único meio hábil e eficaz de que dispõe a sociedade para evitar o caos social e obter uma coexistência harmônica entre os seres humanos”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8.

“A conciliação entre as declarações de vontade provenientes das pessoas que constituem o negócio jurídico indica um mínimo de confiança que, reciprocamente, uma deposita na outra.” LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

<sup>45</sup> “Iniciou-se com o culto à Deusa Fides, protetora das estipulações negociais, realizado em um dos templos do Capitólio, no dia 1º de outubro. Da fides passou-se à fides bona que “significava a fidelidade à palavra dada, com o dever de cumprimento da promessa, o que fazia com que surgissem efeitos jurídicos e fosse possível a ação no caso de certos contratos que não eram reconhecidos pelo ius civile”. Santo Agostinho, no Sermão 49.2, declarou: Se tem chamado fides o fato de que se faz o que se diz”. A ideia de

O convívio humano estabelece com o Direito, de forma direta ou indireta, uma relação de fluxo contínuo. Como bem expressa Luhmann, “o direito é um fato social que em tudo se insinua e do qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro<sup>46</sup>.”

Compreende-se o esforço de estabelecer uma planificação das relações jurídicas, minimizando a complexidade inerente às relações humanas, evitando-se os conflitos, alcançando um elevado nível de confiança recíproca entre os agentes sociais, o que implicaria numa sociedade mais harmônica.

Luhmann afirma que o processo de normatização das relações sociais, estabelece uma expectativa de comportamento que, quando confirmado, consolida a confiança nutrida pelo ordenamento, fazendo com que este tenha sua eficácia sedimentada, institucionalizando juridicamente os mecanismos de interação social<sup>47</sup>.

---

*cumprimento da palavra dada era especialmente significativa para as relações negociais, seja entre os cidadãos romanos, seja nas relações internacionais, gerando a ideia de fidelidade e de confiança. Os povos vencidos, antes da destruição total, submetiam-se ao vencedor, obtendo a proteção da fides populi romani. Mais tarde, nas relações jurídicas, surgiu uma nova expressão, bona fides, mencionada por Cícero, a significar a segurança da avença, fundada na palavra dada.”* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Proteção da boa-fé objetiva*. Revista da Ajuris. Porto Alegre, ano 39, nº 126, jun. 2012, pp. 188-190.

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 7.

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 7. Luhmann, em nota ressalta a problemática da crescente juridificação, como processo que implica em diversos inconvenientes, pois ao mesmo tempo que estabelece uma regulação das relações sociais, acaba por restringir seus naturais processos evolutivos, terminando por se tornar anacrônica. Como se verifica do extrato abaixo transcrito:

“Aliás, a “inundação de normas” (*Gesetzestflut*) que constitui com frequência uma verdadeira “poluição legal” (sinal inaudível dos nossos tempos) deixa muitas vezes sem objeto definido a confiança dos sujeitos do Direito, pois traz como consequência inelutável o desconhecimento das normas jurídicas por parte do cidadão (e, inclusivamente, do jurista, por vezes mesmo especializado. A tradicional máxima “*error iuris non excusat*”, segundo a qual “a ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta de seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas (cfr. Art. 6º do Código Civil), pode assim revestir-se de uma insuportável dureza em múltiplas situações. Sem atingir o seu núcleo essencial, importa dar-lhe uma interpretação flexível, temperada por critérios de razoabilidade e adequação. No direito civil, há que discriminar e reconhecer a possibilidade de relevância do erro de direito no quadro dos fundamentos da invalidade negocial, pois é muito distinta a falsa representação da realidade jurídica que inviabiliza um resultado colocado na livre disposição dos sujeitos, segundo o princípio da autonomia privada, da questão da obrigatoriedade das leis, mesmo ara quem as desconheça. (vide CASTANHEIRA NEVES, *Questão de fato – Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica) I – A crise*, Coimbra, 1967, 31 n. 15). Esta última releva, no direito civil, paradigmaticamente no campo delitual, onde estão em jogo regras proibitivas ou impositivas de conduta, campo de uma heteronomia que é justificada pela básica teologia da responsabilidade aquiliana (sobre a qual pode ver-se o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, 188 ss e, passim). Ora, no sector delitual é viável, dada a necessidade da mediação do princípio da culpa para estabelecer a responsabilidade, proceder a uma ponderação concreta das circunstâncias do caso e apreciar o desconhecimento de uma norma jurídica pela diligência exigível ao bom pai de família (cfr. Art. 487º, nº 2; devem evitar-se aqui, naturalmente, exigências desproporcionadas, sob pena de desfigurar o próprio

Surge, então, a ideia central da premência em se reconhecer a confiança como princípio basilar das relações sociais, merecendo, portanto, a dedicação da doutrina para que se construa uma dogmática à altura de tão influente conceito, pois, quando se verifica o ataque ou a quebra da confiança legitimamente estabelecida, não se atinge somente a pessoa prejudicada objetivamente ou o nicho de abrangência da relação jurídica, mas, por vezes, toda a sociedade é atingida por um efeito dominó.

Contudo, independentemente da natureza jurídica reconhecida à confiança, se valor jurídico ou princípios, “*a ideia básica é que os sujeitos aderem a relações jurídicas específicas, motivadas, exclusiva ou predominantemente, pela confiança depositada na outra pessoa ou na relação jurídica.*”<sup>48</sup>

Neste mesmo diapasão, Zippelius, entende que o Direito deve atuar como instrumento para a construção de uma organização social justa e equilibrada<sup>49</sup>, ou seja, o ordenamento presta-se como mecanismo auxiliar na construção da realidade social, tomando-se por base o conteúdo dos conceitos de Justiça daquela sociedade.

António Menezes Cordeiro, por sua vez, em sua tese de doutoramento, esta dedicada ao estudo da boa-fé, reconhece a confiança como expressão de uma situação de

---

*critério legal. Transformar-se-ia o “bom pai de família” da lei num personagem caricaturalmente estranho e raro pela meticulosidade ou escrúpulo que se lhe impusesse nas indagações acerca das normas do direito positivo, por exemplo, a exigir-lhe na prática a assinatura e estudo assíduo e aturado do Diário da República).*

*As características do fenómeno contemporâneo da “hiper-regulação” revelam que a confiança das pessoas deslocou inevitavelmente as suas referências de ter por objecto essencialmente certas normas jurídicas básicas, conhecidas por todos e de validade indiscutida, centra-se agora a justeza e adequação da regulação jurídica i seu conjunto, nas virtualidades do Direito para assegurar uma composição justa dos interesses em litígio e na eficácia das instituições que o aplicam. A confiança torna-se neste aspecto mais difusa e de algum modo mais frágil, com o risco agravado, agora, de a frustração das expectativas favorecer uma descrença no próprio Direito e no seu sentido.*

*No entanto, esta consequência que a hiper-regulação traz consigo sofre uma certa atenuação no direito civil. Tal prende-se com as características das normas jurídico-civis, mais protegidas em face deste fenómeno. Este tem-se manifestado sobretudo na expansão de um direito de cariz organizatório ou meramente regulatório, essencialmente subordinado ao finalismo político-intervencionista do Estado e à simples lógica de uma ordenação económico-social eficiente, como tal, num direito marcado pela contingência e transitoriedade dos seus objectivos.*

<sup>48</sup> MARTINS, Raphael Manhães. *O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil*. *Ajuris*, Porto Alegre, vol. 35, n. 112, p. 259, dez. 2008. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 191.

<sup>49</sup> Tradução livre de “*zweckmäßiger und gerechter Sozialgestaltung*”. ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtstphilosophie*. 3 ed. Beck, Munique, 1994, p. 258. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 22.

facto, em que o sujeito desenvolve crenças fomentadas pelas ações de outrem acerca de representações, passadas, presentes e futuras, que tenha por efetivas. Partindo do pressuposto de que a confiança é manifestação da boa-fé, um princípio da confiança integraria seu conteúdo, sendo juridicamente útil somente quando falte disposição legal específica<sup>50</sup>, enclausurando, assim, o conceito, os elementos constitutivos, os efeitos e a tutela da confiança.

Manuel António Carneiro da Frada, em sua tese de doutoramento sobre a confiança e a responsabilidade civil reconhece que a amplitude e vaguidade do conceito de confiança dificulta a construção jurídica de um princípio, o que resulta em dogmática jurídica ainda incipiente<sup>51</sup>.

Ainda que a realidade jurídica tenha intuitivamente assimilado a confiança, o Direito construiu-se alicerçado na desconfiança, além do que, as relações sociais cada vez mais complexas<sup>52</sup> e impessoais, redirecionam o foco da confiança daquele sujeito, de quem se espera o atendimento da legítima expectativa, para outrem, por exemplo, o Estado, o agente fiscalizador, a instituição certificadora etc., mas a confiança persiste como elemento fundamental<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 7ª reimpressão, 2017, pp. 1234; 1250-1251.

<sup>51</sup> O Autor delinea a imprecisão do conceito e a amplitude do princípio da confiança, como verificamos no extrato a seguir: “São vários e de gradação diversa os comportamentos dos sujeitos retratáveis como atitudes de confiança. Tanto se pode dizer que confia aquele que crê firmemente numa certa realidade, como quem espera com uma convicção mais moderada, como ainda o que chega a adoptar um determinado comportamento apesar de uma contingência que não domina, decidido a assumir o correspondente risco na expectativa de que não se concretize.” FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 17-18.

<sup>52</sup> “De fato vive-se um tempo de elevada formalização jurídica com a concomitante tendência para a racionalização, tecnicização e profissionalização do Direito: destaque-se em especial e actual análise de MAX WEBER, (*Rechtssoziologie*, 2ª edição), 1967, vg 330 e *passim*.” FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.18 e nota de rodapé.

<sup>53</sup> Manuel António Carneiro da Frada chega a reconhecer que a sociedade contemporânea exige que o grau de confiança para estabelecimento e desenvolvimento das relações sociais seja redobrado, bem como uma tutela eficaz para que se alcance um funcionamento aceitável do sistema sociais, isto é, paz jurídica. Ver FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

A argumentação de que o princípio da confiança estaria atrelado ao desenvolvimento da teoria da aparência<sup>54</sup>, ainda é sustentada por alguns autores<sup>55</sup>. Contudo, deve-se reconhecer que a confiança não se restringe à aparência das coisas, atos, fatos ou sujeitos, mas configura-se como condição para que o Direito exista e seja considerado sistema social de regulação de relações sociais e pacificação de conflitos.

Até na inobservância consciente do Direito posto, a confiança lá está, e por isso, deve ser tutelada. O Direito, portanto, é ao mesmo tempo consolidador e fonte de confiança, e sua inobservância gera, não só as consequências por ele previstas, mas também o questionamento social se o Direito existente é prestável a regular a sociedade que o originou<sup>56</sup>.

Fundamental pensar que o desenvolvimento das complexidades sociais levou à normatização e judicialização das relações, mas nem assim, a confiança ficou menos importante<sup>57</sup>. Verifica-se, mais do que nunca, a ambiguidade apontada pela doutrina que

---

<sup>54</sup> Angelo Falzea define a aparência de direito como “a situação de fato que manifesta como real uma situação jurídica não real. Este aparecer sem ser coloca em jogo interesses humanos relevantes que a lei não pode ignorar”. FALZEA, Angelo. *Apparenza*. Enciclopedia Del Diritto, vol III, Milano: Giuffrè Editore, 1958, p. 685. *Apud* MOTA, Maurício (23 de nov de 2016). *A Responsabilidade Civil por Situações da Confiança na Teoria da Aparência Jurídica*. Acesso em 17 de out de 2019, disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota>. Vicente Ráo sintetiza assim esses pressupostos para a caracterização da aparência de direito: “São seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse” RÁO, Vicente. *Atto Jurídico*, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1965, p. 243.

Gustavo Birenbaum, por sua vez, destaca que a onerosidade do ato praticado em erro é reconhecida pela teoria da aparência como elemento essencial para a proteção da confiança do terceiro de boa-fé. BIRENBAUM, Gustavo Benjamin. *A titularidade aparente: eficácia do negócio jurídico realizado com o aparente titular de direito por força da tutela da confiança legítima*. Dissertação de mestrado, Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2004, p. 74-75.

<sup>55</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 7ª reimpressão, 2017, p. 1234. “A teoria da aparência do direito requer uma situação pela qual quem confiou razoavelmente em uma determinada manifestação jurídica e se conduziu conforme ela tem direito a contar com tal manifestação, ainda que não correspondente à realidade. Já foi dito que os princípios da confiança e da aparência correspondem à mesma justificada expectativa diante de uma situação não conforme com a realidade. (...) Outros entendem que “a proteção da confiança é gênero, e a proteção da aparência é a espécie.”; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Proteção da boa-fé objetiva*. Revista da AJURIS. Porto Alegre, ano 39, nº 126, jun. 2012, p. 198.

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas. *Confiança*. (Trad. Amada Flores) Barcelona: Anthropos, 1996, p. 24; e CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 7ª reimpressão, 2017, p. 1242.

<sup>57</sup> Em nota Manuel António Carneiro da Frada cita Luhmann ao afirmar que “sem uma qualquer confiança [o Homem] não deixaria de manhã sua cama, um medo indefinido, um horror paralisante assaltá-lo-iam. Nem sequer poderia formular uma desconfiança definida e torná-la base de disposições defensivas; porque isso implicaria que ele confiasse noutros sentidos. Tudo seria possível. Ninguém aguenta uma confrontação

se debruçou sobre o instituto da confiança. Se por um lado reconhece-se que o Direito acompanha a confiança, garantindo proteção ou institucionalizando-a, esta proporciona alicerce, conteúdo e propósito ao Direito, o que torna premente a necessidade da construção de uma dogmática<sup>58</sup> capaz de resguardar elemento de tamanha importância. Como afirma Manuel António Carneiro da Frada: “*a confiança relaciona-se com a segurança, mas também com a justiça ou a adequação do Direito*”<sup>59</sup>.

Ainda que parte da doutrina não admita a importância da confiança, seja pela amplitude de seu conceito, ou a fluidez de sua concretização, fato é que, mesmo sem a expressa identificação de tutela da confiança, medidas legislativas<sup>60</sup> e decisões judiciais sempre agiram na sua efetivação<sup>61</sup>.

Neste sentido, Manuel António Carneiro da Frada assegura que a confiança está na gênese de muitas normas jurídicas, o que é particularmente evidente quando estas visam garantir a satisfação de expectativas por intermédio do “*acolhimento de estruturas de confiança já existentes e vigentes na ordem social*”<sup>62</sup>.

Em última análise, ainda que não seja fácil estabelecer um conceito, ou mesmo a amplitude de um princípio norteador da ordem jurídica, a *ratio* das normas jurídicas e o todo o sistema jurídico de uma sociedade busca alcançar tal estado de confiança que os sujeitos entendam ser razoável, acertado ou devido confiar, que se sintam seguros para

---

*imediate deste género em a elevada complexidade do mundo. (Cfr. Vertrauen / Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 2ª edição, Stuttgart, 1973, 1.) FRADA, Manuel António Carneiro da. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.*

<sup>58</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 20-23.

<sup>59</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 25.

<sup>60</sup> Em nota Manuel António Carneiro da Frada faz referência a von CRAUSHAAR (*Der Einfluss des Vertrauens auf Privatrechtbildung, München, 1969, 7-8 e passim.*), o qual identifica a confiança como elemento determinante do Direito, valorando-a conforme o questionamento de sua estrutura e características, a fim de apreciação das situações jurídicas e a interprete *através da indagação da respectiva estrutura e características, obter critérios de valoração para a apreciação jurídica de situações de confiança e a interpretação das normas que lhe dizem respeito: op. Cit. 7-8, e passim.*)

<sup>61</sup> Em nota Manuel António Carneiro da Frada cita von KIRCHMANN, autor alemão que sarcasticamente afirma que “*três palavras do legislador bastam para que bibliotecas inteiras de doutrina se tornem numa inutilidade*” (*cfr. Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin, 1848, reedição de Herrmann Klenner, Freiburg, Berlin 1990, 24-25.* FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 21.

<sup>62</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 24.

relacionar-se juridicamente, seja porque há previsão de reprimendas legais, seja porque tais previsões normativas são fielmente aplicadas<sup>63</sup>. Não se trata simplesmente de um imperativo racional, mas intrínseco, ético, uma premência da ordem jurídica<sup>64</sup>.

### 3.2 Tentativas de construção dogmática

A confiança, por sua natureza multifacetada, transversal, perpassando diversos ramos das ciências humanas, sofre com a falta de consolidação dogmática, sendo considerada terreno movediço para os estudiosos do Direito, afastando-os do encargo de construir uma dogmática-crítica<sup>65</sup>, mas que nem por isso perde a necessidade de operacionalização concreta na tutela das legítimas expectativas.

No intento de dar materialidade à confiança, prevêm-se reparações em normas legais, aplicam-se os princípios gerais do direito, procedimento metodológico essencial na procura e justificação de soluções<sup>66</sup>, nomeadamente o da proteção das legítimas expectativas e da boa-fé.

Como já referido, ao longo da História do Direito, diversas foram as tentativas de construção de uma dogmática jurídica da confiança. No Direito romano e no direito comparado já se documentou a proteção da confiança das pessoas<sup>67</sup>, porém, somente nos

---

<sup>63</sup> Manuel António Carneiro da Frada refere-se às conclusões de Luhmann, de que a confiança ultrapassa o seu teor ético, sendo “*a atitude humana do confiar à coragem moral e à força interior, à rectidão e à sinceridade de vida.*” (Nicolai Hartmann, *Ethik 2ª edição, Berlin, Leipzig, 1935, 426-429*). FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 26.

<sup>64</sup> Manuel António Carneiro da Frada refere-se às conclusões de Claus-Wilhelm Canaris, (Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, münchen, 1971, reimp NEdeln 1981, 3), por este reconhecer “*que o princípio da confiança pertence ao número de princípios mais fundamentais de qualquer ordem jurídica, como componente que é da ideia de Direito entendida em sentido material*” FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 26.

<sup>65</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 31

<sup>66</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 32.

<sup>67</sup> “*A proteção mantém-se, por certo, hoje em dia, tendo sido, aliás, consideravelmente alargada. Mas é uma proteção delicada: o reconhecimento geral e absoluto da tutela da confiança levaria a que boa parte das soluções cominadas, em termos expressos, fosse desviada a favor daquilo em que, por uma razão ou por outra, as pessoas acreditassem.*” CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 4ª ed., reformulada e atual. – v. 1º: Introdução: fontes do direito: interpretação da lei: aplicação das leis no tempo: doutrina geral. Coimbra: Almedina, 2012, p. 969.

fins do século XIX verificou-se um esforço concentrado na “*busca de soluções novas e melhores e de aumentar sua incidência no próprio pré-entendimento dos problemas*”<sup>68</sup>. Inicialmente associada à teoria da aparência, a elaboração de uma dogmática da confiança recebeu especial atenção dos autores alemães como Canaris, Meyer, Stolle Oertmann<sup>69</sup>.

Outro autor alemão, Luhmann, apesar de não se restringir aos temas jurídicos, pois busca uma teoria da sociedade, contribuiu consideravelmente para a compreensão da confiança e sua relevância no sistema jurídico, reconhecendo que a sociedade não seria formada por indivíduos ou relações de indivíduos, mas por comunicações<sup>70</sup>, e neste específico aspeto, a confiança alcança importância fundamental.

Ao empregar a distinção elaborada por Karl Buehler, Luhmann conclui que a comunicação decorre da combinação de três elementos, quais sejam, o ato de comunicar, a informação e a compreensão<sup>71</sup>; e o sistema jurídico, contrariando a sustentação das teorias do Direito tradicionais, “não seria um complexo ordenado de regras jurídicas, mas um subsistema do sistema social, formado pelo conjunto de operações fáticas (comunicações) ligadas à estabilização de expectativas normativas<sup>72</sup>”.

Nelson Nery Junior, entende que a teoria da confiança desenvolvida (*affidamento ou Vertrauentheorie*), permanece aquém da importância que a confiança tem na concretização dos acordos e da paz social. O autor argumenta que as bases dessa

---

<sup>68</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 7ª reimpressão, 2017, p. 1235; e FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 34.

<sup>69</sup> “*Ligada à teoria da aparência, a confiança foi tematizada com maior ou menor ênfase ou clareza, já no início do século vinte, por autores germânicos como H. MEYER ou M Wellspacher, e depois por P. Oertmann ou H. Stoll; cf. Respectivamente Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, München, 1909, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im burgerliehen Techt, Wien, 1906, Grundsatzliches zur Lehre vom Rechtssheim, ZHR 95 (1930), 443 ss, Haftung aus Bescheinigung, AcP 135 (1932), 89 ss. Mais tarde apareceram obras tratando-a em extensão, na sua importância para o direito privado em geral ou em outros sectores da ordem jurídica.*”; CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 7ª reimpressão, 2017, pp. 1235-1236.

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. *O conceito de sociedade*. In NEVES et al, op. Cit. P. 76-77. *Apud SEHN, Solon. A unidade do Direito no pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In Direito, Estado e Constituição. Homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo*. p. 406.

<sup>71</sup> LUHMANN, Niklas. *O conceito de sociedade*. In NEVES et al, op. Cit. P. 81 e ss. *Apud SEHN, Solon. A unidade do Direito no pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In Direito, Estado e Constituição. Homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo*. pp. 406-407.

<sup>72</sup> SEHN, Solon. *A unidade do Direito no pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In Direito, Estado e Constituição. Homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo*. p. 407.

teoria a mantém muito próxima das teorias voluntaristas, vez que considera a confiança um elemento volitivo<sup>73</sup>.

Na tentativa de desenvolver uma dogmática para o valor confiança, doutrinadores estruturaram seus estudos no sentido de consolidar um princípio, pois esta espécie de instituto não ambiciona a previsibilidade ou inteligibilidade, mas instaurar valores na aplicação das normas, “*portanto, a regra concretiza o princípio e o princípio adapta a regra ao caso concreto.*”<sup>74</sup>

Claudia Lima Marques, autora há muito defensora do reconhecimento de princípio da confiança, entende que para que haja sua aplicabilidade aos casos concretos prescinde de positivação, pois que, no seu sentir, a confiança já constitui elemento da noção de negócio jurídico e, portanto, fonte de obrigações<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> “Segundo a teoria da confiança, em havendo divergência entre a vontade e declaração, deve esta prevalecer sobre aquela porque, via de regra, o declarante deve responder pela confiança que o declaratário nele depositou ao contratar. No entanto, se o declaratário confiou indevidamente, agindo por negligência, má-fé, dolo ou culpa, aí sim, coloca-se de lado a declaração propriamente dita, e resolve-se o conflito buscando-se interpretar a vontade interna do declarante.” NERY JUNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 11. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.59

<sup>74</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 190.

<sup>75</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 190-191.

## 4.Os Contratos Eletrônicos

### 4.1 Noção clássica de contrato

O Direito romano<sup>76</sup> deu mais este contributo ao Direito civil, a medida em que atribuiu aos acordos, elementos, formas, relevância jurídica, efeitos entre outros contornos, elevando-os à condição de instituto, base das Obrigações e que, com uma ou outra alteração, chegam aos nossos dias.

Inquestionável que as transformações ocorridas em mais de vinte séculos impactaram nas relações jurídicas e, conseqüentemente, o entendimento do que seja um contrato sofreu alterações ao longo da história do instituto, especialmente no último século, quando as mudanças tecnológicas permitiram até a celebração de contratos sem a participação humana.

Muito embora haja um sem número de legislações a dedicarem-se em conceituar tal instituto<sup>77</sup> com o objetivo de regular essencialmente as relações jurídicas privadas, o contrato<sup>78</sup>, como manifestação mais versátil e complexa dos atos jurídicos, formalização de um acordo de vontades, continua a ser objeto de profundas discussões teóricas e práticas. Tais discussões não se limitam à sua definição dogmática, mas abarcam a identificação de seus elementos essenciais, os requisitos caracterizadores, bem como à

---

<sup>76</sup> BALDUS, Christian. *Autonomia privada romana*, Revista dos Tribunais, vol. 904, fev. 2011, pp. 41 e seg.

<sup>77</sup> O art. 1.101 do Código Civil francês reza: “*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.*”, cuja livre tradução seria: “O contrato é um acordo de vontades entre dois ou mais pessoas destinado a criar, modificar, transmitir ou estender obrigações.”, enquanto o Código Civil italiano, em seu art. 1.321 afirma que: “*Il contratto è l'accordo di due o più per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”, cuja livre tradução corresponde a dizer “o contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.43.

<sup>78</sup> “‘*Contrato*’ é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa.” ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 7.

forma de interpretação desse acordo de vontades, como regramento estabelecido entre as partes.

André Schmidt afirma que “*a hermenêutica desse conceito, como qualquer outro, traz consigo uma carga valorativa e ideológica e, por isso, sofre alteração conforme os principais valores de uma época.*”<sup>79</sup>

Inegável a evolução dos contratos por força da adoção dos ideais liberais pelas codificações do século XIX e início do século XX, as quais compreendiam o contrato como ápice do Direito privado, por exaltar o exercício das liberdades e do individualismo, reconhecendo os pactos como lei entre as partes – *pacta sunt servanda* -, admitindo a interferência do Estado e suas leis somente para garantir sua execução<sup>80</sup>.

A autonomia da vontade<sup>81</sup> é considerada desde então o centro da ciência jurídica privatista, principal elemento, fonte essencial e legitimadora para a gênese de direitos e obrigações decorrentes da relação jurídica obrigacional.<sup>82</sup>

A igualdade ficta entre as partes exigiu que o Estado assumisse um papel cada vez mais relevante nas relações contratuais particulares, tanto na elaboração de regras que restabelecessem o equilíbrio de forças entre os contratantes<sup>83</sup>, no controle da legalidade

---

<sup>79</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.43-44.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Anísio José da. *A teoria da imprevisão dos contratos*. São Paulo: Leud, 1991, p. 20. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.44.

<sup>81</sup> “(...) a autonomia da vontade, mais que um princípio do Direito, é um primado político e uma construção filosófica, e por isso o nível de importância que lhe é dado depende do momento histórico vivido.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.61.

<sup>82</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.44; o qual ainda cita Gounot, que sumariza o pensamento da época ao afirmar que “*da vontade livre tudo procede e a ela tudo se destina.*”

<sup>83</sup> CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 22-23. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 45-46.

das cláusulas contratuais e sua execução nos litígios, como na conscientização de direitos e deveres na contratualização das relações entre particulares<sup>84</sup>.

Contudo, formou-se um movimento crítico, iniciado por pandectistas alemães, seguido por intelectuais italianos<sup>85</sup>, que apontou que não bastava considerar as partes livres para contratar, era essencial assegurar o pleno exercício dos demais direitos. Neste contexto, trazem a ideia de parte mais fraca, sendo esta o sujeito em posição de inferioridade em relação ao outro contratante.

A adoção dessa concepção revolucionou o Direito obrigacional e o papel do Estado na superação do Voluntarismo<sup>86</sup>, relativizando a antiga visão de contrato de que este é instrumento para o exercício pleno da autonomia privada.

#### 4.1.1 Diferenciação entre fato e ato jurídico

A superação da concepção voluntarista foi possibilitada pelo esforço de autores como Savigny, este apontado como tendo sido o primeiro a utilizar a expressão *'fato jurídico'*<sup>87</sup>, sistematizando os elementos estruturantes do novo instituto, este conceituado como *"acto humano ou acontecimento natural juridicamente relevante. Esta relevância jurídica traduz-se, principalmente, senão mesmo necessariamente, na produção de*

---

<sup>84</sup> FREIRE, Ricardo Maurício. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 28. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.46.

<sup>85</sup> *Os exemplos mais importantes são Savigny "precursor dos estudos germânicos dos pandectos ('Pandektistik)", Puchta, Dernburg e Windscheid. Entre os italianos estão Betti, Scialoja e Massineo, além do francês Saleilles, todos fundamentais para a modificação do conceito clássico dos pactos. Não havia como criticar o liberalismo sem modificar drasticamente a percepção de contrato."* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.47-48.

<sup>86</sup> *"Assim, no intuito de substituir os dogmas voluntaristas aqui referidos, cresce a importância dada à confiança. Ademais, a noção de confiança e de boa-fé sempre orientou o comportamento humano que precisa da premissa da lealdade do 'alter' para se relacionar."* PONTES DE MIRANDA. *Introdução: pessoas físicas e jurídicas*. Atual. Judith Martins-Costa et al. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 156. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 190; LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Trad. Amanda Flores. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 7.

<sup>87</sup> *'juristische Tatsache'*. SAVIGNY, M. F. C. Von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução de Jacinto Messia y Manoel Poley Centro. 2 ed. Madrid: Góngora, [s.d.]. vol. II, p. 142 *Apud* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

*efeitos jurídicos*”<sup>88</sup>, ou seja, fatos jurídicos são “os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam”<sup>89</sup>.

Ressalte-se que, com tal conceito, a teoria do fato jurídico atingiu toda a ciência do Direito, classificando os fatos jurídicos como atos jurídicos, estes fundados na vontade manifestada, e naturais, por serem involuntários ou a vontade do sujeito ser irrelevante.”<sup>90</sup>

#### 4.1.2 Negócio jurídico

Os pandectistas do século XIX adotaram a expressão ‘negócio jurídico’ que inicialmente foi empregado pelos jusnaturalistas como ‘*ein rechtliches Geschäft*’ que se referia, justamente, ao ato jurídico que contava com a liberdade de escolha dos efeitos pelas partes<sup>91</sup>. Ritter Hugo foi o primeiro doutrinador a cunhar o termo ‘*Rechtsgeschäft*’, que veio a ser legalmente definido no §88 do Código Civil saxônico – traduzido para negócio jurídico.<sup>92</sup>

Sob a influência ideológica do Estado liberal, construiu-se o instituto do negócio jurídico fundado no pleno exercício da liberdade individual à parte do Estado, concebido como instrumento da realização da vontade individual, permitindo que o sujeito produza

---

<sup>88</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 353.

<sup>89</sup> SAVIGNY, M. F. C. Von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução de Jacinto Messia y Manóel poley Centro. 2 ed. Madrid: Góngora, [s.d.]. vol. II, p. 142 *Apud* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

<sup>90</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.73; PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 353-354.

<sup>91</sup> “O negócio jurídico é uma manifestação do ‘princípio da autonomia da vontade ou princípio da autonomia privada’, subjacente a todo o direito privado”. PINTO, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 89.

<sup>92</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. 3. Ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, vol. 3, p. 4. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.82.

efeitos jurídicos, desde que não afetem a ordem jurídica, configurando-se, então, o ápice do voluntarismo e do individualismo.<sup>93</sup>

Nas palavras de Oliveira Ascensão

*“o negócio jurídico é, assim, um ato de autonomia privada, o que significa que a ordem jurídica global permite que os particulares participem na construção da sua própria ordem jurídica, muito embora que tal aconteça nos quadros da ordem jurídica global”*<sup>94</sup>.

Neste contexto, o reconhecimento do exercício da autonomia privada para a produção de efeitos jurídicos, estabeleceu uma subdivisão dos negócios jurídicos, considerando a existência de uma ou múltiplas manifestações de vontade – unilaterais<sup>95</sup> e bilaterais, respectivamente.

Destaque-se a necessidade de os negócios jurídicos estarem em consonância com o Direito posto, impõe a verificação de aspectos sem os quais o negócio não lograria seu intento. Desta feita, a doutrina estabeleceu três planos para que o negócio jurídico fosse reconhecido como perfeito: o plano da “existência”, em que buscam elementos mínimos que indiquem que há um acordo, ainda que ofenda normas de Direito; o plano da “validade” que atenta para a licitude do fato e, por último, o plano da “eficácia” que verifica *“a capacidade daquele negócio jurídico gerar efeitos no mundo dos fatos, de*

---

<sup>93</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169 a 171. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.82-83.

<sup>94</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral, Volume II*, p. 61 e ss.

*«os negócios jurídicos são atos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com a intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes.»* PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 379; Manuel de Andrade, por sua vez, reconhece que *“o negócio jurídico consubstancia um facto jurídico voluntário, uma vez que tem como núcleo essencial uma ou várias declarações de vontade. Depois, é também um facto lícito, já que os efeitos jurídicos que produz não traduzem qualquer ideia de reprovação da ordem jurídica para o facto praticado; antes pelo contrário, tais efeitos, de um modo geral, são determinados em concordância com a vontade do(s) declarante(s), o que mostra que o facto praticado tem a aprovação da ordem jurídica.”* Inocêncio Galvão Telles afirma que *“o acto produtor de efeitos jurídicos que representam uma aplicação do princípio da autonomia da vontade, traduzindo uma auto-regulamentação de interesses», «com a consciência de se vincularem à face deste, dando aos seus interesses uma nova conformação dentro da ordem jurídica existente.”* TELLES, I. G. *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 58-59.

<sup>95</sup> Os negócios jurídicos unilaterais têm sido reconhecidos em *numerus clausus* como forma de restringir as hipóteses em que o livre exercício da autonomia privada por um sujeito se sobreponha ao direito e liberdade de outrem. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, vol. 2, p. 59. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.74

*alterar a realidade. O suporte fático, sob a incidência do preceito, é o que perpassará por esses planos.*”<sup>96</sup>

### 4.1.3 Autonomia privada

A autonomia privada, conceito elevado à estatura de princípio, permitiu que decisões individuais, conjugadas ou não, pudessem ter força normativa<sup>97</sup>, sendo os exemplos mais emblemáticos, respectivamente, o testamento e o contrato. O significado etimológico da expressão já indica parte do conteúdo do conceito, sendo ‘*auto*’ compreendido como ‘próprio’ e ‘*nomos*’, normas<sup>98</sup>, de forma que consistiria na ‘norma própria’, do próprio para o próprio, a possibilidade dos particulares estabelecerem regras que terão consequências (jurídicas) para si e para outros<sup>99</sup>, e como à frente se verá, uma vez reconhecida pelo Estado e ordenamento jurídico, receberá a proteção destes, desde que esteja consoante com critérios pré-determinados, contra atos atentatórios, os quais serão reconhecidos como ilícitos.

Vale dizer que tal construção conceitual só pode ser compreendida a partir da percepção do processo histórico e filosófico da modernidade, isto porque tem como pressupostos a igualdade entre os indivíduos e a liberdade destes para estabelecerem acordos entre si ou simplesmente fazer valer sua autonomia em assuntos íntimos ou

---

<sup>96</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.84.

<sup>97</sup> SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 122. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.48.

<sup>98</sup> “‘*Auto-nomos*’, a lei que a pessoa mesmo se dá: autodeterminação com base na vontade ‘liberta’ de pressões e esclarecida de vulnerável. Sem dúvida a primeira característica a destacar deste ‘novo’ direito privado é a concentração na autonomia do ‘outro’, na liberdade do ‘alter’, do mais fraco, seja pela atuação do princípio da boa-fé, que repersonaliza as relações contratuais, seja pelas funções de antecipação, prevenção e mesmo precaução da responsabilidade civil na sociedade de risco, seja pelos novos limites da atuação dos mais fortes, na noção de abuso do direito, seja pela função social da propriedade, do contrato, da empresa.” MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 196.; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos do Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 79. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.48.

<sup>99</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2ª. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006, p.123. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.48.

meramente privados. Assim, mantem-se afastada a influência do Estado, salvo em questões de interesse público e a proteção das liberdades individuais.

Esta concepção foi concretizada nas legislações do século XIX e início do século XX<sup>100</sup>, processo inaugurado pelo Código Napoleônico (1804), o qual influenciou diversos sistemas legais em todo o mundo. Neste cenário, a autonomia privada é reconhecida como pedra angular do Direito privado, sendo-lhe atribuída a condição de elemento primordial para constituir-se uma sociedade justa<sup>101</sup>, cabendo ao Estado desenvolver mecanismos de proteção e punição em razão de atos lesivos<sup>102</sup>.

Contudo, no que diz respeito ao cerne do presente trabalho, a liberdade contratual<sup>103</sup>, corolário da autonomia privada, também sofre mitigações apesar de sua

---

<sup>100</sup> “Em todos esses Códigos, o Judiciário foi sempre visto como a ‘bouche de la loi’ (“boca da lei”), cuja função resumia-se a mero guardião da legalidade, inclusive dos contratos, tidos como “lei entre as partes”. Neste sentido, o artigo 1.134 do Code Civil francês de 1804, (...), o art. 1.091 do Código Civil espanhol de 1889, o art. 702 do Código Civil português de 1867 (...). No entanto, o que Napoleão pretendia era criar uma ciência jurídica neutra e sistêmica a partir de uma lógica que desumanizou o Direito ao tornar o juiz mero “boca da lei”, impedindo o uso dos princípios; para flexibilização da regra em sua aplicação no caso concreto. O problema, nos dizeres de Clóvis do Couto e Silva, é que: “A ciência jurídica não comporta o raciocínio matemático e somente se pode falar em ciência tomando o vocabulário ‘lato sensu’.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatasky, 1976, p. 79.) SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.51-52.

<sup>101</sup> “Note-se que o contrato, negócio jurídico por excelência, continua a ser um ato de autorregulamentação dos interesses das partes, e, portanto, um ato de autonomia privada, mas este só pode ser realizado nas condições agora permitidas pela lei.” MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 772. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.49.

<sup>102</sup> Influenciados pelos estudos de Kant, os juristas modernos firmaram a autonomia como princípio absoluto da moralidade, o que permitiu o reconhecimento das declarações de vontade como lei entre as partes. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatasky, 1976, p. 84. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2011. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 51. Nas palavras de Pontes de Miranda: “Tôdas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, até onde se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém queira ou não-queira. O auto-regramento, a chamada ‘autonomia da vontade’, não é mais do que isso. (...) A ‘autonomia da vontade’ não é mais do que o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 3, p. 54-55. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.49.

<sup>103</sup> Regulada pelos arts. 217º e ss. Do Código Civil, a declaração negocial pode ser definida como sendo o comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial. Por sua vez, a vontade negocial pode ser caracterizada como a intenção de realizar certos efeitos práticos, com o ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes. Nas palavras de Carlos Alberto Mota Pinto: “corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação autoformulada que é zona reservada

fundamental importância para o Direito privado<sup>104</sup>, pois, reconhecidas as desigualdades de posições entre os sujeitos e repercussões do seu conteúdo<sup>105</sup>, a presunção de igualdade das partes geraria reais injustiças, de forma que valores como a confiança<sup>106</sup>, a boa-fé, a função social etc. contribuem para a construção de relações jurídicas mais justas e equânimes<sup>107</sup>.

Desta feita, a autonomia privada, assim como a liberdade contratual, representa a possibilidade de os particulares resolverem entre si suas questões, concretizarem seus interesses, formarem associações, estabelecerem negócios, o que permite o desenvolvimento da sociedade em que estão inseridos<sup>108</sup>.

Isto posto, para que um negócio jurídico seja reconhecido como instrumento compatível com o desenvolvimento da sociedade e, portanto, merecedor de proteção jurídica, deve haver alinhamento de interesses das partes e cooperação para a conquista

---

*do direito privado.*” PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 414 e ss.

*“A noção clássica de contrato parte do protagonismo desse princípio para explicar as relações negociais. Trata-se do princípio do direito contratual que pressupõe que as partes são livres e possuem igualdade de condições para acordarem e para fixar as condições de cumprimento dos contratos.”* SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. *Cláusula “rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão: revisão contratual.* Belém: Cejup, 1989, p. 11. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.50.

*É a ‘facultas’, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, por meio de sua vontade.”* COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatasky, 1976, p. 7. Citado por SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.51

<sup>104</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 90.

<sup>105</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 383.

<sup>106</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.54-55.

<sup>107</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.49 e ss.

<sup>108</sup> *“Mas não é só através do negócio jurídico que a autonomia da vontade ou autonomia privada se revela e actua, embora seja o negócio jurídico o seu meio principal de actuação. É também a autonomia privada que se manifesta no poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo de seus bens pelos particulares – ou seja, - é a autonomia privada que se manifesta na ‘soberania do querer’ – no império da vontade – que se caracteriza essencialmente o direito subjetivo. (...) Em medida maior ou menor está presente em todos os domínios em que o direito civil se propõe a uma função de modelação da vida social.”* PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 89-90. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.50.

dos resultados pretendidos<sup>109</sup>, e para verificação desses requisitos foram estabelecidos critérios acerca da declaração<sup>110</sup>, da condição dos sujeitos e do objeto do acordo<sup>111</sup>.

## 4.2 A crise da teoria do negócio jurídico

O Direito, como Ciência social, sistema intrinsecamente indissociável do processo histórico e da realidade social<sup>112</sup> está sempre em transformação, o que algumas vezes faz com que se formem pontos de distanciamento, anacronismos que podem vir a estruturar crises.

A perpetuidade da visão clássica de que o direito contratual é o ápice da manifestação das vontades das partes não atende a todas as demandas. A ciência jurídica deve manter-se *pari passo* dos movimentos sociais, sem se deixar levar por modismos, na busca de responder aos conflitos contemporâneos em que a realidade é tão diversa daquela em que a concepção clássica consolidou-se, como por exemplo a paulatina e exponencial aplicação dos contratos-tipo, onde é restrita ou mesmo não há hipótese de alteração das suas cláusulas<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63.

<sup>110</sup> “*pode definir-se a declaração de vontade negocial como o comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial, caracterizando, depois, a vontade negocial como intenção de realizar certos efeitos práticos, com ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes. Dá-se assim um conceito objectivista de declaração negocial, fazendo-se consistir a sua nota essencial não num elemento interior – uma vontade real, efectiva, psicológica -, mas num elemento exterior – o comportamento declarativo. (...) Tal definição capta a essência do fenómeno negocial, pois faz crer numa onnipotência da vontade individual no campo da autonomia privada e não põe em relevo os limites que, no sentido da sua cognoscibilidade no ambiente social, a ordem jurídica impõe à vontade para esta poder adquirir relevância. (...) a referência objectiva do comportamento declarativo, a expensas da vontade real, deve encontrar os seus limites nas próprias razões que a determinaram e assim não deve verificar-se, se efectivamente não houve uma confiança do declaratário nesse sentido objectivo.*” PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 416-419.

<sup>111</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. II, p. 85. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, p. 384.

<sup>112</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 7. SEHN, Solon. *A unidade do Direito no pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. In *Direito, Estado e Constituição*. Homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo. p. 409.

<sup>113</sup> “*Essa visão clássica lê o direito contratual com foco na vontade manifestada pelas partes, sem atentar para os demais fatores que influenciam uma relação jurídica privada. Essa exaltação da vontade como fonte de obrigações é o chamado “voluntarismo”, ideologia desenvolvida no período escolástico pelos*

Enzo Roppo identifica que a mudança no comportamento social promove a mudança no Direito que regula essa sociedade, nomeadamente na teoria contratual, vez que o contrato é a expressão jurídica do congraçamento de vontades individuais, ou seja, tem de estar em sintonia com a realidade das pessoas, das relações sociais e jurídicas<sup>114</sup>.

Já na primeira metade do século XX, em acelerado contexto de expansão da industrialização das sociedades modernas, foi identificada pelos doutrinadores o que viria a ser referido como crise dos contratos<sup>115</sup>, vez que foram compelidos a rever a estrutura teórica do instituto diante da massificação das relações contratualizadas<sup>116</sup> em um contexto de economia de escala e contratos-tipo. Deste modo, os contratos,

---

*monges franciscanos Duns Scot e Guilherme de Ockham, teólogos e filósofos que viveram nos séculos XIII e XIV. Descontentes com a visão de São Tomás de Aquino, de que Deus agiria conforme a ideia que tinha das coisas, referidos pensadores sustentavam que essa noção limitava a vontade de Deus à Sua sabedoria, e que a vontade, como conduta humana, deveria estar alicerçada no consenso entre as manifestações volitivas das pessoas. Se algo foi querido, seria bom; não o sendo, seria mau, afastada qualquer forma de contestação do que fora querido porque, o sendo, passava a ser aprovado por Deus, dando assim ensejo ao dogma do voluntarismo e da autonomia privada.” MORAES, Renato José de. Cláusulas “rebus sic stantibus”. São Paulo: Saraiva, 2001, p 3-9. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.44-45.*

<sup>114</sup> “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido” ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11 e ss; VANZELLA, Rafael. *O contrato, de Enzo a Vicenzo*. Revista Direito GV, vol. 1, n. 2, p. 222, jun-dez. 2005.

“A ideia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social” MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 58. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.91. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.91.

<sup>115</sup> “Zweigert e Kötz, em sua obra “Introdução ao Direito Comparado” afirmam que “a liberdade contratual é, se se observar mais de perto, um castelo imaginário, uma utopia e não uma realidade” e que “sabemos hoje que a liberdade contratual tem por condição a igualdade econômica e social das partes negociantes” ZWIEGERT / KÖTZ. *Introdução ao Direito Comparado* Apud CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade e a justiça contratual na “Sociedade de Direito Privado”*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.) *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp.53-54.

<sup>116</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 164-168. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.91; “A produção em massa, decorrente da revolução industrial, voltada para a satisfação das necessidades da sociedade de consumo que se formou a partir do século XIX, exigia um instrumento negocial capaz de garantir o menor tempo possível no momento da contratação, a fim de que o comerciante pudesse atender todos os consumidores que a ele se dirigissem.” SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

progressivamente, deixam de representar o pleno exercício da autonomia privada, vez que agora restrita, afastando-os do conceito voluntarista tão característico de outrora.

Nessas novas e cada vez mais comuns relações jurídicas, o acordo de vontades passou a ser meramente aparente<sup>117</sup>, e os contratos pré-redigidos passaram a ser a regra, reproduzindo discrepância de poderes entre as partes que deixaram de ser ‘contratantes’ e passaram às figuras de ‘proponente’, aquele que redige as cláusulas contratuais e ‘aderente’, a quem apenas cabe aceitá-las.

Em resposta, tanto a sociedade, como o Estado e a ciência jurídica desenvolveram instrumentos capazes de restabelecer o equilíbrio contratual, até porque a realidade da massificação contratual era irreversível<sup>118</sup>.

Mais recentemente, alguns autores reconheceram sinais de uma nova crise do negócio jurídico. Claudia Lima Marques entende que dessa vez trata-se de uma crise de princípios, onde é inevitável repensar o papel da vontade nos negócios jurídicos<sup>119</sup>, o

---

<sup>117</sup> “a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contratar não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes irrelevante a própria manifestação da vontade, em face do mandamento imperativo da lei (contratos coativos). (...) A leitura liberal – focada mormente na vontade das partes – não consegue responder com justiça aos conflitos oriundos desses negócios, pois segue o individualismo próprio das ciências econômicas, despreocupadas com as consequências sociais, ao contrário das ciências jurídicas, que devem coibir tais comportamentos cujo propósito é unicamente o lucro. Sem a consideração de valores sociais por meio do Direito, o contrato serve de ringue para uma competição que se assemelha a um massacre econômico de vulneráveis.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.91 e ss.

<sup>118</sup> André Schmidt Neto ressalta que a massificação fez com que as relações contratuais de fato extrapolassem as circunstâncias corriqueiras, simples, muitas vezes exemplificadas pelo ato de uma criança comprar um sorvete, mas que agora pode corresponder à compras pela internet, dentro de jogos de aplicativo, o que pode alcançar valores vultosos e destaca que “esses são comportamentos comuns nas relações jurídicas de consumo e não levam em conta somente a vontade das partes, o que se torna ainda mais evidente nos contratos que têm como objeto um bem essencial, pois não há como falar em vontade (querer ou não) quando se trata de luz, água etc. (...) No ato-fato, interessa apenas o resultado do ato humano, pouco importando a vontade das partes. (...) O ato em si, se praticado dentro dos moldes preestabelecidos de um ato típico, é suficiente para gerar a obrigação. Se todo ato existencial é típico, e todo ato típico produz efeitos, basta que o ato seja padrão para que gere direitos e deveres do agente.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.94. LARENZ, Karl. *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. (a fundamentação de relações obrigacionais pelo proceder social-típico)*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 56 (1956), 1897. *Apud* PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, vol. 38, p. 30. BEKER, Verena Nygaard. *A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico*. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Porto Alegre*, vol 7-8, 1973-1974, p. 28. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 100 e ss.

<sup>119</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatasky, 1976, p. 91-92; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, vol.

acercamento de uma mais ampla e efetiva aplicação da confiança e boa-fé nas contratações<sup>120</sup>. Para a autora não resulta justa uma relação contratual que se sustente na presunção de igualdade das partes, é necessário que o Direito, norteado pela confiança e boa-fé, exija que o comportamento dos contratantes seja tanto lícito como probó, leal e justo<sup>121</sup>, até porque os aderentes não têm oportunidade de manifestar sua real vontade, restringidos a aceitar ou não o que lhe é imposto.

Schmidt Neto entende que, a partir de dado momento, a autonomia da vontade dos indivíduos passou a sofrer a imposição da vontade das pessoas jurídicas de direito público (Estado) por meio das leis e da vontade das pessoas jurídicas de direito privado por meio dos contratos de adesão, restando ao “cidadão/consumidor” obedecer e contribuir para o sistema.<sup>122</sup>

A realidade contemporânea, portanto, contraria, ou melhor, impossibilita a verificação do fundamento principal da Teoria do Negócio Jurídico, a autonomia privada,

---

38, p. 30. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93.

<sup>120</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 168-203. Citada por Citado por SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.92-93.

<sup>121</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 164. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93. “A leitura liberal – focada mormente na vontade das partes – não consegue responder com justiça aos conflitos oriundos desses negócios, pois segue o individualismo próprio das ciências econômicas, despreocupadas com as consequências sociais, ao contrário das ciências jurídicas, que devem coibir tais comportamentos cujo propósito é unicamente o lucro. Sem a consideração de valores sociais por meio do Direito, o contrato serve de ringue para uma competição que se assemelha a um massacre econômico de vulneráveis.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.93.

<sup>122</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 118; “No que respeita à constituição económica, a sociedade de direito privado acha-se, em todo o caso e na situação presente, ligada à economia de mercado. Pois os homens, até agora, ainda não descobriram outra instituição, senão o mercado, que torne possível uma prossecução livre de objectivos autopropostos por um modo de agir autodeterminado. Não se pretende, com isto, evidentemente, um liberalismo do tipo ‘laissez faire’. O Estado deve sobretudo ocupar-se, da forma mais estrita possível, da manutenção de uma concorrência livre e leal, porque de outro modo a liberdade de alguns participantes no mercado conduziria, em breve, à ausência efectiva de liberdade para muitos outros.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade e a justiça contratual na “Sociedade de Direito Privado”*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.) *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 51.

conceito que pretendia efetivar os ideais de liberdade e igualdade no ordenamento jurídico<sup>123</sup>.

Portanto, para que se seja estabelecido o vínculo jurídico entre as partes é necessário que haja vontade, consciência da manifestação (*Erklärungsbewusstsein*), vontade de manifestar (*Erklärungswille*), ou basta a mera manifestação?<sup>124</sup> Beker contribui para essa discussão ao destacar que:

*“(...) enquanto em muitas hipóteses alguém se obriga porque quis obrigar-se, manifestando expressa ou tacitamente esta vontade negocial, em outras, pode alguém obrigar-se porque se conduziu de forma tal que outrem desta conduta depreendeu uma vontade negocial e nela confiou”<sup>125</sup>.*

Neste contexto, justifica-se o retorno às bases e a busca por um princípio de proteção da confiança, seja pela sobreposição de usos, costumes, consensos sociais, à vontade de determinado sujeito, como forma de atingir aqueles que se valem de subterfúgios para induzir outro a assumir determinada obrigação.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> “(...) liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contraentes. Assim devia ser o contrato, segundo as mais acreditadas proposições dos ideólogos oitocentistas, e assim era efectivamente em muitos aspectos, na concreta praxe do capitalismo de concorrência. Mas desde os tempos do «laissez-faire» - desde a época clássica do liberalismo económico e político – as sociedades ocidentais sofreram transformações profundíssimas de ordem económica, social e política que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contratual, transformando-o profundamente.” ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 295.

<sup>124</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, vol. 38, p. 29. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 106.

<sup>125</sup> “Esse tipo de contrato já vem sendo amplamente utilizado e tende a ter sua aplicação cada vez mais frequente diante da padronização do comportamento dos grupos da sociedade de massa. No intuito de uniformizar, simplificar e agilizar as contratações numerosas e idênticas, aqueles que redigem os contratos acabam por impor suas vontades sobre aqueles que simplesmente aceitam a contratação, eliminando a livre discussão que precede a celebração dos pactos. Tal tipo de contrato é o exemplo mais claro de que no tráfico de massas, da concepção clássica de contrato, só sobrou o mecanismo, tendo sido esvaziado todo o seu conteúdo.” BEKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Porto Alegre*, vol 7-8, p. 45, 1973-1974. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.113; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 32. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 106-107.

<sup>126</sup> “Defende-se que, numa espécie de ‘venire contra factum proprium’, aquele que age de forma a induzir os demais a pensar que sua intenção é uma, vincula-se a essa intenção demonstrada por sua conduta, ainda que sua vontade seja diversa. Se as concepções dominantes do tráfico atribuem um determinado significado àquele ato, aquele que o pratica está estabelecendo a obrigação, não com base na autonomia privada, mas com fundamento na confiança e na boa-fé, “a identidade das relações jurídicas para todos exclui que se leve em consideração a vontade individual”. A confiança faz as vezes da vontade. considerando essa afirmação, demonstra-se o motivo pelo qual os atos existenciais são negócios jurídicos

Denis-Fantôme desenvolveu uma teoria em França a questionar o modelo clássico de contrato e a enaltecer a importância da confiança e da aparência, por considerar ser possível, em caso de divergência, reconhecer um contrato apenas pela aparência deste, afastando a exigibilidade do documento escrito<sup>127</sup>.

Alguns autores dedicados ao Direito do Consumo entendem que na relação jurídica de consumo<sup>128</sup>, não haveria contrato, mas sim “contato”, por reconhecer como existenciais<sup>129</sup> todos os atos praticados e que o consenso e a manifestação da vontade das partes têm aí menor influência do que nas típicas relações contratuais<sup>130</sup>. Assim, a confiança assume maior importância em relação à autonomia da vontade, quanto mais desequilibradas as posições dos sujeitos.

Contudo a doutrina majoritária entende que apesar de reduzida a capacidade de manifestação da autonomia privada nos contratos de adesão, ela persiste à medida que o aderente está livre para aceitar ou não os termos e condições do contrato<sup>131</sup>.

---

*que não podem ser anulados por deficiência de vontade ou porque declarada incapacidade do sujeito.”* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107.

<sup>127</sup> MARQUES, Claudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dez. 2005, especialmente p. 97. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 108. “No tráfico de massa, as manifestações de vontade, capazes de gerar efeitos jurídicos, podem não ser escritas ou verbais, mas sim decorrentes de gestos ou comportamentos concludentes. Tais atos encontram dificuldades de ser classificados como negócios jurídicos ou contratos e, no entanto, produzem efeitos como se o fossem. BEKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, Porto Alegre, vol 7-8, p. 15-16, 1973-1974. Citado por SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.98.

<sup>128</sup> BESSA, Leonardo Rescoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2009. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

<sup>129</sup> “A mola propulsora da discussão quanto à alteração de paradigma da vontade para a confiança foi o estudo dos atos existenciais que questionou o modelo tradicional de negócio jurídico.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.95.

<sup>130</sup> LEHMAN, Heirich. *Faktische Vertragsverhältnisse (Relações contratuais fáticas)*, Tagung der Zivilrechtslehre. (9-10 Okt. 1957) *Apud* PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3. Ed. São Paulo: ed. RT, 1984, vol. 38, p. 30. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.115; FEDERA, Vera Maria Jacob de. *Les contrats du consommateur. Le consommateur*. Journée Colombiennes, Bogotá: Bruylant et LB2V, t. LVII, p. 60, 2007. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

<sup>131</sup> “Adotando essa posição, Pontes de Miranda aduz: “A afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que se tenha querido manifestar vontade, é falsa”. E depois de sustentar que sempre existiram as aceitações tácitas, pelo silêncio e que resultam de ato alheio,

Inegável reconhecer que há liberdade nos contratos celebrados entre grandes empresas e cujo objeto representa propósitos atípicos, contudo, compreende-se o entendimento de parte da doutrina que não reconhece o elemento “liberdade” na maior parte dos contratos celebrados na atualidade, “*a justiça contratual – e já não a liberdade contratual -, é, hoje em dia, em todo o mundo, o princípio material do funcionamento do direito dos contratos.*”<sup>132</sup>

Canaris, contudo, opõe-se a este entendimento, ao afirmar que:

*“São palavras fortes, mas fáceis de refutar. Porque a premissa de que a desigualdade económica ou social influencia, ‘enquanto tal’, o conteúdo do contrato, em vantagem de um e em detrimento do outro, é, quando formulada tão genericamente e nas condições de uma economia de mercado moderna, destituída do sentido de realidade. É que, na sede, a concorrência, de que Zweigert e Kötz não dizem uma palavra, assegura, em grande medida, uma neutralização do desequilíbrio de poder. Assim, por exemplo, o ‘pequeno’ consumidor pode, em princípio, dirigir-se a um outro vendedor, escolher uma outra mercadoria ou renunciar à conclusão do contrato, se o preço lhe parece exagerado. Assim, ele exerce indirectamente uma influência importante sobre as condições do contrato; até que ponto é que esta pode ir, é particularmente revelador nos casos em que a concorrência e o mercado forcem ‘grandes’ empresas a vendas sem lucro e mesmo com perda. Pode inclusive afirmar-se que, muito frequentemente, é o vendedor que depende mais da conclusão do contrato do que do comprador; é que, enquanto este último tem muitas vezes muitas escolhas ou pode renunciar à sua conclusão, o vendedor vê-se forçado a vender, porque, de outro modo, por causa dos seus custos, ele sofrerá perdas demasiado elevadas.”*<sup>133</sup>

O doutrinador reconhece que o contrato, como instrumento de satisfação das aspirações e necessidades humanas, não pode alhear-se da realidade social, do mercado e

---

*diz: “O que se passa é que quase todo o conteúdo da manifestação de vontade ‘já estava preestabelecido’”. Mais adiante complementa: “O que se diminuiu, ou se reduziu a quase nada, foi o laço consensualístico. (...) O que houve (...) foi a incursão da autonomia da vontade, (...) Não, porém, eliminação.”* PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 1984, vol. 38, p. 31- 34; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.81. Citado por SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 115-116.

<sup>132</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade e a justiça contratual na “Sociedade de Direito Privado”*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.) *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.54.

<sup>133</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade e a justiça contratual na “Sociedade de Direito Privado”*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.) *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.54.

da concorrência entre seus partícipes, pois a facilitação negocial trazida pelos contratos de adesão permitiu rapidez no cumprimento das obrigações contratuais e padronização de rotinas e práticas produtivas e comerciais, permitindo crescimento da produção e do mercado consumidor, e ao fim ressalta que “*em princípio deixam aos próprios consumidores a definição das suas necessidades e a decisão sobre a respectiva satisfação.*”<sup>134</sup>

Ainda que não se adote as teorias a favor da descaracterização das relações de consumo como relações contratuais, inegável a mitigação da autonomia da vontade e da liberdade contratual dos consumidores nesse tipo de relação jurídica, tendo em conta a pré-elaboração unilateral, oferta direcionada para um número indeterminado de futuras relações contratuais, e a aceitação por adesão do sujeito juridicamente mais fraco.<sup>135</sup>

Diante da evidente disparidade de posições entre os contratantes, as sociedades, os legisladores e a doutrina jurídica reuniram-se num movimento em prol da construção de um direito capaz de reequilibrar as relações contratuais de consumo, logrando definir normas, conceitos e critérios positivos. Paulatinamente, a consciência da assimetria entre os contratantes inspirou a coletividade para assumir uma posição mais consciente e exigente em relação aos contratos de adesão, ao ponto de certas práticas serem reconhecidas como abusivas e nulas de pleno direito.<sup>136</sup>

Esse movimento fez também com que relações jurídicas inicialmente não reconhecidas como de consumo, passassem a ser regidas por normas protetivas dos

---

<sup>134</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na “Sociedade de Direito Privado”. In MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos: actualidade e evolução*. (Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 59.

<sup>135</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.79-80. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 111-112

<sup>136</sup> Regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro), dispõe: “1. Constitui a liberdade contratual um dos princípios básicos do direito privado. Na sua plena acepção, ela postula negociações preliminares íntegras, ao fim das quais as partes, tendo ponderado os respectivos interesses e os diversos meios de os prosseguir, assumem, com discernimento e liberdade, determinadas estipulações.

A essa luz, uma boa medida do direito dos contratos possui natureza supletiva: as normas legais apenas se aplicam quando os intervenientes, no exercício legítimo da sua autonomia privada, as não tenham afastado. Por expressivo, recorde-se que o artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil reconhece às partes a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos na lei ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.”

aderentes, como ocorre nas relações jurídicas entre leigos e instituições financeiras. Entende-se que tal expansão se deu pelo reconhecimento de que na prestação de serviços financeiros há amplo uso de contratos de adesão e, em muitos casos, identifica-se a intenção do contratante, emitente do contrato, transferir riscos para a outra parte ou outros tipos de abuso.<sup>137</sup>

Relembrando os ensinamentos de Luhmann, de que o sistema jurídico é determinado por um processo histórico contínuo, nas palavras de Enzo Roppo:

*“Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma “essência” do contrato (e peracío-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjetivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo – o que é duvidoso – que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma “essência” histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade de suas formas históricas e das suas concretas transformações.”<sup>138</sup>*

Neste contexto, surge premente discutir o que seja e o papel relegado à autonomia privada e à vontade na formação dos contratos, em tempos de corrente uso dos contratos *standards* em que basta um clicar em “aceito” que é validada a presunção de racionalidade, vontade consciente e entendimento dos efeitos dos atos pelos contratantes, a determinação de uma série de obrigações que muitas das vezes a parte aderente pouco ou nada sabe a respeito<sup>139</sup>. O contrato não é formado da forma que a lei determina ou que

---

<sup>137</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, pp. 101-102.

<sup>138</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, pp. 347-348; “A verdade é que o Direito, como ciência, tem percebido a necessidade de ponderar a influência da vontade. O liberalismo e o positivismo kantiano influenciaram em muito o pensamento jurídico e têm impedido o necessário debate sobre a efetiva capacidade de autodeterminação do ser humano.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 132; “(...) tendo reconhecido que os que têm sentimentos muito contrários aos nossos nem por isso são bárbaros nem selvagens, mas que muito usam, tanto ou mais do que nós, a razão; e tendo considerado o quanto um mesmo homem, com seu mesmo espírito, criado desde a infância entre franceses ou alemães, torna-se diferente do que seria se tivesse vivido sempre entre chineses e canibais, e de que maneira, até nas modas de nossas roupas, a mesma coisa que nos agradou dez anos atrás, e que nos agrada talvez daqui dez anos, nos parece agora extravagante ou ridícula: de modo que é bem mais o costume e o exemplo que nos persuadem do que qualquer conhecimento certo, e que, no entanto, a pluralidade das vozes não é uma prova que valha para as verdades um pouco difíceis de descobrir, porque é bem mais provável que um homem sozinho as encontre do que um povo inteiro”. DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2013, pp. 47-48.

<sup>139</sup> “A padronização das operações leva o consumidor a confiar nas indicações do fornecedor para sair da loja com o produto que deseja. Não constrói o negócio, apenas obedece passo a passo para obter aquilo

a doutrina apregoa. O aderente acaba por confiar nas informações prestadas pelo fornecedor, família, amigos, *influencers* e na existência de ente(s) capaz(es) de impedir abusos e aplicar punições. Em verdade, os aderentes deixam de assumir a responsabilidade por seus atos, relegando a terceiros a proteção de seus interesses.

Luhman explica que o ato de confiar decorre de processos mentais em que consideram o risco, mas também uma boa dose de irracionalidade otimista, e destaca que a confiança funciona como um redutor da complexidade social a medida que facilita a tomada de decisão, por abandonar o sem número de consequências nefastas<sup>140</sup>.

Nicole Chardin, doutrinadora francesa, debruçou-se sobre a questão das limitações à autonomia privada e ao autocontrole dos sujeitos, especialmente na sociedade contemporânea em que há um desequilíbrio informacional abissal, o que não se limita às pessoas naturais, concluindo que a “*autonomia da vontade é um princípio político oriundo de uma construção filosófica*”<sup>141</sup>, e se distancia da realidade ao preterir as influências externas.

Mais recentemente, verificam-se iniciativas na ciência do direito no sentido de reconhecer que a vontade não pode ser considerada isoladamente na tomada de decisões em um contrato, especialmente por um aderente, vez que é notória a aplicação de técnicas de marketing e vendas<sup>142</sup> que visam atingir o subconsciente, levando o contratante a

---

*que crê necessário, baseado no ‘marketing’ do próprio fornecedor que o induz até a loja com técnicas de persuasão. A autonomia privada perde espaço em um ambiente mecanizado onde o contratante aderente deixará escapar a pretensa oportunidade de realizar a compra caso se negue a seguir os passos indicados pelo fornecedor. Por outro lado, ganha espaço a confiança, pois, quando o consumidor assina o formulário e passa no guichê ao lado, está apenas obedecendo às ordens do fornecedor, confiando plenamente neste.”* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 119-120.

<sup>140</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução de Amanda Flores. Barcelona: Anthropos, 2005, pp. 26-27.

<sup>141</sup> “*Defende a divisão entre mente habitual – responsável pela criação do automatismo – e mente executiva – capaz de racionalizar. A vontade só estaria presente quando não houvesse automatismo, nem simples impulso (ato reflexo, impensado) nem influência de fatores externos. Isso é o que levaria à racionalidade, que seria a maximização da utilidade.*” CHARDIN, Nicole. *Le contrar de consummation de crédit et l’autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988, pp. 12 e ss. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 138.

<sup>142</sup> “*Há em todo o comércio um mínimo de fraude, de insinceridade egoísta, que é considerado lícito. Toda a propaganda e reclame comerciais assentam-se nessa base: a inocente mentira dos comerciantes! (...) Não esquecer que a palavra comerciante foi historicamente precedida pelas palavras tratante e traficante sem sentido pejorativo. Contudo, hoje já não se pode chamar isto a nenhum comerciante. Seria ofensivo. É este o chamado ‘dolus bonus’, caracterizado pelo emprego de razões e argumentos tendenciosos, mas sem a intenção ‘maléfica de prejudicar’.*” Moncada, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil - Parte Geral*. 3ª ed. rev. e ampli., Vol. II, Coimbra: Almedina, 1995, p. 319; “*(...) resta indubitável que toda e qualquer mensagem publicitária contém mesmo uma carga ínsita mínima de ‘falsidade’, entendido tal vocábulo*

acreditar que sua decisão é genuína e que não foi influenciada pelo fornecedor<sup>143</sup>. Essa conscientização, tanto da doutrina como dos aplicadores do direito representa um grande avanço na construção de um sistema de responsabilização mais justo.

### 4.3 As relações jurídicas no ambiente da internet

O desenvolvimento tecnológico verificado desde a segunda metade do século passado foi tão grande que já é reconhecido que se vive a “Quarta Revolução Industrial”<sup>144</sup>. A democratização do acesso a bens tecnológico e a *internet* permitiu que o mundo virtual se expandisse a tal ponto que hoje é impensável a dissociação do mundo virtual do mundo real. O impacto é tamanho que afetou a forma em que se desenvolvem as relações entre os indivíduos e entre estes e as instituições, permitindo a comunicação rápida, interativa e amplo acesso a informações<sup>145</sup> por utilizadores em todo o mundo.

---

*como uma afirmação, quicá eloquente, mas incapaz de comprovação fática. Tal ocorre porque toda e qualquer mensagem publicitária possui, em maior ou menor grau, um certo exagero quanto às características do produto ou serviço anunciado, e coibir tal carga mínima seria o mesmo que inviabilizar toda a atividade publicitária no mercado”* SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial*: São Paulo: Editora RT, 2000, p. 212. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 159.

<sup>143</sup> “A referida psicologia cognitiva é a área do conhecimento que melhor tem tratado essa questão da falibilidade das decisões. Um estudo desenvolvido pela Harvard Medical School demonstra, a partir de pesquisas baseadas em Piaget, que entre as idades de três e quatro anos – chamado de estágio pré-operacional – as crianças desenvolvem naturalmente a “*belief-desire theory of mind*”. Essa teoria entende que as crenças e os desejos são as causas do comportamento das pessoas. Conforme os autores, em muitas culturas, tais “*theories of mind*” (ou “*folk psychologies*”) são bastante incentivadas pelos pais que costumam discutir motivos e intenções, e “*an importante part of this theory is a sense of free will.*”; “Uma parte importante da teoria da mente é o senso de livre-arbítrio”. COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie. *Folk psychology and the law: why behavioral Science needs to replace folk psychology*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 96, pp. 7-30, jul.-dez. 2007, especialmente p. 9. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 133.

<sup>144</sup> “A confiança das pessoas nas empresas, nos governos, nas mídias e até mesmo na sociedade civil caiu a ponto de mais da metade do mundo sentir-se decepcionada com o sistema atual. A crescente desconfiança entre as pessoas que estão no quartil de renda superior de seu país e o resto da população mostra que a coesão social está, na melhor das hipóteses, frágil, e, na pior delas, muito próxima do desmoronamento.” SCHWAB, Klaus e DAVIS, Nicholas. *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2019, p. 23.

<sup>145</sup> Conforme salienta José de Oliveira Ascensão, “E agora? Pesquisa do futuro próximo”, in *Sociedade da informação, Estudos jurídicos*, APDI, Almedina, Coimbra, 1990, p. 9-30, p.11: “O modelo prefigurado seria uma sociedade de comunicação integral:

- não já de um ponto para muitos pontos, como na radiodifusão
- não já de um ponto para um ponto, com interactividade, como no telefone

A consequência econômica da dinamização das relações incentiva a oferta de cada vez mais produtos e serviços a um número indeterminado de possíveis consumidores, permitindo que o comércio eletrônico faça parte da realidade de cada vez mais pessoas<sup>146</sup>. Mesmo os serviços públicos têm adotado os meios eletrônicos no atendimento aos utentes.

Neste cenário de tamanha rapidez, a capacidade de escolha do aderente de contratos eletrônicos é ainda mais fragilizada pela manipulação decorrente da aplicação de técnicas de marketing e vendas que lançam mão de informações disponibilizadas pelos próprios utilizadores da *internet*<sup>147</sup>, pois tudo é motivo para o consumo. Enquanto se está conectado à rede mundial de computadores recebe-se “oportunidades” de consumo que, a um clique de distância, se concretizam como contratos.

Considerando o uso corriqueiro de contratos padronizados e por não haver uma conscientização generalizada da constituição quase automática contratos firmados por meio eletrônico, constata-se uma situação de muita fragilidade dos utilizadores/consumidores. Especialmente nestas relações jurídicas, a confiança e as

---

- mas de todos para todos”. Apud OLIVEIRA, ELSA DIAS. *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*. Almedina: Coimbra, 2002, p. 14, nota 4.

<sup>146</sup> — *A constante exposição de indivíduos às técnicas de incentivo ao consumo leva-nos a velar a heteronomia de forma a confundir-la com autonomia da vontade. O estudo da ‘manipulação’ da vontade dos indivíduos chega a nível tão elevado enquanto ciência, que impede o Direito de atribuir atos exclusivamente a uma vontade espontânea, quando a vontade é sempre reflexo daquilo em que o emitente acredita, confia. (...) a autonomia privada perde espaço em um ambiente mecanizado onde o contratante aderente perderá a oportunidade de realizar a compra caso se negue a seguir os passos indicados pelo fornecedor. Por outro lado, ganha espaço a confiança, pois quando o consumidor assina o formulário e passa no guichê ao lado está apenas obedecendo às ordens do fornecedor, confiando plenamente neste.* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 20-21

<sup>147</sup> “*O Facebook nunca teve o propósito de ser um mero programa de interação social, sua função é coletar o maior número de dados dos consumidores para que as ofertas sejam direcionadas. Muitos aplicativos dos smartphones são gratuitos, pois o consumidor paga com suas informações. Não desembolsa valores efetivamente, mas permite o acesso ao seu comportamento na rede. OS fornecedores sempre investigam a forma com que os consumidores fazem suas escolhas, mas em uma sociedade tecnológica isso gera um agravamento do deficit informacional do consumidor perante o fornecedor. Empresas de pesquisa especializadas analisam dados comportamentais, por exemplo, o primeiro local para onde o consumidor dirige o foco de sua visualização, o tempo gasto na escolha, as preferências de determinados grupos etc. descobrindo como induzi-lo a manter sua atenção, chegando às operações subconscientes que compõem o ato da compra.*” SCHEIER, Christian; LEFIMÖLLMANN, Anette. *A ciência por trás da propaganda. Mente e Cérebro*, São Paulo, n. 176, pp. 51-57, set. 2007, especialmente p. 51. Edição de aniversário. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.168-169.

legítimas expectativas precisam ser protegidas pela ação mais contundente, tanto do legislador, como dos aplicadores do Direito.<sup>148</sup>

Ressurge, então, o questionamento se a dogmática desenvolvida para o direito dos contratos é capaz de suprir as demandas decorrentes de “aceites” firmados por meio eletrônico<sup>149</sup>, em sua ampla maioria contratos *standards*, tendo em vista as relações jurídicas formadas não mais correspondem ao conceito criado em outra realidade.<sup>150</sup>

Schmidt Neto ressalta que na sociedade de consumo atual é potencializada a relevância da confiança como elemento do contrato, tornando-se essencial nos contratos de crédito e por adesão e imprescindível nos contratos eletrônicos, quando o consumidor é impingido a pagar antecipadamente, confiando no cumprimento da prestação por um fornecedor que não sabe bem onde está ou se é quem afirma ser.<sup>151</sup>

Claudia Lima Marques entende que nas relações contratuais firmadas por meios eletrônicos, a confiança exercerá a função de princípio norteador, como o princípio da boa-fé exerceu no direito contratual do século XX<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> “Na análise dos casos concretos, o valor/princípio confiança “preenche as lacunas deixadas pela mitigação da autonomia privada e, assim, o Direito pode tutelar as expectativas justificadamente despertadas.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.21-22.

<sup>149</sup> “Como aduz Baumann, as decisões são tomadas de antemão, “muito antes de o indivíduo se confrontar com o dever (apresentado como oportunidade) de decidir”<sup>149</sup>. E essa falácia da plena liberdade de escolha dos consumidores no mercado também é estendida para todas as decisões desse indivíduo que deve se tornar mercadoria para que possa se vender, se autopromover, para se manter vitorioso nessa competitiva sociedade de aparências.” BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 82. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 175.

<sup>150</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

<sup>151</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 183-184.

<sup>152</sup> “o uso de um meio virtual ou a entrada em uma cultura visual leva a uma perda de significado ou de eficiência do princípio da boa-fé, que guiou o direito privado e, em especial o consumidor no século XX. Para alcançar a mesma eficácia em tempos virtuais pós-modernos, pareceu-me necessário evoluir para o uso de um paradigma mais visual (de aparência), de menos fidelidade e personalização (fides), de menos eticidade (valoração – bona) e sim de mais socialidade (qualquer forma de declaração vincula o profissional organizador da cadeia de fornecimento) e de coletiva repersonalização (realizar as expectativas legítimas de todo um grupo difuso de consumidores virtuais), a confiança, o modelo-mãe da boa-fé! (...) Parece-me, pois, que o direito privado do século XXI como um todo deve evoluir para redescobrir o princípio da confiança (Vertrauensprinzip)” MARQUES, Claudia Lima (coord) *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; p. 21

## 4.4 Reflexões sobre os contratos eletrônicos

O conceito tradicional, que reconhece no contrato um negócio jurídico baseado na exteriorização de duas ou mais declarações de vontade livremente manifestadas em pleno exercício juridicamente protegido de suas individuais autonomias (oferta ou proposta, de um lado, aceitação do outro), contrapostas, mas harmonizáveis entre si, e no qual identifica no acordo de vontades, o vínculo obrigacional que permitirá a concretização das legítimas expectativas de ambas as partes, nos dias de hoje, parece cada vez mais distante da realidade dos contratantes.<sup>153</sup>

A tecnologia de transmissão de dados que permitiu a “construção” de um ambiente em que as partes interagem, em pleno exercício de suas autonomias de vontade, “desconstruiu” elementos antes considerados fundamentais para a formação dos contratos. Contudo, a despeito das especificidades envolvidas nas fases de formação dos contratos eletrônicos<sup>154</sup>, estes receberam um tratamento análogo ao dispensado aos contratos tradicionais, principalmente a abordagem dos contratos realizados à distância e fora do estabelecimento.

A medida que a frenética evolução tecnológica prometia segurança e confiança nos dados telemáticos, mais amplamente foram implementados e aceitos contratos eletrônicos, os quais passaram a receber atenção dos legisladores para desenvolvimento

---

<sup>153</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 212 e 216; CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Tratado de direito civil*. vol. II, Parte Geral: negócio jurídico, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 129, “*todo negócio jurídico, conquanto manifestação da autonomia privada, deve corresponder à vontade das pessoas nele envolvidas*”; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 388; ROPPO, Enzo. *O contrato*. trad. Ana Coimbra e Manuel Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 85; TELLES, I. G. *Manual dos contratos em geral*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 246.

<sup>154</sup> Há na doutrina quem estabeleça uma distinção entre contratos eletrônicos e contratos informáticos ou telemáticos, mas a posição amplamente majoritária reconhece como contratos eletrônicos os contratos que tenham por objeto a aquisição ou prestação de serviço de natureza informática. CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, 3ª edição, 2005, pp. 584 e ss.; SILVA, Paula Costa e. *A contratação automática*. Direito da sociedade de informação, vol. IV, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 290 e ss.; PATRÃO, Afonso. Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais Reflexões Sobre a Viabilidade de Constituição de Garantias Imobiliárias por Meios Electrónicos à Luz da Lei Portuguesa, pp. 45 e ss; LUCCA, Newton. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 33-35; MEORO, Clemente. *Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica*. Revista Aranzadi de derecho patrimonial, n.º 4, 2000, p. 61; e PIZARRO, Sebastião Nóbrega, Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos, cit., p. 83. Em sentido contrário, MONTEIRO, António Pinto. *A responsabilidade civil na negociação informática*. In. *Direito da Sociedade da Informação*, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 230 emprega os termos contratos eletrônicos ou informáticos indistintamente.

de regramento próprio, das ciências sociais, nomeadamente a doutrina jurídica, como referido anteriormente.

O reconhecimento de que os elementos constitutivos dos contratos eletrônicos exigem balizas próprias, pois a aplicação da analogia, por parte dos aplicadores do Direito, não representava uma prestação jurisdicional justa, equânime e que não trazia paz social, instigou amplo progresso do tipo contratual.

Ainda que alguns juristas reconheçam que grande parte dos contratos eletrônicos não são propriamente contratos, mas um “contato”, em razão da pequena influência de elementos essenciais do conceito consolidado de contrato<sup>155</sup> da formação desta nova modalidade de relação obrigacional, nomeadamente o consenso e a manifestação de vontade.<sup>156</sup> Contudo, persiste na doutrina majoritária o entendimento que nos contratos eletrônicos (de adesão) está conservada a capacidade de manifestação da autonomia privada à medida que o aderente está livre para aceitar ou não os termos e condições do contrato<sup>157</sup>.

Incontornável, porém, reconhecer que em circunstâncias em que há notório desequilíbrio entre as partes, limitação das negociações e da manifestação da vontade,

---

<sup>155</sup> LEHMAN, Heirich. *Faktische Vertragsverhältnisse (Relações contratuais fáticas)*, Tagung der Zivilrechtslehre. (9-10 Okt. 1957) Apud PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3. Ed. São Paulo: ed. RT, 1984, vol. 38, p. 30. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.115; FEDERA, Vera Maria Jacob de. *Les contrats du consommateur. Le consommateur*. Journée Colombiennes, Bogotá: Bruylant et LB2V, t. LVII, p. 60, 2007. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

<sup>156</sup> “A mola propulsora da discussão quanto à alteração de paradigma da vontade para a confiança foi o estudo dos atos existenciais que questionou o modelo tradicional de negócio jurídico.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.95.

<sup>157</sup> “Adotando essa posição, Pontes de Miranda aduz: “A afirmação de o moderno tráfico em massa implicar que se assumam deveres e obrigações, sem que se tenha querido manifestar vontade, é falsa”. E depois de sustentar que sempre existiram as aceitações tácitas, pelo silêncio e que resultam de ato alheio, diz: “O que se passa é que quase todo o conteúdo da manifestação de vontade ‘já estava preestabelecido’”. Mais adiante complementa: “O que se diminuiu, ou se reduziu a quase nada, foi o laço consensualístico. (...) O que houve (...) foi a incursão da autonomia da vontade, (...) Não, porém, eliminação.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 1984, vol. 38, p. 31- 34; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.81. Citado por SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 115-116.

como é o caso do ambiente dos contratos eletrônicos, a confiança assume maior importância<sup>158</sup>.

## **4.5 Contribuições de Modalidades de Contratos Eletrônicos para Tutela da Confiança**

Ainda que o presente trabalho não tenha a pretensão de adentrar às classificações, conceituações e problemáticas referentes às modalidades de contratos eletrônicos, urge destacar alguns aspectos que muito podem contribuir para melhor compreensão e tutela da confiança nas relações contratuais estabelecidas no ambiente eletrônico.

Nos contratos eletrônicos Business-to-Business (B2B) ambas as partes celebram o contrato no exercício de suas atividades econômicas, sendo indiferente se as exercem individualmente ou se são pessoas coletivas.

A facilitação de comunicação e a possibilidade de atuação internacional permitiu e continua a permitir que se constitua um mercado eletrônico descomunal, onde se tornou vital a intervenção de instituições, regramentos e certificações<sup>159</sup> capazes de permitir a consolidação de um ambiente de segurança jurídica e confiança para a celebração dos contratos entre agentes económicos para aquisição de bens ou serviços de empresa para empresa, bem como a realização de transações financeiras, principalmente contratos de seguro e de crédito comercial.

Consectário natural desenvolvem-se relações comerciais do tipo Business-to-Consumer (B2C), as quais envolvem uma parte profissional, que, no exercício de sua atividade econômica celebra um contrato em ambiente eletrônico com o consumidor para fornecimento de bens, serviços, incluindo os financeiros.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> BESSA, Leonardo Rescoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2009. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

<sup>159</sup> Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de janeiro, a qual transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno.

<sup>160</sup> Consumidor reconhecido como pessoa natural destinatária final do bem ou serviço.

A utilização do meio eletrônico para a celebração de contratos iniciou-se como alternativa para a ampliação de mercados e diversificação de fornecedores e clientes<sup>161</sup>. Contudo, com a contínua evolução tecnológica, foram desenvolvidos bens e serviços que não corpóreos e que tinham sua transferência e prestação exclusivamente no ambiente eletrônico.

A doutrina refere-se a esta dicotomia como diferentes formas de cumprimento da obrigação, as quais influenciam no grau de confiança depositada pelas partes, especialmente na fase pré-contratual. Aos contratos que celebrados por meios eletrônicos para encomenda de bens, os quais serão entregues ao adquirente pelos canais tradicionais, como os correios e empresas de transportes, é atribuído o enquadramento de comércio eletrônico indireto. Enquanto os negócios celebrados e cumpridos (pagamento e entrega do bem/serviço) exclusivamente em ambiente eletrônico são considerados pertencentes ao comércio eletrônico direto.

Para viabilidade dessas modalidades de contratos, essencial a estruturação de uma cadeia de segurança capaz de despertar e de consolidar a confiança dos intervenientes no mercado eletrônico global, pois cada vez é maior o número de contratos celebrados e cumpridos exclusivamente *on line*, seja pelo cumprimento imediato e automático do contrato em condições standard absolutamente imodificáveis<sup>162</sup>.

---

Importante apontar que a estrutura verificada nas modalidades B2B e B2C já foi adaptada para outras relações jurídicas, como o comércio *Consumer-to-Consumer* (C2C), o comércio eletrônico *Employer-to-Employee*, *Business-To-Administration* (B2A), sendo este último os contratos eletrônicos celebrados entre a Administração Pública e empresas, tendo por objeto a aquisição de bens e serviços por entidades públicas. CORREIA, Miguel Pupo. *Comércio Electrónico no Direito Português*. In COELHO, Fábio Ulhoa e RIBEIRO, Mária de Fátima (coord.). *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 318.

<sup>161</sup> A única diferença entre os contratos celebrados via mensagem eletrônica e os contratos tradicionais traduz-se no meio pelo qual são transmitidas as declarações negociais, e no facto de as partes se encontrarem fisicamente distantes. MONTEIRO, António Pinto. *A Responsabilidade Civil na Negociação Informática*. In *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 232-233.

<sup>162</sup> *click wrap* são celebrados com a aceitação de cláusulas contratuais por meio de um simples *click* num botão virtual. Grande parte dos utilizadores da *internet* não reconhece nos chamados *pop-ups* largamente utilizados para obtenção de concordância do utilizador para acesso a dados como contratos. Esta realidade social não pode ser afastada, nem minimizada, pois amplifica o desequilíbrio de forças entre os utilizadores e aqueles que exercem suas atividades no meio eletrônico. A diferença de tratamento entre estes dois tipos de contratos eletrônicos surge evidenciada no próprio Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro - a “Lei do Comércio Eletrónico” em seus artigos 27.º, 28.º e 29.º, aplicáveis somente aos contratos celebrados “em linha” ou *online*, nomeadamente aos contratos *click wrap*.

CORREIA, Miguel Pupo. *Comércio Electrónico no Direito Português*, In COELHO, Fábio Ulhoa e RIBEIRO, Mária de Fátima (coord.), *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 329.

## 5. Tutela da Confiança em Contratos Celebrados em Ambiente Eletrônico

A confiança, como elemento essencial das relações jurídicas, independentemente da fonte, sempre mereceu a tutela do Direito. Contudo, nenhum ato social tem um poder tão contundente e de efeitos tão amplos quanto o ato normativo. Desta feita, desde os primórdios, a tutela da confiança se deu pelas duas principais vertentes de controle social: a legislativa e a judiciária.

Entretanto, com a evolução das sociedades, os atos normativos tornaram-se mais complexos, assim como a ciência jurídica e o valor/princípio “confiança” olvidado em prol de institutos eminentemente jurídicos, como a boa-fé e o abuso de direito<sup>163</sup>.

No que diz respeito aos contratos, sempre subsistiu a confiança de que os acordos seriam cumpridos da forma prevista. A expressão *'pacta sunt servanda'* representa tal confiança. Não só dos contratantes, mas da coletividade e dos entes incumbidos de vigiar e punir. O inadimplemento de uma obrigação contraria a vontade manifestada e viola a confiança depositada na pessoa do contratante e no próprio contrato. Desta feita, não podia permanecer sem consequência um ato concomitantemente atentatório à pessoa do contratante frustrado em suas expectativas e a coletividade com relação aos contratos de modo geral. Neste contexto, cumpria ao ente estatal investido da função jurisdicional,

---

<sup>163</sup> “A liberdade de conformação que, em princípio, as partes dispõem e que é um elemento essencial da liberdade contratual, deve encontrar os seus limites onde exista um perigo fundamentado de que este princípio seja objecto de abuso. Não são apenas os bons costumes, ou as proibições legais que limitam a liberdade contratual, mas também normas, cuja tarefa consiste em evitar a imposição unilateral de interesses dos economicamente poderosos à custa das suas contrapartes contratuais. A sensibilidade da sociedade moderna em relação ao abuso do poderio económico, cresceu consideravelmente e, em consequência, o Estado Social moderno encontra, neste domínio, uma tarefa importante, cuja execução levou a crescente número de leis. Esta evolução contribuiu em não pequena medida, para a discussão já referida, sobre a crise do direito contratual.” MUSIELAK, Hans-Joachim. *A inserção de terceiros no domínio de proteção contratual*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.) *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 285-286.

averiguar as circunstâncias que impediram o cumprimento das obrigações e gravidade dos efeitos do inadimplemento.

Ainda que o contrato fosse reconhecidamente o ápice da concretização da autonomia da vontade, a frustração da justa expectativa tem um efeito tão danoso para a paz social que o Estado não pode permanecer inerte, mesmo diante de questões eminentemente privadas.<sup>164</sup>

Ainda que a liberdade de contratar nunca tenha sido absoluta, pois sempre foram consideradas as limitações decorrentes da ordem pública e bons costumes, o dirigismo contratual<sup>165</sup> é reconhecido como a primeira relativização do princípio da obrigatoriedade. No contexto de sucessão ao modelo voluntarista do período pós-Revolução Francesa, consolidou-se no período pós-*Primeira Guerra*, na República de Weimar, permitindo maior interferência do Estado nas relações contratuais, instituindo proteções aos contratantes aderentes<sup>166</sup>.

O Estado intervinha nas relações contratuais por meio dos atos legislativos e das autoridades reguladoras, de maneira pontual, sem que fosse abolido o princípio da autonomia da vontade. O contrato além de conjugar as vontades manifestadas dos

---

<sup>164</sup> “inicialmente, a intervenção do Estado nos contratos se dava para proteger unicamente a confiança depositada no cumprimento da obrigação tal como pactuada, independentemente de qualquer justificativa.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 65-66.

<sup>165</sup> “expressão nascida no período entre guerras que serviu de resposta do Estado às injustiças que a aplicação irresponsável da autonomia privada criou. Embora a intervenção estatal desmedida posteriormente tenha causado estragos ainda maiores com o nacional-socialismo alemão, o fascismo italiano e o comunismo soviético, o fato é que, superadas tais ideologias, remanesceu a leitura social das relações contratuais a permitir uma oposição à visão liberal clássica que impedia a intervenção do Estado nos contratos. O Estado se viu obrigado a intervir em livre manifestações de vontade para garantir a limitação à autonomia privada, por tratar-se de uma questão de ordem pública, pois não poderia ficar inerte perante um contrato com fins antissociais e com o objetivo de ofender as normas do convívio em sociedades. SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66; GOMES, Orlando. *Contratos*. (Coor.) Edvaldo Brito; (Atual) Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27.

<sup>166</sup> NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo do. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 203. *Apud* SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

contratantes tinha de levar em consideração o interesse da sociedade, através do respeito à ordem pública e à justiça, inaugurando o então chamado voluntarismo social.<sup>167</sup>

O Estado de bem-estar social também contribuiu para moldar as limitações à liberdade contratual incluindo a função social como critério de validade do contrato<sup>168</sup>, e quanto mais disseminado o uso dos contratos *standards*, novas limitações foram agregadas, a fim de que o poder económico de uma das partes não subjugasse a autonomia da vontade da outra<sup>169</sup>.

A liberdade contratual e a obrigatoriedade dos pactos continuam a ser os alicerces do direito contratual, que, conforme evoluiu, reconheceu aspectos elementares que não estavam devidamente protegidos, como a confiança<sup>170</sup>, a boa-fé e a função social do contrato. Neste percurso, foram de fundamental importância as contribuições das iniciativas dogmáticas, normativas e interpretativas, concretizando, com erros e acertos, a autonomia da vontade, a confiança e a paz social.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> WALD, Arnaldo. O princípio da confiança. Carta Mensal, Rio de Janeiro, v. 51, n. 609, p. 30, dez. 2005. Apud SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66;

<sup>168</sup> “Portanto, é função do Estado evitar que o exercício da autonomia privada impeça o Direito de garantir o papel social que o contrato exerce.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.69.

<sup>169</sup> “MUSIELAK, Hans-Joachim. *A inserção de terceiros no domínio de proteção contratual*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.) *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 285.

<sup>170</sup> “(...) parece certo sustentar que, no nascimento da obrigação advinda do acordo, a vontade é rematada pela ‘confiança nas circunstâncias negociais.’” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.35

<sup>171</sup> “Se a teoria clássica se baseava em três pilares – liberdade contratual, força vinculante e relatividade dos efeitos contratuais -, as transformações sociais trouxeram novos paradigmas a adaptar os princípios clássicos à realidade dos fatos. A boa-fé ganha importância central no Direito Civil notadamente a partir de sua positivação no BGB. O reconhecimento legal dos novos princípios permitiu uma renovação na hermenêutica contratual. Hoje não se nega que os contratos sejam obrigatórios (vontade), mas devem ser equânimes (confiança), que devem ser os contratantes livres (vontade, mas que ajam com lealdade e boa-fé (confiança), que não se estendam seus efeitos a quem não participou do contrato (vontade), mas que, sempre que o negócio gerar algum efeito para terceiros, estes sejam respeitados, observada a função social (confiança). Tal desenvolvimento se deu porque a sociedade da informação e de massas é extremamente tecnológica, padronizada, dinâmica e imediatista, o que resultou a forma de contratar. A globalização, a despersonalização negocial, o aprimoramento da publicidade e da oferta, os contratos eletrônicos, são fatores que precisam ser inseridos na teoria contratual, como vem fazendo a doutrina hodierna.” SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.32; BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção contratual. In: BENJAMIN, António Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 318-320; MARQUES,

O que em dado momento diagnosticou-se como “crise do negócio jurídico”, crise do contrato”, prevendo sua decadência, hoje é foco do esforço de juristas, legisladores e do próprio judiciário, para conciliar exigências e ponderar valores em conflito, pois ainda não se encontrou meio mais apropriado para o exercício da autonomia da vontade que o contrato, ainda que suas feições pareçam um tanto diferentes.<sup>172</sup>

Hodiernamente, o Direito e o Estado-regulador das relações privadas não se alheiam às desigualdades das partes, desenvolvendo mecanismos de proteção dos valores e princípios tendo em vista a paz social e a justiça, mesmo que isso signifique tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades<sup>173</sup>.

Apesar da jurisprudência raras vezes reconhecer expressamente a confiança como bem jurídico, pois persiste sua ligação à teoria da aparência<sup>174</sup>, lançando mão de outros princípios mais em voga como o da lealdade, da boa-fé, frise-se, ambos centrados na confiança. Ademais, a confiança está no cerne de grande parte das normas punitivas, pois, ao lado do património, da dignidade da pessoa humana, a confiança é também bem central das medidas de responsabilização civil<sup>175</sup>.

---

Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. Rio de Janeiro: RT, nº 741, pp. 11-37.

<sup>172</sup> “MUSIELAK, Hans-Joachim. *A inserção de terceiros no domínio de proteção contratual*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.) *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 9-10.

<sup>173</sup> Conceito Aristotélico de isonomia. Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, Livro VI, C, 11.

<sup>174</sup> Carneiro da Frada manifestamente contrapõe-se à vinculação proposta da tutela da confiança com a teoria da aparência: *‘Interessa-nos a responsabilidade pela confiança, no sentido estrito e rigoroso do desencadear de consequências indemnizatórias em virtude da frustração de expectativas. Ela constitui apenas uma modalidade da tutela da confiança. Não se assimila ao estabelecimento e á imputação, a alguém, de efeitos (de protecção ‘in genere’ de expectativas acalentadas por outrem. Como a parte se não confunde com o todo.*

*Assim, importa distingui-la da tutela da aparência. Nesta última, a ordem jurídica determina a colocação do sujeito em situação correspondente à confiança que teve, apesar de não estarem verificados os requisitos de que dependia a produção da consequência em causa; em homenagem juntamente à verosimilhança da sua crença na existência de tais pressupostos (ou na inexistência de algo que indicasse a sua não verificação).*” FRADA, Manuel Carneiro da. *A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil – balanço e perspectivas*. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, p. 289

<sup>175</sup> ALPA, Guido. *Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões*. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.) *Contratos: actualidade e evolução/actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 105

## 5.1 Regulamentação Portuguesa do Comércio Eletrônico

### 5.1.1 Regime Jurídico do Comércio Eletrônico – Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro e Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital – Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto

A reboque da preocupação dos Estados europeus com a rápida expansão do comércio eletrônico e as limitações dos ordenamentos existentes<sup>176</sup> para controle e resposta às novas demandas, o legislador nacional promoveu transposição da Diretiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, para a ordem jurídica nacional, estabelecendo o marco jurídico reconhecido como Regime Jurídico do Comércio Eletrônico.

Alexandre Dias Pereira destaca que o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, extrapolou as disposições da diretiva a medida que incluiu disposições sobre pontos identificados como carecedores de regulamentação na ordem jurídica portuguesa.<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> “O Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de julho, introduziu no ordenamento jurídico português uma regulamentação inovadora com vista à protecção do consumidor em matéria de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, acolhendo para o efeito os princípios nesta matéria estabelecidos na Directiva n.º 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de Dezembro.

*O crescente aumento de situações de venda de bens ou de prestação de serviços fora de estabelecimentos comerciais, com ou sem a presença física do vendedor, bem como o surgimento de novas modalidades comerciais impõem, no entanto, a reformulação e o aprofundamento do conteúdo do actual texto legal, tendo em vista adequá-lo à actual realidade económica e assim contribuir para uma maior transparência das relações comerciais e para uma melhor protecção do consumidor. Por outro lado, importa transpor para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância.*

*Nessa medida, o presente diploma, para além de estabelecer um novo enquadramento legal para os contratos celebrados a distância e ao domicílio, introduz no nosso ordenamento jurídico regras específicas para as vendas automáticas e especiais esporádicas, tendo em vista assegurar, antes de mais, que os direitos do consumidor, quer no que se refere à informação prestada e à identificação do vendedor, quer no que se refere ao objecto do contrato, quer quanto às condições da sua execução, sejam alvo de medidas que, atendendo à natureza e especificidades próprias deste tipo de situações, consolidem e alarguem as suas garantias. De igual modo, passam a ser consideradas ilegais determinadas formas de venda de bens ou de prestação de serviços que assentem em processos de aliciamento enganosos ou em que o consumidor possa, de alguma forma, sentir-se coagido a efectuar a aquisição.”* Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=179&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=179&tabela=leis&so_miolo=). Assim, em 2001, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, o qual *além de estabelecer um novo enquadramento legal para os contratos celebrados a distância e ao domicílio, introduz no nosso ordenamento jurídico regras específicas para as vendas automáticas e especiais esporádicas.* Este diploma foi, entretanto, revogado pelo DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

<sup>177</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. *Comércio Electrónico e Consumidor*. In Estudos de Direito do Consumidor, n.º 6, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2004, p. 342. Vide o ponto 1 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

Outro importante diploma foi o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto<sup>178</sup>, o qual instituiu o Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital, esta essencial para transmitir segurança e confiança entre as partes, especialmente em razão das tratativas ocorrerem à distância<sup>179</sup>.

O advento destes diplomas permitiu o desenvolvimento sem precedentes do mercado eletrônico português, pois apesar da vigência de regramento de contratos à distância desde 2001, as especificidades do comércio eletrônico demandavam tratamento próprio. Ademais, o reconhecimento da equiparação das declarações transmitidas por meios eletrônicos às declarações transmitidas pelas vias tradicionais incitou a necessária confiança dos contratantes<sup>180</sup>.

Outra disposição que contribuiu grandemente para a tutela da confiança nos contratos eletrônicos foi a consagração do princípio da admissibilidade e equiparação dos contratos eletrônicos aos contratos não eletrônicos, de forma que independentemente dos meios utilizados para a celebração do contrato, desde idôneos e adequados a transmitir inequivocamente a declaração de vontade das partes, imposto pelo art. 9 da Diretiva n.º 2000/31/CE<sup>181</sup> e nos termos do art. 25.º, n.º 1 da Lei do Comércio Eletrónico: *“1 – É livre a celebração de contratos por via electrónica, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio.”*

Ressalte-se que subjacente ao princípio da admissibilidade e equiparação dos contratos eletrônicos aos contratos não eletrônicos estão os princípios da liberdade

---

<sup>178</sup> O DL n.º 290-D/99 foi aprovado ainda antes da Diretiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999. Esta Diretiva foi publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, série L, n.º 13/12, de 19 de janeiro de 2000.

<sup>179</sup> Nóbrega Pizarro reconhece como princípios específicos reguladores dos contratos eletrônicos o princípio da identificação, segundo o qual *“as partes devem estar devidamente identificadas”* para que exista *“a absoluta certeza recíproca de quem é a outra parte”*, bem como o princípio da autenticação, nos termos do qual deve ser garantida a autenticidade do conteúdo da mensagem transmitida, *“de forma a que não subsistam dúvidas sobre a manifestação de vontade demonstrada.”* PIZARRO, Sebastião Nóbrega, Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos, cit., p. 74 e seguintes.

<sup>180</sup> *“Artigo 26.º - Forma*

*1 - As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.*

*2 - O documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação.”*

<sup>181</sup> *“Artigo 9.º - Regime dos contratos*

*1. Os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos. Os Estados-Membros assegurarão, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos.*

contratual e da liberdade de forma consagrados nos artigos 405.º e 219.º do Código Civil português, apesar de a lei exigir, em certos casos, uma forma especial para reconhecimento da validade de específicos negócios jurídicos.

Por outro lado, a natureza transnacional do mercado eletrónico reacende a pretensão de um direito privado europeu, ainda que restrito ao direito eletrónico, a fim de que sejam harmonizados os ordenamentos nacionais e sua aplicação. Neste diapasão, surge o Mercado Único Digital europeu visando assegurar o melhor aproveitamento das potencialidades de desenvolvimento da economia, indústria e sociedade europeias decorrentes da nova era digital.<sup>182</sup>

Proposta pela Comissão Europeia em 2015, a estratégia para o mercado único digital lançou as bases para uma sociedade digital europeia unida e sustentável, sendo seguidas algumas realizações dentre as quais, destaca-se o fim das tarifas de roaming, modernização da proteção de dados e o acordo para desbloqueio de comércio eletrónico injustificado, *geoblock*.

### **5.1.2 Regime Jurídico dos Contratos Celebrados à Distância e dos contratos Celebrados fora do Estabelecimento Comercial – Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro**

Decorrente da transposição da Diretiva n.º 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, o Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril, representou em Portugal o primeiro regime jurídico aplicável aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.

---

<sup>182</sup> Ao estabelecer o Mercado Único Digital, a União Europeia pretendeu garantir o contributo da economia digital para o progresso económico e social, eliminar as barreiras regulamentares que existiam entre os 28 Estados-Membros, criar mais oportunidades de emprego, estimular a inovação e gerar competitividade da indústria europeia. Em 1997, foram lançados os alicerces para a regulação do e-commerce, tendo tido respaldo na Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e por um conjunto de outros quadros regulatórios. A União Europeia posicionou-se desde cedo na vanguarda da regulação dos direitos do consumidor e no fomento do sector do e-commerce. Medidas e estratégias disponíveis em <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/digital-single-market/> Acesso 10/06/2021.

De sobremaneira relevante para os primórdios do Direito Eletrônico, por reconhecer em seus dispositivos, possibilidade de enquadramento das relações derivadas de contratos eletrônicos.

Fundamental na “prossecação da política de defesa do consumidor, designadamente ao impor o cumprimento de deveres de informação pré-contratual perante o consumidor, o respeito de determinados requisitos quanto à celebração desses contratos e reconhecer a existência do direito de resolução, a exercer no prazo de sete dias úteis a contar da celebração do contrato”, o Decreto-Lei n 272/87 definiu o conceito das “vendas por correspondência” e proibiu as vendas “em cadeia”, “em pirâmide” ou em “bola de neve”, bem como as “vendas forçadas”.

Por força do surgimento de novas formas de vendas e a necessidade de transposição do novo instrumento de direito europeu – a Diretiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, impuseram uma alteração aprofundada do regime jurídico aplicável às vendas ao domicílio e contratos equiparados, concretizados no Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, alterado pelos Decretos-Leis n.os 57/2008, de 26 de março, 82/2008, de 20 de maio e 317/2009, de 30 de outubro.

O Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, por sua vez, consagrou não só as regras aplicáveis aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados no domicílio, mas também considerou ilegais determinadas formas de venda de bens ou de prestação de serviços assentes em processos de aliciamento enganosos e revogou expressamente o Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de abril.

Após longo processo de negociação, foi publicada a Diretiva n.º 2011/13/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, realizando profunda modificação legislativa, alcançando um elevado nível de defesa dos consumidores, e garantia do bom funcionamento do mercado interno, aproximando as legislações dos Estados Membros, em especial, nas matérias relativas à informação pré-contratual, aos requisitos formais e ao direito de livre resolução nos contratos celebrados à distância, e nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial estabelecendo, para esse efeito, o referido princípio da harmonização total.

O Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro, transpôs a Diretiva n.º 2011/13/CEE, estabelecendo o regramento aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento.

Ainda que reafirme algumas das definições e modalidades de venda já consagradas, ajusta-as aos termos e espírito da Diretiva.

Destaca-se como exemplo de contributo para a tutela da confiança a implantação de regras em matéria de informação pré-contratual, ampliando o conteúdo e os requisitos da informação a ser disponibilizada ao consumidor.

Como o próprio texto legal ressalta, *“um dos aspetos inovadores do presente decreto-lei, refere-se à obrigação de o fornecedor de bens ou do prestador de serviços indicar, no seu sítio na Internet onde se dedica ao comércio eletrónico, a eventual aplicação de restrições à entrega, bem como os meios de pagamento aceites”*, bem como fornecer ao consumidor um formulário de livre resolução do contrato, cujo modelo o próprio decreto-lei traz em anexo.

### **5.1.3 Regime jurídico da segurança do ciberespaço – Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto**

Reconhecidamente essencial para a sociedade atual, era premente a consolidação de um regime jurídico de segurança do ciberespaço. Neste diapasão, a Lei n.º 46/2018 representa, não só a transposição da Diretiva (VER) 2016/1148, mas a concretização da harmonização das medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União.

Ao estabelecer elevados padrões de segurança, responsabilidades, protocolos e punições, o Regime Jurídico da Segurança no Ciberespaço consolida mecanismos de proteção da confiança, reconhecida como elemento possibilitador da viabilidade do ambiente cibernético.

### **5.1.4 Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro**

O Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro integra o ordenamento interno português, a fim de assegurar a execução do disposto no Regulamento (EU) 910/2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno.

Representando conseqüente resposta à evolução das ameaças que assombram o ambiente cibernético, foram adotadas, no ordenamento interno, as determinações do Regulamento (EU) 910/2014, para designação de autoridades portuguesas e a elas fossem atribuídas competências para realizar as atividades de supervisão previstas no Regulamento, bem como definir o quadro sancionatório aplicável em caso de infração das normas do Regulamento.

Ao assumir expressamente que a adoção do Regulamento tem como objetivo o aumento da confiança e da segurança das transações online na União Europeia, bem como promover uma maior utilização desses serviços pelos cidadãos, pelos operadores económicos e pela Administração Pública, prevendo, inclusive sistema sancionatório, inegável sua importância para a tutela da confiança.

### **5.1.5 Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro<sup>183</sup>**

Incontornável tratar, ainda que superficialmente, do contributo do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais para a tutela da confiança, pois ao reconhecer o desequilíbrio de forças entre as partes, proponente e destinatário, permite que as circunstâncias concretas interfiram na aplicação dos termos pré-definidos, salvaguardando a confiança e a boa-fé.

Em sua exposição de motivos, o legislador foi explícito ao demonstrar que eram objetivos tutelar a confiança e a boa-fé, na realidade incontornável dos contratos de adesão, nos termos:

*“1. Constitui a liberdade contratual um dos princípios básicos do direito privado. Na sua plena aceção, ela postula negociações preliminares íntegras, ao fim das quais as partes, tendo ponderado os respectivos interesses e os diversos meios de os prosseguir, assumem, com discernimento e liberdade, determinadas estipulações. A essa luz, uma boa medida do direito dos contratos possui natureza supletiva: as normas legais apenas se aplicam quando os intervenientes, no exercício legítimo da sua autonomia privada, as não tenham afastado. Por expressivo, recorde-se que o artigo 405.º, n.º 1,*

---

<sup>183</sup> O artigo 8.º da referida lei proíbe as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé, tendo em conta a confiança suscitada nos contraentes. Há que ter em conta as legítimas expectativas que, durante a fase que antecedeu a celebração do contrato, foram criadas na pessoa do aderente e que, de acordo com as regras da boa-fé, não possam ser defraudadas. As cláusulas contratuais gerais celebradas com violação dos deveres de uma actuação de boa-fé são nulas.

V. artigo 16.º, alínea a) do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, segundo o qual, “na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes (...)”.

*do Código Civil reconhece às partes a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos na lei ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.*

*2. Dentro da visão clássica da autonomia contratual, os grandes obstáculos à sua efectivação residiam na ausência concreta de discernimento ou de liberdade, a respeito da celebração, ou, ainda, na presença de divergências entre a vontade real e a vontade declarada. Encararam-se tais aspectos com recurso aos institutos do erro, do dolo, da falta de consciência da declaração, da coacção, da incapacidade acidental, da simulação, da reserva mental ou da não seriedade da declaração.*

*Uma experiência jurídica antiga também demonstrou que certas cláusulas, quando inseridas em contratos, se tornavam nocivas ou injustas. Deste modo, apareceram proibições relativas, entre outros, aos negócios usurários, aos pactos leoninos, aos pactos comissórios e, em termos mais genéricos, aos actos contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.*

*Assim acautelada, a liberdade contratual assumiu uma importância marcante, com dimensões jurídicas, económicas, sociais e culturais. Importância que se conserva nos nossos dias.*

*(...) 4. As cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual. Numa perspectiva jurídica, ninguém é obrigado a aderir a esquemas negociais de antemão fixados para uma série indefinida de relações concretas. E, fazendo-o, exerce uma autonomia que o direito reconhece e tutela. A realidade pode, todavia, ser diversa. Motivos de celeridade e de precisão, a existência de monopólios, oligopólios, e outras formas de concertação entre as empresas, aliados à mera impossibilidade, por parte dos destinatários, de um conhecimento rigoroso de todas as implicações dos textos a que adiram, ou as hipóteses alternativas que tal adesão comporte, tornam viáveis situações abusivas e inconvenientes. O problema da correcção das cláusulas contratuais gerais adquiriu, pois, uma flagrante premência. Convirá, no entanto, reconduzi-lo às suas autênticas dimensões.*

*(...) 6. O Código Civil vigente consagra em múltiplas disposições o princípio da boa-fé. Deu-se um passo decisivo no sentido de estimular ou habilitar os tribunais a intervenções relativas ao conteúdo dos contratos, com vista à salvaguarda dos interesses da parte negocialmente mais fraca. Através da boa-fé, o intérprete dispõe de legitimidade para a efectivação de coordenadas fundamentais do direito. O apelo ao conceito de ordem pública é um outro alicerce.*

*Sabe-se, contudo, que o problema das cláusulas contratuais gerais oferece aspectos peculiares. De tal maneira que sem normas expressas dificilmente se consegue uma sua fiscalização judicial eficaz. Logo, a criação de instrumentos legislativos apropriados à matéria reconduz-se à observância dos imperativos constitucionais de combate aos abusos do poder económico e de defesa do consumidor. Acresce a recomendação que, vai para nove anos, o Conselho da Europa fez, nesse sentido, aos Estados Membros.”*

Ademais, dedicou uma secção (Secção II: artigos 17º a 19º) para tratar as questões concernentes às relações entre empresários ou entidades equiparadas, permitindo sua aplicação às relações comerciais eletrónicas B2B, reconhecendo que a possibilidade de desequilíbrio de forças entre empresas, pois também se veem obrigadas a suportar cláusulas pré-estipuladas de empresas fornecedoras.

Como tratado anteriormente, as regras previstas no Código Civil para os contratos não foram inspiradas pela realidade dos contratos de adesão, e como bem alerta Mota Pinto, a simples aplicação das normas lá previstas representaria “total inconsideração pela situação real do aderente quanto ao conhecimento das consequências jurídicas da sua adesão (...)”<sup>184</sup>, pois que a liberdade negocial não encontra espaço.

Portanto, fundamental reconhecer que as limitações da liberdade negocial e contratual merecem do Direito e de seus aplicadores a proteção da confiança, independentemente de distingui-la como valor ou princípio, pois as volitivas sujeições dos contraentes a relações jurídicas contratuais são sempre motivadas pela confiança que o sujeito possui não só na outra parte, mas também em todo o sistema jurídico, legitimando suas expectativas em relação ao contrato firmado.

## **5.2 (In)capacidade das normas de responsabilidade civil para tutelar a confiança**

A contemporaneidade, marcada pela fluidez das relações obrigacionais, o desequilíbrio contratual e o uso massivo de contratos de adesão, assistiu a paulatina asfixia de pilares do sistema jurídico obrigacional, nomeadamente a autonomia da vontade e a liberdade contratual.

Ante os litígios casuísticos e a falta de resposta das normas civis que protegessem a confiança, as legítimas expectativas e a boa-fé dos indivíduos, inúmeros foram os esforços para alargamento das proteções normativas, reconhecimento da discrepância de

---

<sup>184</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Contratos de Adesão: Uma Manifestação Jurídica da Moderna Vida Económica*. In Revista de Direito e de Estudos Sociais, Coimbra, 1973, pp. 126 e seguintes.

forças entre as partes e medidas legislativas que promovessem a proteção necessária sem que houvesse impacto negativo no processo evolutivo da sociedade de consumo.<sup>185</sup>

Neste contexto, assume novo relevo a proteção da aparência de direito. A realidade do “mundo virtual”, cada vez mais presente na vida das sociedades globalizadas, impulsiona um processo em que a imagem ganha estatuto autocrata; isto é, ela passa a ter uma realidade própria, mais tangível que o objeto real do qual é representação.

Camadas indefinidas de realidades se interpõem na prática dos negócios sem que os sujeitos que os vivem possam assegurar-se, em tempo real, qual delas é a verdadeira, faz com que seja cada vez mais difícil distinguir o que seja a aparência da realidade.

A capacidade de percepção do homem médio, quanto à complexidade das relações jurídicas e suas consequências, não tem sido considerada na marcha acelerada em que as relações contratuais estabelecem-se, desenvolvem-se e concluem-se inteiramente no mundo virtual.

Assim, reconhece-se a confiança como efetivo fundamento para delimitação da eficácia do ato praticado pelo titular aparente, na visão de Luhmann, um mecanismo em que os atores sociais reduzem a complexidade interna do seu sistema de interação. Isto pode ocorrer pela adoção de expectativas específicas sobre o comportamento futuro de outros pela seleção de possibilidades, podendo basear-se em processos históricos, em características compartilhadas ou em mecanismos institucionais.<sup>186</sup>

Esta confiança institucional, formada pela estrutura social formal, em que os mecanismos legais tendem a reduzir os riscos de confiança torna mais fácil sua existência, podendo ser deliberadamente produzida com a consideração de que seus mecanismos

---

<sup>185</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30 ed. Atual. De acordo com o novo Código Civil – Lei. 10.460, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004, p. 416. *Apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Proteção da boa-fé objetiva*. Revista da Ajuris. Porto Alegre, ano 39, nº 126, jun. 2012, pp. 187-233.

<sup>186</sup> “*não importa o plano individual e psicológico, se o sujeito acreditou em determinada situação, mas averiguar racionalmente quando e até onde podia confiar; nos fatores que decidem assim, e já não na confiança, encontraremos o cerne da responsabilidade.*” MOTA, Maurício (23 de nov de 2016). *A Responsabilidade Civil por Situações de Confiança na Teoria da Aparência Jurídica*. Acesso em 17 de out de 2019, disponível em [emporiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota](https://emporiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota).

necessitam ser legitimados socialmente para serem efetivos<sup>187</sup>. É essa confiança que interessa ao direito, vez que as relações sociais são inteiramente perpassadas por interações de confiança que, sedimentadas por valores, possibilitam as trocas e os acordos.

Anthony Giddens clarificou sua visão de como a confiança tornou-se uma relação institucional nas sociedades pós-modernas<sup>188</sup>, ressaltando uma das grandes forças dinâmicas na sociedade contemporânea é a existência de relações sociais, sem que necessariamente haja contato face a face, mediadas pela confiança em meios de intercâmbio, seja o governo, leis, agentes intervenientes, códigos de conduta, para citar apenas alguns exemplos, construindo, assim, situações, por vezes, paradoxais.

Assim, as relações virtuais, cada vez mais comuns, envolvem sujeitos que não confiam propriamente uns nos outros, mas na existência de uma “entidade”, seja de que natureza for, capaz de certificar, avaliar, mediar, fiscalizar tais relações e seus efeitos. Deste modo, a relação de confiança não se estabelece horizontalmente entre as partes, mas há a triangulação, em que as partes confiam em uma ou múltiplas figuras.<sup>189</sup>

Vale ressaltar que embora a confiança seja reconhecidamente uma expectativa bilateral entre indivíduos, tal fenômeno também se verifica entre organizações, isto porque apesar de serem pessoas derivadas de ficção jurídica, elas são geridas por indivíduos que estabelecem entre si e com os possíveis parceiros relações de confiança ou desconfiança<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1986, p. verificar a página

<sup>188</sup>GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. *Apud* MOTA, Maurício (23 de nov de 2016). *A Responsabilidade Civil por Situações da Confiança na Teoria da Aparência Jurídica*. Acesso em 17 de out de 2019, disponível em emporio do direito: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota>.

<sup>189</sup> Neste diapasão, destaca-se a importância do Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro, o qual concretiza a adoção do Regulamento (UE) n.º 910/2016t com *objetivo aumentar a confiança e segurança das transações online na União Europeia, promovendo uma maior utilização desses serviços pelos cidadãos, pelos operadores económicos e pela Administração Pública. Para o efeito, o Regulamento passou a regular, a par da matéria das assinaturas eletrónicas, os selos eletrónicos, os selos temporais, a marca de confiança «UE», os serviços de envio registado eletrônico e os serviços de certificados para autenticação de sítios web.*”

<sup>190</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. *Apud* MOTA, Maurício (23 de nov de 2016). *A Responsabilidade Civil por Situações da Confiança na Teoria da Aparência Jurídica*. Acesso em 17 de out de 2019, disponível em emporio do direito:

Contudo, a ambiguidade do conceito de confiança permanece sendo o maior entrave ao seu reconhecimento como valor e princípio, elemento essencial das relações jurídicas e conseqüentemente à construção de uma dogmática com escopo denso suficiente para traspasar a ciência jurídica.<sup>191</sup>.

Menezes Cordeiro reconhece que o Direito português exerce a tutela da confiança através da manutenção das vantagens que assistiram ao confiante, caso a sua posição fosse real, podendo consistir na preservação desta posição ou no dever de indenizar.<sup>192</sup>

Maurício Mota revela que a dificuldade dos doutrinadores com relação ao termo confiança fez com que fosse substituída pelo conceito de relação de confiança (*fiduciary relationship*) e relações especiais (*special relationships*) no reconhecimento de responsabilidades, destacando que determinadas circunstância fácticas envolvendo confiança têm relevância na caracterização de responsabilidades e na proteção das expectativas, configurando a tentativa de atribuir à confiança a objetivação necessária para estabilidade do conceito.<sup>193</sup> Ainda assim, grande parte da doutrina permaneceu cética.

André Schmidt Neto, por sua vez, ao analisar a doutrina da responsabilidade civil, ensina:

---

<https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota>.

<sup>191</sup>“É lícito confiar porque existe um fundamento para a pretensão, esta nasce, porém, quando se confia”. FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 253-253.

<sup>192</sup>. CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 7ª reimpressão, 2017, pp. 1249 e ss

Lino Diamvutu lembra que Jhering, ao tratar da *culpa in contrahendo*, restringia a indemnização ao interesse contratual negativo uma vez que o seu trabalho se circunscrevia à hipótese da responsabilidade pré-contratual devida às circunstâncias do surgimento de um contrato nulo, pelo qual inexistia dever de cumprimento. Daí que o dano a ressarcir coincide não com o interesse positivo ou de cumprimento, mas sim com o interesse negativo. Ocorre que hoje a responsabilidade pré-contratual abrange para além da hipótese de invalidade do contrato, as de estipulação de um contrato válido com violação de deveres de conduta ou de ruptura injustificada das negociações”. DIAMVUTU, Lino. *A Tutela da Confiança nas Negociações Pré-Contratuais*. Revista da Faculdade de Direito Agostinho Neto, 2012, n. 11, pp. 125-166.

<sup>193</sup> “não importa o plano individual e psicológico, se o sujeito acreditou em determinada situação, mas averiguar racionalmente quando e até onde podia confiar; nos fatores que decidem assim, e já não na confiança, encontrariamos o cerne da responsabilidade.” MOTA, Maurício (23 de nov de 2016). *A Responsabilidade Civil por Situações da Confiança na Teoria da Aparência Jurídica*. Acesso em 17 de out de 2019, disponível em emporio do direito: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota>.

*“De fato, a vontade (e seu mau uso, que corresponde à culpa) já perdeu espaço na responsabilidade aquiliana objetiva, é também reduzida na responsabilização em caso de inadimplemento contratual. Isso se dá em decorrência desta mitigação da relevância da manifestação volitiva quando da formação do contrato e sua flexibilização na sua execução. O desligamento do voluntarismo é percebido no direito das obrigações como um todo. Hoje, o afastamento da vontade é a regra em relações nas quais haja diferença entre os sujeitos a gerar a vulnerabilidade de um deles, tal como no Direito do Consumidor ou no Direito do Trabalho, tanto da responsabilidade – que, de regra, é objetiva nestes casos -, como n gênese dos contratos oriundos destes ramos.”<sup>194</sup> (...) “A ideia é, com base na esteira do pensamento da doutrina atual, apenas trazer novos elementos a fim de permitir a atualização dessas teorias, por meio de sua releitura. Trata-se de adaptar a doutrina clássica à sociedade contemporânea. É a busca de soluções para a ‘nova crise do negócio jurídico’ no contexto de uma sociedade de massa, de consumo irrefletido, bombardeada por aparatos de marketing e publicidades que inebriam consumidores conduzindo-os a contratos padronizados, nos quais sua vontade é drasticamente limitada.”<sup>195</sup>*

Por considerar pernicioso a extremada sujeição à casuística, o que manteria a insegurança jurídica que pretende-se afastar, vem consolidando-se a ideia de uma teoria própria de responsabilidade civil pela confiança, segundo a qual merece reparação o investimento realizado, a fim de que seja alcançada a posição em que o sujeito estaria se não tivesse confiado.<sup>196</sup>

Assim, a proteção da confiança considera a dinâmica da interação intersubjetiva, não visando promover a realização da expectativa ou reparar os danos provenientes da sua frustração, como acontece na responsabilidade delitual. Como preceitua Carneiro da

---

<sup>194</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.37.

<sup>195</sup> SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na Sociedade de Consumo. Vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.38.

Veja sobre o efeito dos direitos fundamentais no tema, DUQUE, Marcelo S. *Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para controle do conteúdo dos contratos*. In MARQUES, Claudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>196</sup> “A obrigação de indemnizar por frustração de expectativas alheias, com os contornos e obrigações que lhe reconhecemos, não se encontra entre nós abertamente consagrada com carácter geral.” FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.829

Frada “a responsabilidade pela confiança resulta de uma frustração da coordenação da actividade do sujeito por uma conduta alheia que suscitou uma convicção sua.”<sup>197</sup>

Esta confiança é justamente o sustentáculo para a responsabilização da confiança em sua forma impessoal, a que se referia Luhmann ao reconhecer esta como condição para o desenvolvimento das sociedades pós-modernas. Assim, a confiança seria tutelada sempre que não fosse absorvida por outros elementos, como o cumprimento da norma (responsabilidade delitual) ou dos deveres laterais de conduta impostos pela boa-fé.<sup>198</sup>

Em defesa de um tipo próprio de responsabilidade civil, o autor advoga que diferente das modalidades clássicas de responsabilidade civil, contratual e aquiliana, a responsabilidade civil pela confiança teria como elemento determinante a tutela das expectativas legítimas, não representando mero circunstância para a obrigação de indenizar.<sup>199</sup>

*“A responsabilidade por confiança é parte do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica da justiça correctiva (meramente) compensatória. ‘O seu reconhecimento radica na indeclinável exigência do direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados.’ O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a racionalização de certas soluções normativas, mas transcende por força os concretos afloramentos em que se plasma. A sua intervenção autónoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente como correspondente à sua natureza de princípio jurídico fundamental, de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica, que não pode subverter. Tal qual qualquer outro princípio de carácter geral, a força expansiva que lhe inere conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação. É tarefa da ciência jurídica peracionaliza-lo em contextos específicos típicos. A sua subordinação a condições de relevância não prejudica a*

---

<sup>197</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.758.

<sup>198</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.355.

<sup>199</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.350.

*sua característica de princípio fundamentador de consequências jurídicas. Entre aquelas condições avulta usualmente a presença de uma relação especial entre sujeitos, cujo preenchimento se torna assim determinativo da responsabilidade pela confiança.”*<sup>200</sup>

Exatamente por mitigar a influência de dois dos pilares da responsabilidade civil, o contrato e o delito, a responsabilidade pela confiança acaba por ter sua adoção questionada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Menezes Cordeiro não identifica qualquer razão limitadora da responsabilidade da parte desleal ao interesse negativo ou da confiança, devendo ser aplicado o disposto no artigo 227º/1 do Código Civil, pelos danos causados e os lucros cessantes<sup>201</sup>. Neste sentido, bastaria a proteção direta dos interesses que estão por trás da confiança frustrada.

Contudo, Manuel António Carneiro da Frada reconhece duas vertentes de influência do pensamento da tutela da confiança na eficácia da aplicação das normas: a interpretativa e a concretizadora, e até complementadora, especialmente quanto aos conceitos indeterminados. O autor aponta, ainda, que os estudos sobre a confiança têm impulsionado o desenvolvimento de diversos institutos, como a *‘culpa in contrahendo’* e o direito das perturbações na execução do contrato, com fins a uma *“équa e justa distribuição dos danos”*<sup>202</sup>, em benefício ou reconhecimento de responsabilidade de terceiros.

Neste contexto, parece mais factível a tutela das legítimas expectativas, a medida que a confiança passa a ser princípio norteador das eventuais lacunas e ambivalências

---

<sup>200</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.901.

<sup>201</sup>. CORDEIRO, António Manuel Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 585. No mesmo sentido, MOURA VICENTE, aponta que no Direito vigente há apoio no princípio da reparação natural, que rege a obrigação de indemnizar segundo o art. 562.º do Código Civil, e na circunstância de o art. 227.º do mesmo Código não estabelecer qualquer restrição quanto ao dano indemnizável. VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 324

<sup>202</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. *A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil – balanço e perspectivas*. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, p. 292. a proteção da confiança corresponde, depois, a um princípio ético-jurídico, indeclinável, saliente nas imposições que se sentem de modo particular quando não há alternativa prática que evite, para além da razoabilidade, a ameaça de ficar por satisfazer uma forte necessidade de tutela jurídica: quem induz outrem a confiar, deve responder caso frustre essa confiança, causando prejuízos.

verificadas no caso concreto, o que permite, nas palavras do autor, “realizar plenamente na fundamentação das decisões o postulado da vinculação à lei”.<sup>203</sup>

### 5.3 Jurisprudência e Casos Emblemáticos

As discussões teóricas, doutrinárias e até mesmo a letra da lei de nada servem se não forem aplicadas para a solução dos problemas humanos. Ainda que não haja consenso quanto à natureza jurídica da confiança – valor, bem jurídico, princípio – evidente que a realidade hodierna mostra que há o reconhecimento geral da necessidade de proteger e fomentar a confiança.

Na análise dos textos legais, especialmente nos emanados da União Europeia, a confiança é mencionada um sem número de vezes e expressamente identificada como objetivo norteador para a implementação do diploma, como é o caso da Diretiva Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (diretiva sobre o comércio electrónico).<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> FRADA, Manuel Carneiro da. *A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil – balanço e perspectivas*. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, p. 292.

<sup>204</sup> “(...) (7) A fim de garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor, é essencial que a presente directiva estabeleça um quadro geral claro, que abranja certos aspectos legais do comércio electrónico no mercado interno.

(...) (22) O controlo dos serviços da sociedade da informação deve ser exercido na fonte da actividade, a fim de garantir uma protecção eficaz dos interesses gerais. Para isso, é necessário que a autoridade competente assegure essa protecção, não apenas aos cidadãos do seu país, mas também ao conjunto dos cidadãos da Comunidade. Para melhorar a confiança mútua entre Estados-Membros, é indispensável precisar claramente essa responsabilidade do Estado-Membro em que os serviços têm origem. Além disso, a fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador se encontra estabelecido.

(...)(52) O exercício efectivo das liberdades do mercado interno exige que se garanta às vítimas um acesso eficaz aos mecanismos de resolução de litígios. Os prejuízos que podem ocorrer no quadro dos serviços da sociedade da informação caracterizam-se pela rapidez e pela extensão geográfica. Em virtude desta especificidade e da necessidade de zelar por que as autoridades nacionais não ponham em causa a confiança mútua que devem ter, a presente directiva requer dos Estados-Membros que assegurem a existência de meios de recurso judicial adequados. Os Estados-Membros devem estudar a necessidade de acesso a procedimentos judiciais por meios electrónicos adequados.”

Ademais, é a tutela da confiança que permitirá a concretização dos objetivos traçados com o Mercado Único Digital<sup>205</sup>, portanto, merece concentrar o esforço conjunto para a sua efetivação.

Contudo, na análise de casos concretos nem sempre constata-se o reconhecimento da importância da proteção da confiança depositada na outra pessoa ou relação jurídica, como se verifica:

### 5.3.1 Julgados

Processo 12944/12.2YYLSB-A.L1 – Tribunal da Relação de Lisboa  
*Um e-mail, enviado pela executada à exequente, com uma declaração em anexo, na qual declara que assume o pagamento de uma quantia em dívida e que o fará com a maior brevidade possível, pode ter a natureza jurídica de título executivo desde que o seu conteúdo satisfaça os requisitos exigidos pela alínea c) do n.º 1 do art. 46.º CPC de 1961, pois constitui “documento particular assinado pelo devedor”.*<sup>206</sup>

Processo 122/19.4T8MLDP1 – Tribunal da Relação do Porto  
*I – As mensagens curtas de texto, vulgarmente designadas como SMS, correspondem a um documento eletrónico, ou seja, a um “documento elaborado mediante processamento eletrónico de dados”, estando, por isso e enquanto prova documental, sujeitas ao Regime Jurídico dos Documentos Eletrónicos e de Assinatura (RJDEA) (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 02/ago, sucessivamente alterado) bem como pelo Regulamento (VER) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno.  
II – O valor probatório dos documentos eletrónicos aos quais não seja aposta uma assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade*

---

<sup>205</sup> “As transformações tecnológicas afetam todos os domínios da vida moderna, desde a educação e o emprego ao sistema de proteção social. A mudança já está a acontecer, e a um ritmo acelerado. Por exemplo, em algumas categorias profissionais, **90 % dos postos exigem competências digitais**. A Europa deve abraçar estas mudanças, para proteger os seus cidadãos e lhes permitir aproveitar as novas oportunidades. Prevê-se, por exemplo, que a digitalização da indústria transformadora renda à EU **1,25 biliões de euros até 2025**.

A UE pretende moldar o futuro digital em torno de temas como a confiança, a segurança e a administração pública em linha. Há ampla margem para progresso. Atualmente, por exemplo, **apenas 15% dos cidadãos** fazem compras em linha a partir de outro país.

Um mercado digital plenamente funcional poderá representar um **acréscimo de 415 mil milhões de euros anuais** para a economia da UE. Além disso, poderá tornar a UE um líder digital a nível mundial. Para libertar esse potencial, a UE está a realizar reformas profundas, que vão desde um novo enquadramento para os direitos de autor a um regulamento sobre o bloqueio geográfico.” Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/digital-single-market/>. Acesso em: 10/04/2021.

<sup>206</sup><http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/41a13bb9a41c805a80258068004157e0?OpenDocument>

*certificadora credenciada é apreciado nos termos gerais de direito, designadamente de acordo com as regras gerais da prova documental. III – Sendo o SMS proveniente do telemóvel da parte, que se limitou a impugnar a autoria do correspondente texto, imputando-o a outrem, incumbe à mesma demonstrar que esse SMS não foi por si realizado, existindo, por isso, uma prova indiciária de ter sido essa parte a feitora desse texto.”<sup>207</sup>*

Processo 22158/17.0TVPR.T.P1 – Tribunal da Relação do Porto

*“I – A abertura de conta marca o início de uma relação jurídica bancária, complexa e duradoura, cujo conteúdo constitui, na prática, o tronco comum dos diversos actos bancários subsequentes.*

*II – Com o acto de abertura da conta, passa a vigorar entre cliente e Banco o denominado contrato de depósito, o qual reveste a natureza de um verdadeiro contrato de mútuo (tal como no contrato de mútuo, a propriedade da quantia entregue transfere-se para o banco (mutuário) a partir do momento da entrega, podendo este livremente utilizá-la e ficando este obrigado a restituir outro tanto do mesmo género).*

*III – Na base de um contrato de depósito bancário está subjacente a recíproca relação de confiança e lealdade entre o depositante.*

*IV – Como em qualquer outro negócio, também os contratos bancários, em qualquer das suas modalidades, ficam sujeitos, estão subordinados, aos deveres acessórios de conduta, que genericamente se substanciam na boa-fé, segurança, informação e lealdade.*

*V – Designadamente: a) O Banco, na relação que se desenvolve, fica vinculado a deveres de actuação conformes com aquilo que é expectável da parte de um profissional tecnicamente competente, que conhece e domina as regras da ars bancária, e que se guia pela defesa e o respeito dos interesses do seu cliente; b) já o cliente está vinculado às condições estipuladas para movimentação da sua conta, devendo agir também de forma diligente quer na tramitação de ordens, quer na salvaguarda de elementos confidenciais. VI – O contrato de utilização de instrumento de pagamento é um contrato inominado, que suscita complexos problemas de direito probatório – v.g., de repartição do ónus da prova -, bem como em matéria de distribuição do risco.*

*VII – O home banking surge como contrato acessório ao contrato de depósito bancário, surgindo ambos como uma coligação funcional*

*VIII – Face ao princípio geral da boa-fé, impõe-se, a quem pretende utilizar o home-banking, o dever de guarda dos dados que lhe permitem aceder ao sistema e realizar operações on-line e de preservação da confidencialidade dos mesmos, por forma a evitar a sua apropriação por terceiros, adoptando uma cultura de segurança e rigor, face aos interesses envolvidos.*

*IX – As entidades bancárias têm (ou deverão ter) os meios para controlar a segurança da parte do sistema que se encontra do seu lado, ou seja, de fazer tudo o que está ao seu alcance para proteger os interesses dos seus clientes, dotando a sua organização empresarial com os meios humanos e materiais adequados a assegurar condições apropriadas de qualidade e eficiência. Mas não têm qualquer possibilidade de controlar a parte do sistema que se encontra do lado*

---

207

do cliente/utilizador (utilização que os clientes fazem dos seus computadores).

X – Apenas no caso de estarmos perante uma situação de negligência leve do utilizador do serviço é que o Banco terá de suportar os prejuízos excedentes que decorram de operações de pagamento não autorizadas, cabendo-lhe, nessa situação, suportar o risco do sistema informático que permitiu a intromissão de terceiros.

XI – Já tratando-se de negligência grave/grosseira ou dolo do utilizador do serviço, terá de ser esse utilizador a arcar com as consequências nefastas para si do desvio ilícito de fundos da sua conta, a ele, portanto, cabendo suportar os prejuízos que decorram de tais operações de pagamento não autorizadas.

XII – Sendo que a negligência grosseira constitui uma negligência temerária, qualificada, em que a culpa é agravada pelo elevado teor de imprevisão ou de falta de cuidados elementares, adoptando-se uma conduta de manifesta irreflexão ou ligeireza.

XIII – A conduta negligente grave do Autor (v.g., facultando a alguém qualquer dos três níveis de segurança – número de contrato, password e Cartão Matriz) não se pode consubstanciar como um risco inerente à actividade económica do Banco. A não se entender assim, o equilíbrio contratual – inerente ao sinalagma contratual – ficaria seriamente posto em causa, com aceitação duma postura leónica a todos os títulos inaceitável.

XIX – Estando provado que A autora transmitiu as credenciais de autenticação ao Pai que as disponibilizou online em site e por meio não apurado, incluindo os números das coordenadas do cartão matriz e que “foi através do uso dessas credenciais de acesso que um sujeito cuja identificação não foi possível apurar actuou da forma descrita nas alíneas ...” (para além de se ter, ainda, provado que “O sistema informático do réu não foi alvo por essa ocasião de um ataque informático), só a essa postura gravemente negligente da Autora se devem atribuir as consequências danosas no seu património, que, como tal, terá de suportar.

XV – E sendo, embora, ao Banco Réu que cabe provar o comportamento negligente do titular da conta e a medida em que esse contribuiu para as operações não autorizadas, feita essa prova e bem assim que não houve qualquer ataque ao sistema do Banco Réu (por força do qual terceiros acedessem à conta da autora), ficará ilidida a presunção dos artigos 799.º, n.º1 do Código Civil e mesmo afastada a aplicação do artigo 796.º, n.º1, do Código Civil, porquanto foi o alienante (a Autora/Cliente) que causou o perecimento da coisa, não sendo o Banco responsável pelo prejuízo causado ao credor (art. 798.º do Código Civil).”<sup>208</sup>

Processo 1482/17.7T8PRD.P2 – Tribunal da Relação do Porto

“I – Os bancos em geral passaram a conceder aos seus clientes os serviços designados de “homebanking”, isto é, a permitir aos seus clientes, mediante a aceitação de determinados condicionalismos, a utilização de diversas operações bancárias “on line”.

II – A entidade bancária tem o dever de prestar um serviço eficaz e seguro e por sua vez, sobre o cliente/utilizador impõe-se os deveres

*acessórios de conduta, como de utilização correta do serviço e de confidencialidade relativamente ao código de acesso pessoal à conta e aos dispositivos de segurança personalizados fornecidos pela entidade bancária, nomeadamente chaves de acesso, (v.g. inscritas num “cartão matriz”) e que tem função de autenticação das operações, as quais são fundamentais para a realização de transferências*

*III – A fraude informática no “homebanking” constitui uma forma de cibercrime, que consiste basicamente na intromissão de um terceiro, isto é, de uma pessoa não autorizada, numa determinada rede informática, procedendo a movimentação do saldo bancário para contas de terceiros, como seja através das denominadas técnicas de “phishing” e de “pharming”.*

*IV – Constitui ónus da prova da entidade bancária provar a ocorrência de comportamento negligente, gravemente negligente ou doloso do utilizador.*

*V – Age sem qualquer culpa ou negligência o utilizador de conta bancária, que utilizando os serviços de homebanking prestados pelo banco, é vítima de um ataque informático, através da técnica de “pharming”, mediante a qual foram “revelados” inadvertidamente os dispositivos de segurança que haviam sido fornecidos pelo banco, e que de forma não concretamente apurada, originaram uma operação de transferência de fundos não autorizada da sua conta para terceiro, não autorizada.*

*VI- A entidade bancária tem a obrigação (artigo 68º, nº1, alínea a) do Regime Jurídico Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica (RSP), constante do Anexo I ao Decreto-Lei nº 317/2009, de 30/out.), de “assegurar que os dispositivos de segurança personalizados do instrumento de pagamento só sejam acessíveis ao utilizador de serviços de pagamento que tenha direito a utilizar o referido instrumento”, pelo que os riscos pela utilização normal do sistema correm por sua conta, devendo por isso suportar o prejuízo resultante da operação não autorizada pelo cliente.”<sup>209</sup>*

Processo 16097/15.6TSPRT.P1 – Tribunal da Relação do Porto

*I – A relação de confiança Banco/cliente desenrola-se, por regra, numa relação complexa e duradoura, que se desdobra em recíprocos deveres, como sejam i) deveres de proteção; ii) deveres de informação; iii) deveres de lealdade.*

*II – E estes deveres são tanto mais intensos e extensos quanto mais inexperiente e não qualificada for a contraparte, por forma a compensar o desnível de informação.*

*III – Não há, contudo, violação de qualquer desses deveres por parte do intermediário financeiro que não avisou o cliente que, em junho de 2013, investiu em obrigações subordinadas do Grupo E..., sem a prova de que aquele conhecia o risco de insolvência do E....<sup>210</sup>*

Processo 2840/12.9TBFIG.C2 – Tribunal da Relação de Coimbra

---

209

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2c4dc02af2630df08025843300487635?OpenDocument>

210

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2666b8b3f720590d802583cb00536331?OpenDocument>

*“1. As mensagens sms e os e-mails, enquanto documentos eletrônicos, integram-se no conceito de prova documental.*

*2. Enquanto aos documentos eletrônicos com assinatura qualificada é atribuída a força probatória plena de documento particular assinado nos termos do art. 376º CC, os demais documentos aos quais não seja aposta uma assinatura com essas características são apreciados “nos termos gerais de direito” (art. 3º, nº2, DL 290-D/99).*

*3. Não está vedada a utilização de mensagens sms e de e-mails para a prova de estipulações verbais acessórias ao conteúdo de documento autêntico, anteriores ou contemporâneas à formação do documento.*

*4. A cláusula verbal pela qual um dos cônjuges se obriga a devolver o montante de 30.000,00 € – correspondendo 15.000,00 € ao valor adiantado pelo outro cônjuge na compra da fração comprada por ambos no estado de solteiro, 7.500,00 € ao valor dos móveis que ficaram para o cônjuge e 7650,00 € de empréstimos que o outro cônjuge lhe fizera – não se encontra sujeita à forma legal exigida para a partilha do imóvel comum ou para a venda da quota-parte do imóvel que possuíam em compropriedade, sendo válida.”<sup>211</sup>*

### 5.3.2 Casos Concretos

Em paralelo aos casos judicializados, alguns casos ganharam notoriedade na comunicação social internacional fosse em razão da popularidade das empresas envolvidas, fosse pelo valor das coimas impostas pelas autoridades competentes, dos quais destaca-se:

#### **Trivago**

Plataforma de pesquisa e comparação de preços de acomodação em hotéis onde o usuário tem a indicação das condições mais vantajosas para a mesma acomodação e pode beneficiar-se com uma tarifa mais baixa entre os sites de reservas. A tarifa mais baixa é destacada. Todo o processo é simples e rápido e o utilizador é direcionado para o site para a realização da reserva.

Os utilizadores não remuneram a Trivago, cuja receita é derivada dos sites de reserva de acomodação *on line*, conforme o sistema de “custo por clique”.

Na Austrália, no período de 13 meses, de 1 de dezembro de 2016 a 3 de janeiro de 2018, houve 217 milhões de visitas ao site para a página de resultados de pesquisa inicial, onde a oferta de posição superior foi exibida. Contudo, as estatísticas mostraram que em 20 milhões de ocasiões, a oferta indicada como a mais vantajosa, não o era na realidade.

---

<sup>211</sup> <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/00357E41C525257D802581FA00397945>

A Comissão Australiana de Concorrência e Consumidores processou a empresa Trivago por violações da Lei do Consumidor australiana, não apenas por razões de proteção ao consumidor, mas também por concorrência desleal.

Na sua decisão, o Tribunal Pleno do Tribunal Federal da Austrália (Middleton, McKerracher e Jackson JJ) identificou quatro transgressões à Lei do Consumidor australiana cometidas pelo site Trivago e em sua publicidade televisiva, basicamente por conduta enganosa, representações falsas e enganosas, declarações falsas ou enganosas com relação ao preço dos serviços e conduta enganosa quanto às características dos serviços da Trivago. (NV v Australian Competition and Consumer Commission [2020] FCAFC 185 (4 de novembro de 2020)).

Após a ação da ACCC, a Trivago modificou seu site, a fim de que a decisão final seja menos gravosa. <sup>212</sup>

Considerando a atuação globalizada da Trivago, pareceu estranho o silêncio das autoridades fiscalizadoras do comércio eletrônico na União Europeia.

### **Tik Tok**<sup>213</sup>

A empresa Tik Tok desde o início do ano tem recebido diversas reclamações como a formulada pela Organização Europeia do Consumidor (BEUC), apontando práticas prejudiciais aos utilizadores, uso de termos ambíguos no contrato e propaganda oculta particularmente perigosas para crianças e adolescentes.

Dentre as práticas reconhecidas como injustas estão os termos de direitos autorais que prevê que os utilizadores dão à Tik Tok o direito irrevogável de usar, distribuir e reproduzir os vídeos publicados pelos usuários, sem remuneração.

A BEUC apresentou queixa à Comissão Europeia enquanto outras organizações de consumidores em 15 países da União Europeia apresentaram queixas às suas respectivas autoridades nacionais.

De acordo com a BEUC, com a ação proposta, busca-se que as autoridades nacionais iniciem investigação sobre as políticas e as práticas da Tik Tok a fim de assegurar o respeito dos direitos dos utilizadores da União Europeia, nomeadamente quanto à informação adequada quanto ao modelo de negócios e atividades de processamento de dados. Da mesma forma, a BEUC espera que a Tik Tok interrompa a

---

<sup>212</sup> Trivago N.V. v Australian Competition and Consumer Commission [2020] FCAFC 185. Disponível em: <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2020/2020fcafc0185>. Acesso em 20/05/2021.

CORDATO, Anthony, J. How the Trivago online business model failed the Australian Consumer Law test. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c6226d7f-1181-4996-8da6-61fe7e8b3b8e> Acesso em 20/05/2021

<sup>213</sup> Disponível em: <https://www.beuc.eu/tiktok#ourdemands> e <https://www.beuc.eu/publications/beuc-files-complaint-against-tiktok-multiple-eu-consumer-law-breaches/html> Acesso em 20/05/2021

imposição de termos e práticas injustas já identificadas, como a transferências de direito de autor, as consequências financeiras da compra de presentes virtuais.

## 6. Conclusão

Ao longo da pesquisa que deu base ao presente trabalho científico, procurou-se adotar um posicionamento reflexivo e analítico, confrontando as diferentes concepções da confiança, bem como sua tutela.

Como se extrai das ponderações feitas, a confiança é um valor fundamental para o Direito, mas não só, pois assume papel essencial na simplificação das relações sociais e vital para o desenvolvimento econômico.

A responsabilidade pela confiança tem demonstrado ser a iniciativa dogmática mais contundente e de maior aderência na doutrina jurídica hodierna, representando, ainda que não ostensivamente, a relevância que o valor/princípio da confiança assume nas relações jurídicas.

A confiança está presente na gênese da relação jurídica e, de certa forma, já se verifica por parte de terceiros. Estes, apesar de não constituírem a relação jurídica, também têm a expectativa de que as obrigações serão cumpridas ou que as sanções cabíveis serão aplicadas – princípio da obrigatoriedade -, além de confiar que seus interesses estarão protegidos dos efeitos de negócios jurídicos alheios.

A *internet*, como meio de comunicação global na sociedade contemporânea, permitiu o desenvolvimento de uma forma de contratação não-presencial, extremamente célere, flexível e eficaz, que é denominada como contratação eletrônica.

Apesar das inúmeras tentativas de tutelar a confiança, em meio à facilidade da contratação eletrônica, verifica-se uma série de dificuldades de, efetivamente, estabelecer as responsabilidades e aplicar as devidas punições, pois utiliza-se massivamente contratos *standards*, com todos os problemas de desequilíbrio informacional entre as partes (tal como dificuldades de cognoscibilidade dos termos contratuais por parte do aderente, de conhecimento da legislação aplicável, do foro de eleição etc.).

A tais problemas, acresce-se a circunstância de que o carácter intuitivo da comunicação eletrônica facilita a formação de contratos por impulso ou de forma pouco

refletida, o que, por sua vez, desencadeia litígios entre as partes contratantes, cuja via de resolução é, também, regra geral, determinada no próprio enunciado do contrato pouco familiarizado pelo aderente.

Sem prejuízo de outra, muitas, questões que possam vir a ser debatidas sobre a importância da confiança nos contratos eletrônicos, nos faz possível concluir que se tornou clara e urgente a necessidade de harmonização da proteção da confiança, elemento essencial para um mundo em que as barreiras físicas, linguísticas, nada representam, onde podem ser estabelecidos contratos sem a participação humana.

O ambiente eletrônico, onde cada vez mais estabelecem-se, formalizam-se e ganham concretude as relações jurídicas contemporâneas, representando ao mesmo tempo infinitas possibilidades e grandes questões, tanto para as sociedades como para o Direito, a confiança representa a sua viabilidade.

Constata-se o grande esforço dos legisladores, da doutrina e dos aplicadores do Direito para que as novas situações recebessem a proteção necessária a fim de assegurar as conquistas éticas e sociais já alcançadas. Contudo, ainda há muitas lacunas por preencher, sendo incontornável a valorização do elemento confiança e sua efetiva tutela, capaz de imputar eficazmente as responsabilidades pela frustração das legítimas expectativas nela fundada.

Neste diapasão, considerando a investigação realizada, somos de opinião de que, mais do que nunca, a tutela da confiança desempenhará papel fulcral na solução dos conflitos. Portanto, há premência em se reconhecer a confiança como princípio basilar das relações sociais, razão pela qual merece haver a dedicação da doutrina jurídica para se construir uma dogmática à altura de tão influente conceito, pois, quando se verifica o ataque ou a quebra da confiança legitimamente estabelecida, não se atinge somente a pessoa prejudicada objetivamente, mas a terceiros, podendo, inclusive, afetar parte ou toda a sociedade.

Desta forma, faz-se necessária a estruturação de uma doutrina autônoma da confiança, bem como o reconhecimento da sua relevância para os negócios jurídicos, nomeadamente para aqueles realizados no ambiente eletrônico, a fim de que haja uma tutela adequada e suficiente para a concretização da Justiça e paz social, especialmente nas relações privadas. Ao longo da pesquisa que deu base ao presente trabalho científico

procurou-se adotar um posicionamento reflexivo e analítico, confrontando as diferentes concepções da confiança e seus contributos para colmatar um valor, um princípio que tenha conteúdo dogmático capaz de prover a sua efetiva tutela

## Referência Bibliográficas

- Andrade, M. A. (2003). *Teoria Geral da Relação Jurídica - Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico* (Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Araújo, F. (2005). Da Tutela Negativa da Confiança ao Paradoxo da Indemnização: uma análise económica dos contratos. *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. 2, pp. 441-592.
- Araújo, V. S. (2016). *O Princípio da Proteção da Confiança* (2ª edição ed.). Rio de Janeiro, Brasil: Impetus.
- Aristóteles. (2005). *Ética a Nicômaco*. (P. Nassetti, Trad.) São Paulo: Martins Claret.
- Ascensão, J. d. (1999). *Teoria Geral - acções e factos jurídicos* (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora.
- Baldus, C. (fev. de 2011). Autonomia privada romana. *Revista dos Tribunais*, pp. 41-72.
- Berbieri, D. (2013). *A Proteção do Consumidor no Comércio Eletrónico*. Curitiba, Brasil: Editorial Juruá.
- Birembaum, G. B. (2004). *A Titularidade Aparente: eficácia do negócio jurídico realizado com o aparente titular de direito por força da tutela da confiança legítima*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- Camões, L. V. (1990). *Sonetos*. Lisboa: Publicações Europa-América.
- Campilongo, C. F. (2000). *Direito e Democracia* (2ª ed.). São Paulo: Max Limonad.
- Canaris, C.-W. (1989). *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Canaris, C.-W. (1997). A Liberdade e a Justiça Contratual na "Sociedade de Direito Privado". (c. A. Monteiro, Ed.) *Contratos: actualidade e evolução*. *Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991*, pp. 49-66.
- Canaris, C.-W. (2005 - 1º sem.). A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 28, pp. 3-29.
- Cordeiro, A. M. (1989). *Introdução à Edição Portuguesa do Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito de Claus-Wilhelm Canaris*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

- Cordeiro, A. M. (2012). *Tratado de Direito Civil* (4ª edição, reformulada e atualizada ed., Vol. 1). Coimbra: Almedina.
- Cordeiro, A. M. (2014). *Tratado de Direito Civil - vol. II*. Coimbra: Almedina.
- Cordeiro, A. M. (2016). O Contrato de Agência e a Boa-fé. *Revista de Direito Civil*(ano I), 795-805.
- Cordeiro, A. M. (2017). *Da Boa-fé no Direito Civil* (7ª reimp. ed.). Coimbra: Almedina.
- Correia, M. P. (2014). Comércio Eletrónico no Direito Português. *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*.
- Delicado, A., Ramos, A., Gomes Ferreira, J., Guerra, J., & Roland, J. (Dezembro de 2015). Confiança. *Social em Mudança Portugal no contexto europeu em anos de crise*, 59-65.
- Descartes, R. (2013). *Discurso do Método*. (P. Neves, Trad.) Porto Alegre: L&PM.
- Diamvutu, L. (2012). A Tutela da Confiança nas Negociações Pré-Contratuais. *Revista da Faculdade de Direito Agostinho Neto*(n. 11), pp. 125-166.
- Durkheim, E. (1978). *Educação e sociologia*. São Paulo: Melhoramentos.
- Frada, M. A. (2007). *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina.
- Frada, M. A. (Jan-Mar de 2012). A Equidade (ou a "justiça com coração") A propósito da decisão arbitral segundo a equidade. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 109-146.
- Frada, M. C. (2007). A Responsabilidade pela Confiança nos 35 anos do Código Civil - balanço e perspectivas. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. III*, pp. 285-307.
- Goldberg, I. (maio de 2017). Confiança, Cooperação, Máxima Boa-fé. *Revista Jurídica de Seguros, n.6*, pp. 80-131.
- Gomes, O., (Coord.) Brito, E., Atual. Junqueira de Azevedo, A., & e Crecenzo Marino, F. (2007). *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Gonçalves, P. C. (2009 1-2). Do Abuso de Confiança: em busca dos seus elementos constitutivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, pp. 443-476.
- Guichard, R. (2015). À Volta do Princípio da Boa Fé. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n. 26*, pp. 33-87.
- Hobbes, T. (2003). *Leviatã*. (J. P. Silva, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.

- Junior, R. R. (Jun. de 2012). Proteção da boa-fé objetiva. *Revista da AJURIS*, 39, n. 126, 187-233.
- Leitão, L. M. (set/out de 2016). Tomemos a Sério a Responsabilidade Civil em Portugal. *Vida Judiciária*, n. 197, pp. 26-27.
- Lisboa, R. S. (2012). *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas.
- Luhmann, N. (1983). *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Luhmann, N. (1996). *Confianza*. (A. Flores, Trad.) Barcelona: Anthropos.
- Luhmann, N. (2016). O Direito da Sociedade. São Paulo, Brasil: Martins Fontes. Acesso em 01 de Novembro de 2019, disponível em [https://books.google.pt/books?hl=pt-BR&lr=lang\\_pt&id=wNBJDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=luhmann+direito+da+sociedade&ots=CSmY-TpKja&sig=0D53mqro-7vBz3qe4GxlXTzt\\_RQ&redir\\_esc=y#v=onepage&q=luhmann%20direito%20da%20sociedade&f=false](https://books.google.pt/books?hl=pt-BR&lr=lang_pt&id=wNBJDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=luhmann+direito+da+sociedade&ots=CSmY-TpKja&sig=0D53mqro-7vBz3qe4GxlXTzt_RQ&redir_esc=y#v=onepage&q=luhmann%20direito%20da%20sociedade&f=false)
- Machado, J. B. (2001). Pressupostos da Resolução por Incumprimento. *Obra Dispersa*.
- Marques, C. L. (2007). *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Marques, C. L. (2014). *Contratos no Código Civil de Defesa do Consumidor: o novo regime das obrigações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Mello, M. B. (2010). *Teoria do Fato Jurídico* (16ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Moncada, L. C. (1995). *Lições de Direito Civil - Parte Geral* (3ª ver. e ampli. ed.). Coimbra: Almedina.
- Moncada, L. C. (2010). Boafé e Tutela da Confiança no Direito Administrativo. (c. J. Miranda, Ed.) *Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia*, vol. 2, pp. 573-611.
- Monteiro, A. P. (1997). *Contratos: actualidade e evolução / actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro dRegional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- Mota, M. (23 de nov de 2016). *A Responsabilidade Civil por Situações da Confiança na Teoria da Aparência Jurídica*. Acesso em 17 de out de 2019, disponível em emporio do direito: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota>

- Mota, M. J. (2008). A Teoria da Aparência Jurídica. Em G. Tepedino, & L. E. Fachin, *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Musielak, H.-J. (1997). A Inserção de Terceiros do Domínio de Proteção Contratual. (c. A. Monteiro, Ed.) *Contratos: actualidade e evolução. Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991*, pp. 283-296.
- Neto, A. P. (2016). *Contratos na Sociedade de Consumo: vontade e confiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Neto, L. (2014 (1º sem)). O Princípio da Protecção da Confiança em Tempo de Crise. *Revista do CEJ, n.1*, pp. 233-265.
- Neves, A. C. (1967). Questão de fato - Questão de Direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma posição crítica). *31*, p. 15.
- Oliveira, E. D. (2002). *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina.
- Pereira, A. D. (2004). Comércio Eletrónico e Consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor(6)*, p. p. 342.
- Pinheiro, L. d. (2010). *O Novo Regulamento Comunitário sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I) - uma introdução*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pinto, C. A. (1973). Contratos de Adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida económica. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, p. 119 e ss.
- Pinto, C. A., Pinto Monteiro, A., & Mota Pinto, P. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª Edição ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Ráo, V. (1965). *Ato Jurídico* (3ª ed.). São Paulo: Max Limonad.
- Ribeiro, J. d. (2008). A Boa-fé como Norma de Validade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheda Neves, vol. 2*, pp. 667-732.
- Rizzatto, N. (jun de 2001). A Boa-fé Objetiva como Paradigma da Conduta na Sociedade Capitalista Contemporânea. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, pp. 45-52.
- Roppo, E. (1988). *O Contrato*. Coimbra: Livraria Almedina.
- Schreiber, A. (2016). *A Proibição de Comportamento Contraditório e Venire Contra Factum Proprium*. São Paulo: Atlas.
- Schwab, K., & Davis, N. (2019). *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Ediopro.

- Sehn, S. (2018). A Unidade Do Direito no Pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. *Direito, Estado e Constituição. Homenagem ao Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo*, pp. 393-415.
- Telles, I. G. (2010). *Direito das Obrigações* (7ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Vanzella, R. (jun-dez de 2005). O contrato, de enzo a Vicenzo. *Revista Direito GV*, p. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35239>.
- Varela, J. d. (2012). *Das Obrigações em Geral. vol I*. Coimbra: Almedina.
- Vasconcelos, P. P. (2015). *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- Vicente, D. M. (2001). *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina.
- Villela, J. B. (1982). *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG.
- Wieacker, F. (1977). *El Principio General de la Buena Fé*. Madri, Espanha: Civitas.

### Documentos eletrônicos

- Conselho Europeu. *Mercado Único Digital na Europa*. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/digital-single-market/>. Acesso em 10/04/2021.
- CORDATO, Anthony, J. How the Trivago online business model failed the Australian Consumer Law test. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c6226d7f-1181-4996-8da6-61fe7e8b3b8e> Acesso em 20/05/2021
- Luhmann, N. (2016). *O Direito da Sociedade*. São Paulo, Brasil: Martins Fontes. Acesso em 01 de Novembro de 2019, disponível em [https://books.google.pt/books?hl=pt-BR&lr=lang\\_pt&id=wNBJDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=luhmann+direito+da+sociedade&ots=CSmY-TpKja&sig=0D53mqro-7vBz3qe4GxlXTzt\\_RQ&redir\\_esc=y#v=onepage&q=luhmann%20direito%20da%20sociedade&f=false](https://books.google.pt/books?hl=pt-BR&lr=lang_pt&id=wNBJDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=luhmann+direito+da+sociedade&ots=CSmY-TpKja&sig=0D53mqro-7vBz3qe4GxlXTzt_RQ&redir_esc=y#v=onepage&q=luhmann%20direito%20da%20sociedade&f=false)
- Mota, M. (23 de nov de 2016). *A Responsabilidade Civil por Situações da Confiança na Teoria da Aparência Jurídica*. Acesso em 17 de out de 2019, disponível em [emporio do direito: https://emporiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota](https://emporiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-por-situacoes-de-confianca-na-teoria-da-aparencia-juridica-por-mauricio-mota)
- Vanzella, R. (jun-dez de 2005). O contrato, de enzo a Vicenzo. *Revista Direito GV*, p. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35239>.

### Legislação

CONSELHO EUROPEU. Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001L0029>. Acesso em: 21/06/2021.

CONSELHO EUROPEU. Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>. Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Regime de proteção aos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados. Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril. Transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 97/7/CE, do PE e do Conselho, de 20/5. Revogado pelo(a) Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=179&tabela=leis&so\\_mio=lo](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=179&tabela=leis&so_mio=lo). Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Regime Jurídico do Comércio Eletrónico – Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro e Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital – Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de agosto. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1399&tabela=leis&so\\_mio=lo](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1399&tabela=leis&so_mio=lo). Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Regime Jurídico dos Contratos Celebrados à Distância e dos contratos Celebrados fora do Estabelecimento Comercial – Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2062&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2062&tabela=leis). Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Regime jurídico da segurança do ciberespaço – Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/116029384/details/maximized>. Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais – Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/177869/details/normal?l=1>. Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro. Assegura a execução na ordem jurídica interna do Regulamento (UE) 910/2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/156848060/details/maximized>. Acesso em 21/06/2021.

### **Jurisprudência**

AUSTRÁLIA. **FEDERAL COURT OF AUSTRALIA**. Trivago N.V. v Australian Competition and Consumer Commission [2020] FCAFC 185. Disponível em:

<https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2020/2020fcafc0185>. Acesso em 20/05/2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 12944/12.2YYLSB-A.L1. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/41a13bb9a41c805a80258068004157e0?OpenDocument>. Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Processo 122/19.4T8MLDP1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ba8e8841728165ad80258603003a92f5?OpenDocument>. Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Processo 22158/17.0TVPRP.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8c4d975e7e8d63a1802585ce0054fd5b?OpenDocument>. Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Processo 1482/17.7T8PRD.P2. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2c4dc02af2630df08025843300487635?OpenDocument>. Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Processo 16097/15.6TSPRT.P1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2666b8b3f720590d802583cb00536331?OpenDocument>. Acesso em 21/06/2021.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Processo 2840/12.9TBFIG.C2. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/00357E41C525257D802581FA00397945> Acesso em 21/06/2021

UNIÃO EUROPEIA. The European Consumer Organization. Denúncia contra termos e práticas da Tik Tok. Disponível em: <https://www.beuc.eu/tiktok>. Acesso em 20/05/2021.

UNIÃO EUROPEIA. The European Consumer Organization. Disponível em: <https://www.beuc.eu/publications/beuc-files-complaint-against-tiktok-multiple-eu-consumer-law-breaches/html>. Acesso em 20/05/2021