

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* - MESTRADO EM DIREITO

EVELYN CAVALI DA COSTA RAITZ

**O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE
CONSUMO**

CURITIBA
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* - MESTRADO EM DIREITO
EVELYN CAVALI DA COSTA RAITZ

**O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE
CONSUMO**

CURITIBA
2008

EVELYN CAVALI DA COSTA RAITZ

**O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE
CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito Empresarial e
Cidadania do Centro Universitário Curitiba,
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlyle Popp

**CURITIBA
2008**

EVELYN CAVALI DA COSTA RAITZ

**O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE
CONSUMO**

**Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.**

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

DR. CARLYLE POPP

DR. ANTÔNIO CARLOS EFING

DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER

Curitiba, de de 2008.

À minha amada filha Duda, *in memoriam*,
presente de Deus em minha vida.

Aos meus pais, que sempre afirmaram que o
maior patrimônio que o ser humano pode ter é
o conhecimento intelectual.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser meu refúgio, minha fonte de esperança e força em todo o meu caminho.

Ao meu orientador, Professor Doutor Carlyle Popp, por sua competência, pelo aprendizado e incentivo nos momentos oportunos.

Aos meus pais, George Paulo e Maria Helena, pelo dom da vida, por meus valores e por minha formação acadêmica.

A tia Maria Helena Júri Reston Pinto, pelas leituras, correções, ensinamentos, paciência e disponibilidade em me auxiliar em mais uma etapa acadêmica.

Aos colegas de Mestrado, em especial, à Alessandra Mizuta, que com suas palavras e seu incansável apoio, incentivou-me, em momentos delicados, a concluir os créditos.

A todos os professores e funcionários do Mestrado em Direito Empresarial da UNICURITIBA, que contribuíram para a realização deste trabalho.

Aos membros das Faculdades Campo Real, de Guarapuava - Paraná, por todo o suporte prestado.

*“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança.
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades”.*
(Luís Vaz de Camões)

RESUMO

A dissertação proposta possui vinculação direta com a Linha de Pesquisa Obrigações e Contratos Empresariais: Responsabilidade Social e Efetividade, do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, uma vez que os contratos consumeristas eletrônicos inserem-se como uma espécie de obrigação empresarial. Ainda, inserem-se no campo da responsabilidade social no que tange a sua função econômica e relevância no mercado dos dias atuais. O estudo se destina a verificar alguns aspectos dos contratos eletrônicos de consumo, tendo em vista, que, com o surgimento da *Internet*, o mundo e o Direito viram nascer um campo inteiramente novo, no que se refere às relações entre os indivíduos. O trabalho procura demonstrar, primeiramente, que a evolução socioeconômica somada à Revolução Industrial ocasionou uma transformação na sociedade, que teve reflexos no Direito, ocasionando a substituição da teoria contratual clássica pela nova concepção social do contrato, ressaltando o surgimento de uma nova realidade contratual com as contratações em massa, na qual se incluem as relações jurídicas de consumo com as suas peculiaridades. Posteriormente, o estudo aborda os contratos eletrônicos de consumo, apontando que com o desenvolvimento da rede mundial de computadores, a possibilidade de celebração de contratos pelos meios eletrônicos se tornou uma realidade contemporânea. Conceitua os contratos eletrônicos, expõe a sua classificação e as modalidades de negócios jurídicos que podem ser celebrados por meio da *Internet*, enfatizando as especificidades dos contratos interativos de adesão celebrados *business to consumer*, ou seja, entre consumidores e fornecedores. Ressalta, ainda, que essa nova realidade advinda com o desenvolvimento tecnológico, na qual consumidores celebram contratos de adesão com fornecedores através da *Internet*, deve ser tutelada pelo Direito, por meio da utilização das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. Por fim, a dissertação se destina a tratar da aplicabilidade do princípio da confiança, que deve ser considerado o aspecto fundamental a ser observado nas contratações eletrônicas em decorrência da complexidade do meio virtual. Aponta-se que esse princípio e os seus deveres anexos de transparência, informação e segurança são as ferramentas hábeis a promover um maior desenvolvimento das contratações eletrônicas de consumo, pois, os consumidores confiarão no meio eletrônico quando tiverem todas as suas legítimas expectativas asseguradas.

Palavras-chave: Empresarial; cidadania; contratos; contratos eletrônicos; direito do consumidor; princípio da confiança.

ABSTRACT

The dissertation proposal has direct links with the line of duty and contract research business: social responsibility and effectiveness of master in business Law and citizenship of the University Center Curitiba, since the consumeristas electronic contracts are structured as a kind of obligation business. Still, fall within the field of social responsibility with regard to its economic role and relevance in the market today. The study intend to verify some aspects of the electronic consumption contract, because with the emergence of the Internet, the world and the law saw birth a whole new field, with regard to relations between individuals. The work aims to show, first, that the socioeconomic developments added to the Industrial Revolution caused a transformation in society, which took effect on the law, causing the replacement of the classical theory contract for the new design of the social contract, highlighting the emergence of a new contract with reality the mass hiring, which include the legal relations of consumption with its peculiarities. Subsequently, the study addresses the contracts of consumer electronics, indicating that with the development of the global network of computers, the possibility of concluding contracts by electronic means has become a contemporary reality. Conceptualized the electronic contracts, sets out his classification and arrangements for legal transactions that may be awarded for the Internet, emphasizing the specifics of contracts awarded membership of interactive business to consumer. Emphasized also that this new situation arising with technological development, in which consumers enter into contracts with suppliers for membership the Internet should be governed by law, through the use of the rules in the Code of Consumer Protection and the Civil Code 2002. Finally, the thesis is intended to address the applicability of the principle of trust which should be regarded as the fundamental aspect to be observed in electronic contracts due to the complexity of the virtual environment. It points out that principle of trust and its annexes of transparency, information and security are able to promote further development of electronic contracts consumption, because consumers trust in the electronic media when they have secured their legitimate expectations.

Keywords: Corporate, citizenship, contracts; electronic contracts; consumer's right; principle of trust.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	27
1 A RENOVAÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL	30
1.1 VISÃO HISTÓRICA.....	30
1.2 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO	32
1.2.1 A DOCTRINA DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	34
1.2.2 A LIBERDADE CONTRATUAL	35
1.2.3 A FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO	37
1.2.4 O EFEITO RELATIVO DO CONTRATO.....	38
1.3 A CRISE NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA	38
1.4 A NOVA CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	42
1.4.1 O CONTRATO E A SUA NOVA VISÃO	42
1.4.2 O ESTADO E A SUA NOVA VISÃO.....	43
1.4.3 PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS	44
1.4.3.1 A AUTONOMIA PRIVADA	45
1.4.3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	47
1.4.3.3 A BOA-FÉ.....	48
1.4.3.3.1 AS CONCEPÇÕES DA BOA-FÉ.....	49
1.4.3.3.2 O DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE BOA-FÉ OBJETIVA	52
1.4.3.3.3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	53
1.4.3.4 EQUIVALÊNCIA MATERIAL DO CONTRATO	54
1.5 A NOVA REALIDADE CONTRATUAL	55
1.5.1 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	55
1.5.2 RELAÇÕES CONTRATUAIS EM MASSA	56
1.5.3 CONTRATOS DE ADESÃO.....	57
1.5.3.1 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO.....	58
1.5.3.2 CARACTERÍSTICAS.....	59
1.5.3.3 CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	60
1.6 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FERRAMENTA DA NOVA REALIDADE CONTRATUAL.....	60
1.6.1 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	62
1.6.1.1 CONSUMIDOR.....	63
1.6.1.1.1 CONSUMIDOR PADRÃO	64
1.6.1.1.1.1 INTERPRETAÇÃO FINALISTA	65
1.6.1.1.1.2 INTERPRETAÇÃO MAXIMALISTA.....	66
1.6.1.1.1.3 INTERPRETAÇÃO FINALISTA APROFUNDADA.....	67
1.6.1.1.2 COLETIVIDADE CONSUMIDORA	68
1.6.1.1.3 CONSUMIDOR EXPOSTO ÀS PRÁTICAS COMERCIAIS	69

1.6.1.1.4 CONSUMIDOR VÍTIMA DE ACIDENTE DE CONSUMO	69
1.6.1.2 FORNECEDOR.....	70
1.6.2 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	70
1.6.2.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	71
1.6.2.2 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO.....	74
1.6.2.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....	74
1.6.2.4 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.....	76
1.6.2.5 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.....	76
1.6.3 CONTRATOS DE ADESÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	77
1.6.3.1 CONTRATOS DE ADESÃO X CONTRATOS POR ADESÃO	78
2 CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO	80
2.1 A INTERNET E O SURGIMENTO DA CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA DE CONSUMO.....	80
2.2 CONCEITO DE CONTRATOS ELETRÔNICOS	83
2.2.1 DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS INFORMÁTICOS E CONTRATOS ELETRÔNICOS.....	84
2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS.....	85
2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS.....	86
2.4.1 CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO GRAU DE INTERAÇÃO ENTRE AS PESSOAS E OS COMPUTADORES.....	86
2.4.1.1 CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERSISTÊMICOS	87
2.4.1.2 CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERPESSOAIS.....	88
2.4.1.3 CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERATIVOS.....	89
2.5 DISTINÇÃO ENTRE O CONTRATO ELETRÔNICO CIVIL E O DE CONSUMO	90
2.6 MODALIDADES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS NA INTERNET	91
2.6.1 <i>BUSINESS TO BUSINESS</i>	91
2.6.2 <i>BUSINESS TO CONSUMER</i>	92
2.6.3 <i>CONSUMER TO CONSUMER</i>	92
2.6.4 <i>BUSINESS TO GOVERNMENT E CONSUMER TO GOVERNMENT</i>	93
2.6.5 <i>GOVERNMENT TO GOVERNMENT</i>	93
2.7 CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO – <i>E-COMMERCE</i>	93
2.7.1 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO NA <i>INTERNET</i>	95
2.7.2 REQUISITOS DE VALIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO.....	96
2.7.2.1 REQUISITOS SUBJETIVOS	97
2.7.2.1.1 AGENTE CAPAZ	98
2.7.2.1.1.1 ASSINATURA DIGITAL.....	99
2.7.2.1.1.2 TECNOLOGIA BIOMÉTRICA	100
2.7.2.1.2 MANIFESTAÇÃO VÁLIDA DAS PARTES.....	100
2.7.2.2 REQUISITOS OBJETIVOS	102
2.7.2.2.1 VALIDADE DO OBJETO.....	102
2.7.2.3 REQUISITOS FORMAIS	102
2.7.2.3.1 FORMA.....	102

2.7.2.3.2	SEGURANÇA	104
2.7.2.3.3	DOCUMENTOS ELETRÔNICOS.....	105
2.7.2.3.3.1	VALIDADE DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS.....	106
2.7.2.3.3.2	A FORÇA PROBATÓRIA DOS DOCUMENTOS ELETRÔNICOS.....	107
2.7.3	OS CONTRATOS DE ADESÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	109
2.7.4	FORMAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE ADESÃO	110
2.7.4.1	FASE PRÉ-CONTRATUAL	110
2.7.4.1.1	OFERTA	111
2.7.4.1.1.1	PUBLICIDADE	113
2.7.4.1.2	ACEITAÇÃO.....	115
2.7.4.2	FASE CONTRATUAL	116
2.7.4.3	FASE PÓS-CONTRATUAL	117
3	A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO	120
3.1	OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E O PARADIGMA DA CONFIANÇA	120
3.2	A AUSÊNCIA DE CONFIANÇA POR PARTE DOS CONSUMIDORES NO E-COMMERCE	121
3.2.1	COMPLEXIDADE DO MEIO VIRTUAL.....	122
3.2.1.1	DESPERSONALIZAÇÃO DO CONTRATO.....	123
3.2.1.2	DESUMANIZAÇÃO DO CONTRATO	125
3.2.1.3	DESMATERIALIZAÇÃO	126
3.2.1.4	DESTERRITORIALIZAÇÃO E ESPAÇO VIRTUAL	127
3.2.1.5	ATEMPORALIDADE	129
3.3	CRISE DA CONFIANÇA.....	130
3.4	PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.....	132
3.4.1	ACEPÇÕES NORMATIVAS DA CONFIANÇA.....	132
3.4.2	ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	134
3.5	BASES PARA A CONCREÇÃO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO	137
3.5.1	TRANSPARÊNCIA	137
3.5.1.1	TRANSPARÊNCIA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL	139
3.5.2	INFORMAÇÃO.....	141
3.5.2.1	DEVER DE CONFIRMAÇÃO	143
3.5.3	SEGURANÇA.....	144
3.6	PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO.....	145
	CONCLUSÃO	147
	REFERÊNCIAS	150
	GLOSSÁRIO	166

QUADRO DE TABELAS

Tabela 169
Tabela 2107

INTRODUÇÃO

A origem da *Internet* está relacionada a um projeto militar norte-americano, da década de 1960, denominado de *Arpanet*, que criou um sistema para interligar os centros universitários de pesquisa e o Pentágono, a fim de que pudessem ser realizadas trocas de informações seguras.

Foram efetivados diversos aprimoramentos nesse sistema inicial, até a criação do *world wide web*, que permitiu a expansão dessa rede pelo mundo inteiro.

Em 1988, o fenômeno chegou ao Brasil, em um primeiro momento, restrito exclusivamente ao meio acadêmico. Anos depois, ocorreu a sua popularização e uma revolução nas comunicações, no comércio e no entretenimento.

Atualmente, mais de 41 milhões de brasileiros têm acesso à rede mundial de computadores¹. Em decorrência deste fato, observa-se uma revolução nas relações jurídicas, uma vez que a *Internet* proporcionou um novo meio para a celebração de negócios jurídicos.

Diariamente, inúmeras pessoas navegam em diversos *sites*, por todo o mundo, tendo acesso a informações, bens, produtos e serviços, em tempo real. Portanto, havendo, onde quer que seja, um computador conectado à rede, poderá haver comunicação, troca de informações, e, também, negócios.

Na última década, as contratações para fins comerciais efetivadas por meio da *Internet* alcançaram níveis significativos perante a economia mundial, sendo que existe uma tendência de incremento destas operações mercantis, inclusive nos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Para se constatar a circulação de valores que o *e-commerce* tem proporcionado, basta que se observe pesquisa realizada, recentemente, onde foi constatado que as lojas virtuais apresentaram um crescimento de 55% no Natal de 2007, em relação às vendas de 2006. De acordo com o acompanhamento do setor realizado pela *e-bit*, durante o período de 15 de novembro a 23 de dezembro de 2007, as compras pela *Internet* superaram o faturamento estimado em R\$ 1 bilhão,

¹ Dados obtidos no *site* www.abril.com.br, publicados no dia 27/06/2008, referentes à pesquisa realizada pelo Ibope/NetRatings. Consulta efetuada em 05/07/2008.

com R\$ 1,081 bilhão. No ano de 2006, o faturamento, nesse mesmo período, foi de R\$ 693 milhões.²

Recentemente, a *E-Consulting* e a Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico apresentaram os resultados do varejo *online*, no primeiro trimestre de 2008, indicando que as lojas virtuais brasileiras movimentaram 5,74 bilhões de reais nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2008, evidenciando um aumento de 29% em relação ao mesmo período do ano passado, que atingiu a marca de 4, 41 bilhões.³

Verifica-se que a celebração de contratos por meios eletrônicos se tornou uma realidade dos tempos atuais, em que tudo se pode adquirir, de produtos a serviços, de vestuário a utensílios domésticos, de um simples sabonete à lista inteira de compras em um supermercado, de um ingresso para o teatro a um *tour* pelo mundo, incluindo passagem de avião, passeios turísticos, hotéis, dentre outros. Assim, surge o comércio eletrônico, uma das modalidades de negócio jurídico realizado através da *Internet*.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o crescimento das contratações por meio da rede mundial de computadores mobiliza novos mercados, gera novos empregos e aumenta a circulação financeira, por outro lado, as relações virtuais também geram discussões, dúvidas, incertezas e inúmeros outros questionamentos.

A nova realidade não pode mais passar despercebida pelo mundo jurídico. Existe a necessidade de que os operadores e estudiosos do Direito dediquem uma especial atenção a essa nova forma de contratação, pois, com o advento da *Internet*, o mundo viu nascer um campo inteiramente novo, no que se refere às relações entre os indivíduos.

Em assim sendo, esta dissertação se destina à verificação da aplicabilidade do princípio da confiança nos contratos eletrônicos de consumo realizados através da *Internet*, os quais se tornaram, na sociedade contemporânea, um modo usual para a celebração de negócios jurídicos.

A estrutura deste trabalho foi desenvolvida em três capítulos.

O primeiro capítulo é reservado ao estudo da teoria geral dos contratos, no qual serão abordados os seguintes temas: visão histórica do contrato, a concepção clássica do contrato, as transformações sociais que ocasionaram a crise na

² Dados obtidos no site www.itweb.com.br, publicados no dia 28/12/2007, relacionados à pesquisa realizada em novembro de 2007 sobre o crescimento das vendas nas lojas virtuais. Acesso em 09/01/2008.

³ Dados obtidos no site www.tiinside.com.br, em 29/04/2008. Consulta realizada em 03/05/2008.

concepção clássica, a nova concepção social do contrato e o surgimento da nova realidade contratual, onde ocorreu a massificação das relações contratuais e o surgimento do contrato de adesão.

O segundo capítulo abordará os contratos eletrônicos de consumo. Em um primeiro momento, serão apresentados a importância e o conceito de contratos eletrônicos. Posteriormente, serão analisados, especificadamente, os contratos eletrônicos de consumo.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado exclusivamente ao estudo da aplicabilidade do princípio da confiança nos contratos eletrônicos de consumo.

A dissertação finalizará com as conclusões resultantes da pesquisa.

Ressalta-se que, esse trabalho possui vinculação direta com a Linha de Pesquisa Obrigações e Contratos Empresariais: Responsabilidade Social e Efetividade, do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, uma vez que os contratos consumeristas eletrônicos inserem-se como uma espécie de obrigação empresarial. Ainda, inserem-se no campo da responsabilidade social no que tange a sua função econômica e relevância no mercado dos dias atuais.

1 A RENOVAÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL

1.1 VISÃO HISTÓRICA

Na seara do Direito, o contrato deve ser considerado um dos institutos mais antigos e expressivos na história da sociedade, pois desde o surgimento da humanidade, há indícios de sua existência e utilização como instrumento hábil a permitir a circulação de riquezas, adequando-se, sempre que necessário, às exigências decorrentes da evolução social, como relatam diversos doutrinadores.

Arnoldo Wald (2000) afirma que pouquíssimos institutos tiveram uma vida tão longa como o contrato, que existiu na Antigüidade, na Idade Média, no mundo capitalista e sobrevive na contemporaneidade, sendo que se desenvolveu e adaptou suas estruturas às transformações das sociedades.

Assim, o contrato é o instituto que se adapta à sociedade na qual se encontra inserido, tendo como fundamento as práticas sociais, a moral e o modelo econômico e político, vigentes em determinado momento histórico.

Corroborando este entendimento, Enzo Roppo afirma:

Uma vez que o contrato reflecte, pela sua natureza, operações econômicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra pelo modelo de organização econômica a cada momento prevalecente. (ROPPO, 1988, p. 24)

Ainda, de acordo com Enzo Roppo (1988) o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não deixa de sofrer a influência do modelo de organização político-social em que se encontra inserido. Tudo isso, se exprime através da fórmula da relatividade do contrato, ou seja, o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que se encontra.

Em decorrência dessa constante vinculação existente entre o contrato e a realidade socioeconômica, torna-se praticamente impossível determinar a data específica de surgimento do direito contratual. Contudo, pode-se afirmar que a sistematização jurídica ocorreu no Direito Romano, que estabeleceu as bases para a teoria contratual, definindo requisitos, garantias e classificações.

Portanto, a idéia de contrato vem sendo moldada, gradativamente, desde os romanos.

No Direito Romano, em um primeiro momento, o contrato era o vínculo jurídico composto por atos solenes, do qual resultava uma obrigação para as partes. Nesse período, a forma era o elemento fundamental do contrato. Posteriormente, na época de Justiniano, o elemento subjetivo vontade se sobrepôs ao formalismo e a plena manifestação livre de vontade passou a vincular os indivíduos. Surge, assim, o princípio da autonomia da vontade, de acordo com Orlando Gomes (1998). Com a queda do Império Romano, ocorre a passagem para a Idade Média, época caracterizada pelo feudalismo, cuja economia se baseava na agricultura e em pequenas trocas de produtos entre os feudos. Nos últimos séculos do período medieval, a partir do Renascimento Comercial, iniciou-se uma fase de transição.

(...) no século XVII e XVIII as Cruzadas, as novas rotas marítimas, os metais preciosos, as feiras, o aperfeiçoamento dos métodos bancários, a expansão dos mercados, tudo transforma a economia feudal na Europa, percebe-se o nascente capitalismo. (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 45)

Na Idade Moderna, ocorreu, definitivamente, a substituição do feudalismo pelo capitalismo burguês. A ascensão da burguesia, que se dedicava ao comércio e à prestação de serviços, foi um marco importante para a evolução das relações jurídicas patrimoniais. A partir desse momento histórico, o contrato passou a ser, efetivamente, o instrumento jurídico capaz de possibilitar a circulação de riquezas em sociedade. Contemporaneamente, devido a diversas transformações socioeconômicas, adotou-se a concepção social do contrato.

O Direito não tem assistido incólume às mutações sofridas pela sociedade, quer em seus aspectos sociais, quer nos econômicos, políticos e religiosos, pois se trata de evidente fato histórico. Não obstante isso, nem sempre consegue o Direito acompanhar a evolução social de maneira adequada e célere. Muitas vezes, quando mudanças ocorrem, elas se destinam a manter tudo como está. Destarte, a história e seus matizes fizeram com que o homem mudasse e esse mudou em face das alterações sociais. A evolução do conceito de contrato é um grande exemplo disso. (POPP, 2008, p. 36-37)

Verifica-se, portanto, que o instituto jurídico do contrato passou por diversas modificações para se adaptar, não podendo ser estudado desvinculado de sua historicidade, como será observado nos próximos tópicos deste trabalho.

1.2 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO

O surgimento da concepção clássica de contrato vincula-se aos anseios que surgiram na sociedade pós Revolução Francesa.

No século XVIII, na França, existia uma sociedade politicamente organizada, regida por um Estado Absolutista, que limitava a atuação da burguesia, classe que fomentava o capitalismo, naquela época.

Ocorre que, essa classe, economicamente mais forte, estava insatisfeita com a falta de liberdade em suas relações. Clamando por uma maior autonomia, insurgiu-se contra o Estado Absolutista, através da Revolução Francesa, que teve como base o liberalismo econômico, a igualdade e o individualismo e exerceu uma forte pressão sobre o Absolutismo, uma vez que tinha como finalidade a tomada do poder político e a construção de uma legislação que tutelasse os interesses da classe burguesa.

Nesse sentido, Daniel Sica da Cunha (2007) afirma que os ideais libertários apregoados pelos revolucionários franco-burgueses pretendiam a redução da ingerência do Estado opressor e a criação de uma ordem jurídica privada, afastada das ingerências do público e das forças políticas.

Assim, em decorrência desse cenário político, econômico e social, ocorreu a substituição do Antigo Regime pelo Estado Liberal, hábil a dar sustentação aos ideais da classe burguesa. Foi a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea.

A nova organização estatal tinha como característica a não intervenção do Estado na economia, em atendimento aos interesses da burguesia, que possuía a prerrogativa de regular a economia em seu favor, expandindo seus domínios. Foi o momento da consagração do liberalismo econômico.

Ainda, como particularidades provenientes da criação do Estado Liberal, pode-se citar: a criação de leis que tutelavam os direitos da burguesia, a consagração do princípio da igualdade formal, da liberdade econômica e a garantia de direitos individuais fundamentais.

Contudo, o mais importante fruto da evolução social, política e econômica, ocorrida após a Revolução Francesa, foi a edição do Código de Napoleão, em 1804, o qual apresentou as bases da teoria clássica do contrato.

Segundo Bortolozzi (2005), o Código Civil francês refletia as concepções filosóficas e econômicas introduzidas após a Revolução de 1789 e tinha a autonomia da vontade como base de todo o sistema estabelecido para os contratos.

Nesse sentido, Teizen Júnior afirma:

Foi no Código de Napoleão, símbolo do ideário liberal-burguês, monumento jurídico da Revolução Francesa, que o contrato foi definido. Os princípios fundamentais que regem o contrato, como a autonomia da vontade, o consensualismo, a força obrigatória foram a garantia jurídica para o livre comércio, princípios estes, fundamentais à cristalização do capitalismo e à sua expansão. (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 55)

O *Code Civil* conjugou as influências individualistas e voluntaristas do final do século XVIII; e, a partir delas, estruturou a concepção clássica de contrato, enquanto instrumento da economia liberal, norteadas pelos valores da autonomia da vontade, de liberdade e de igualdade formal.

A respeito do Código Civil francês, Cláudia Lima Marques (2002, p.47) afirma: “Marco da história do direito, esta codificação, que influenciaria grande parte dos ordenamentos jurídicos do mundo, coloca como valor supremo de seu sistema contratual a autonomia da vontade”. Este sistema foi adotado, inclusive, pelo Código Civil de 1916, que refletia o pensamento decorrente do liberalismo econômico.

Para a teoria clássica, o contrato poderia ser definido como o acordo de vontades livres de duas ou mais pessoas, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos, através da criação, modificação ou extinção de direitos.

Segundo Luciana Antonini Ribeiro (2007), a definição clássica de contrato elenca quatro elementos básicos: o indivíduo, a vontade do indivíduo, livre – isenta de vícios ou defeitos, definindo ou criando direitos e obrigações. Verifica-se, portanto, que a livre manifestação de vontade das partes é o cerne da teoria contratual.

Em assim sendo, cabe, neste momento, um estudo pormenorizado da doutrina da autonomia da vontade, uma vez que foi erigida a condição de dogma da teoria clássica.

1.2.1 A doutrina da autonomia da vontade

Como foi mencionado no tópico anterior, para o modelo de contrato do Estado Liberal, a autonomia da vontade era o fundamento da teoria contratual, pois, na concepção clássica de contrato, a utilização deste princípio significava que a obrigação contratual tinha como única fonte a vontade manifestada pelas partes.

Augusto Geraldo Teizen Júnior (2004) afirma que, a partir da adoção da concepção clássica de contrato, o voluntarismo jurídico alcançou o seu apogeu, uma vez que o dogma da autonomia da vontade se tornou essencial para a criação, modificação e extinção dos direitos e obrigações.

Constata-se que, naquele momento histórico, a autonomia da vontade das partes balizava as relações jurídicas. Portanto, é de fundamental importância que se investigue o sentido da autonomia da vontade para a teoria contratual clássica.

Nesse sentido, os ensinamentos do professor Antônio Carlos Efing esclarecem o significado de tal dogma:

O princípio da autonomia da vontade consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato a liberdade de contratar ou não contratar, a liberdade de escolher o outro contratante e a de fixar o conteúdo do contrato. (EFING, 1999, p. 94)

A adoção deste princípio pela teoria clássica tinha como consequência direta que a expressão da vontade das partes era o cerne do contrato. A vontade era considerada a única fonte competente para criar direitos e obrigações, sendo que os contraentes eram dotados da livre declaração de vontade. Ou seja, as partes se obrigavam unicamente porque assim o quiseram e na exata medida de seu querer.

Logo, o contrato vinculava-se à idéia individualista, pois as pessoas tinham a capacidade de gerir os seus próprios interesses, com amparo legal.

“Tudo aquilo quando contratado tornar-se-ia lei entre as partes, sendo justo na medida em que foi pelas partes escolhido”. (RIBEIRO, 2007, p. 430). Em decorrência disto, surgiu o célebre brocardo: “o contrato faz lei entre as partes”.

Então, a livre declaração de vontade originava a obrigatoriedade do contrato entre as partes, cabendo à lei o papel supletivo ou subsidiário de assegurar o pactuado pelos contraentes.

Assim, sob a égide do Estado Liberal, a autonomia da vontade dos contraentes era concebida como princípio supremo e, conseqüentemente, o que as partes livres e iguais convencionavam era tido como a mais sincera expressão de sua vontade, razão pela qual não podia ser modificada pela Lei ou pelo Juiz. (PASCUTTI, 2002, p. 53)

Ocorre que o emprego da doutrina da autonomia da vontade na teoria contratual não era auto-suficiente e conduziu à aplicação de três princípios: da liberdade contratual, da força obrigatória do contrato e do efeito relativo do contrato, os quais serão analisados a seguir.

1.2.2 A liberdade contratual

No tópico anterior, constatou-se que a autonomia da vontade era o cerne do contrato. Impende-se, portanto, uma análise sobre o seu fundamento principal, a liberdade contratual, que concedia às partes a liberdade de gerir os seus próprios interesses.

No século XIX, tal liberalidade era conferida às partes porque existia o pressuposto de que a igualdade formal coexistia com o princípio da liberdade contratual.

“Partia-se da idéia de que as partes, as quais se encontravam em pé de igualdade, tinham total liberdade em contratar ou não contratar”. (BORTOLOZZI, 2005, p. 58). Em assim sendo, toda relação contratual livremente constituída era justa, porque era celebrada por pessoas livres e iguais.

Para Enzo Roppo (1988), a utilização do princípio da liberdade contratual demonstrava que as partes eram tendencialmente livres para organizar e desenvolver os seus interesses por meio dos contratos, segundo as modalidades e nas condições que melhor correspondessem aos seus interesses.

Ocorre que, mencionar que a liberdade contratual era a faculdade de contratar ou não contratar, é insuficiente para explicar a relevância do princípio para a concepção clássica do contrato. Logo, o princípio da liberdade contratual deve ser analisado sob duas óticas: a de fundo e a de forma.

Em relação ao fundo, a liberdade contratual se expressava através de uma trílice capacidade, descrita por Carlyle Popp (2008) da seguinte maneira: as partes eram livres para contratar ou para não - contratar; em decidindo contratar, eram

livres para escolher o seu parceiro contratual; optando por contratar e escolhido o parceiro contratual, as partes poderiam livremente estabelecer o conteúdo do contrato.

A respeito da ótica de fundo, Cláudia Lima Marques afirma:

A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito. (MARQUES, 2002, p. 48)

Corroborando este entendimento, Enzo Roppo menciona:

Com base nesta (liberdade de contratar), afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. (ROPPO, 1988, p.128)

Portanto, as partes, além da liberdade de escolher se queriam ou não contratar, possuíam a faculdade de discutir as condições contratuais, bem como a possibilidade de escolher com quem contratar, o conteúdo e o tipo do contrato.

Como conseqüência dessa ampla liberdade contratual concedida às partes contratantes, o Estado Liberal estava proibido de intervir nas relações contratuais. A sua única função era resguardar a vontade das partes.

Por sua vez, a segunda ótica da liberdade contratual, referente à forma, indicava que a liberdade contratual postulava o consensualismo, ou seja, para a formação do contrato exigia-se apenas o livre acordo de vontade, dispensando qualquer forma específica.

Em resumo, o princípio da liberdade contratual vincula-se à autonomia da vontade, uma vez que a vontade legitima o contrato; e, simultaneamente, é fonte de obrigações, sendo a liberdade um pressuposto da vontade criadora, não cabendo ao Estado intervir nas relações contratuais, uma vez que as partes haviam se obrigado exatamente como desejaram na celebração do contrato.

Ainda, interessante salientar o papel que a liberdade contratual desempenhou para o desenvolvimento do capitalismo e do liberalismo econômico. Segundo

Augusto Geraldo Teizen Júnior (2004), a liberdade contratual preencheu três importantes funções desempenhadas pelo contrato no século XIX. Primeiramente, o dogma da liberdade contratual permitiu que as pessoas agissem de forma autônoma e livre no mercado, possibilitando a livre concorrência. A segunda função decorreu do consensualismo, pois as partes ficaram apenas adstritas à observância do princípio da *pacta sunt servanda*. Por fim, coube ao direito assegurar às partes a maior independência possível, para se auto-obrigar nos limites que desejassem.

1.2.3 A força obrigatória do contrato

Constatou-se que, para a concepção clássica de contrato, a vontade era o cerne da relação contratual, uma vez que o acordo de vontades tinha a capacidade de criar direitos e obrigações para as partes, sobrepondo-se à própria lei.

Assim, teve origem o princípio da força obrigatória, também denominado de *pacta sunt servanda*, pois, manifestada a vontade, as partes vinculavam-se ao cumprimento do pactuado no contrato, não podendo dele se desvincular, a não ser por outro acordo de vontades, pelo caso fortuito ou pela força maior.

Sobre a força obrigatória dos contratos, Orlando Gomes pondera:

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória. (GOMES, 1998, p.36)

Neste mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 21) ensina que “o direito reconhece, portanto, que os contratos, desde o momento em que adquirem existência jurídica, são, quanto ao seu conteúdo, definitivos, e têm, a respeito desse, a mesma força obrigatória que uma lei”.

Em assim sendo, o princípio da obrigatoriedade dos contratos importava no dever das partes em cumprir o contrato e, indiretamente, proporcionava segurança e estabilidade às relações contratuais.

Ressalta-se que a mais relevante consequência do princípio da força obrigatória dos contratos é a intangibilidade do conteúdo pactuado, que significava a impossibilidade de revisão ou alteração do conteúdo do contrato, salvo quando as cláusulas contratuais estivessem contaminadas por nulidades ou por vícios de vontade.

1.2.4 O efeito relativo do contrato

O princípio do efeito relativo do contrato surgiu, na teoria clássica, em decorrência da aplicação da doutrina da autonomia da vontade, da liberdade contratual e do princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Segundo Roberto Senise Lisboa,

Dentre os vários princípios que regem os contratos, temos o da relatividade dos efeitos, segundo o qual o negócio jurídico em questão é *res inter alios acta tertio nec nocet nec prodest*, isto é, os efeitos da avença atingem tão-somente aos que a celebraram, sem produção de benefícios ou danos aos estranhos ao vínculo. (LISBOA, 1997b, p. 107)

Em consequência da utilização desse princípio, o contrato obrigava apenas aqueles que efetivamente participaram de sua formação, através de uma declaração de vontade. Ou seja, os direitos e obrigações estabelecidos na celebração do contrato eram *inter partes*, afetavam apenas as pessoas que tinham manifestado a sua vontade, não prejudicando e nem aproveitando terceiros, estranhos à relação contratual.

1.3 A CRISE NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

A crise na teoria contratual está vinculada a diversas transformações sociais que influenciaram sobremaneira o mundo jurídico, principalmente a teoria contratual, sendo que deve ser entendida como uma modificação na estrutura do contrato, ou seja, uma alteração nos fundamentos e princípios da teoria geral dos contratos.

Bruno Miragem afirma:

O instituto do contrato, de alta significação jurídica como fonte de obrigações, expressão máxima do auto-regramento da vontade pelos

particulares, é conceito que se encontra em transformação. Não que se afaste totalmente de sua finalidade clássica, vinculada à liberdade individual de conformar direitos e deveres, em vista dos interesses particulares de cada um dos contratantes, ou na linha do entendimento mencionado por Enzo Roppo, como representação jurídica de uma operação econômica. Contudo, o fundamento tradicional do direito dos contratos, qual seja, da prevalência da liberdade individual (autonomia da vontade) em um amplo espaço de possibilidades na qual a lei apenas intervém de modo subsidiário, para negar validade jurídica a disposições que contrariem (a nulidade do objeto ou das cláusulas ilícitas), dá lugar a um cenário em que a intervenção do Estado-legislador e, sobretudo, do Estado-juiz, se amplia no sentido de proteger uma nova concepção de contrato. (MIRAGEM, 2007, p. 176-177)

Para analisar as transformações ocorridas no direito contratual, faz-se necessário um breve retrospecto dos motivos que as ensejaram.

O século XIX, apogeu da concepção clássica do contrato, notabilizou-se pelo grande desenvolvimento econômico. Neste período, o contrato era a expressão da autonomia da vontade das partes, que tinham a liberdade de estipular o que lhes conviesse. O direito contratual servia apenas para fornecer os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesse das partes. Portanto, o contrato era o instrumento da expansão capitalista.

Ocorre que o direito não acompanhou a evolução socioeconômica, pois, mesmo após as transformações oriundas da Revolução Industrial, continuava a ter como fundamento o individualismo, marcado pela autonomia da vontade, pela igualdade formal e pela não intervenção estatal.

O início da crise da teoria contratual clássica vincula-se à Revolução Industrial, na Idade Moderna, que proporcionou o surgimento da produção em série, a distribuição indireta e a difusão dos contratos.

Sobre a ocorrência da Revolução Industrial e os seus reflexos, Sérgio Cavalieri Filho afirma:

Se antes a produção era manual, artesanal, mecânica, circunscrita ao núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas, a partir dessa Revolução a produção passou a ser em massa, em grande quantidade, até para fazer frente ao aumento da demanda decorrente da explosão demográfica. Houve também modificação no processo de distribuição, causando cisão entre a produção e a comercialização. Se antes era o próprio fabricante que se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo – sabia o que fabricava, o que vendia e a quem vendia -, a partir de um determinado momento essa distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, em grande quantidade, pelos mega-atacadistas, de sorte que o comerciante e o consumidor passaram a receber os produtos fechados, lacrados e

embalados, sem nenhuma condição de reconhecer o seu real conteúdo. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 448)

Como conseqüência direta da massificação da produção, surgiram novos instrumentos jurídicos tais como: os contratos coletivos, os contratos de massa e os contratos de adesão.

Segundo Cláudia Lima Marques, nesses novos instrumentos jurídicos,

(...) o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes – um autor efetivo das cláusulas, outro, simples aderente – desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual. Em outros novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contrair não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes a própria manifestação de vontade irrelevante, em face do mandamento imperativo da lei (contratos coativos). (MARQUES, 2002, p. 150)

Assim, a ocorrência de contratos despersonalizados, com cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente por uma das partes, afetou a doutrina da autonomia da vontade e seus princípios reflexos: da liberdade contratual, da força obrigatória do contrato e do efeito relativo do contrato.

Neste sentido, Augusto Geraldo Teizen Júnior afirma:

Dessa forma o esquema do contrato de massa e da standardização em matéria contratual rompe o paradigma contratual, em especial no que tange a doutrina contratual clássica. Assim, a vontade individual como elemento essencial do contrato – “o contrato é lei entre as partes” – cede lugar ao Estado-legislador e ao Estado-juiz, diante da imperiosa revisão da intangível autonomia contratual. (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 78)

Segundo Daniel Sica da Cunha (2007), em decorrência da massificação e do *boom* ocorrido nas relações de consumo do século, o conceito clássico de contrato apresentou imperfeições.

A partir deste momento, ocorreu, na concepção de Cláudia Lima Marques (2007), a primeira crise do contrato, que deu início ao declínio da teoria contratual clássica, que se mostrava insuficiente para tutelar os interesses das pessoas envolvidas nas contratações.

Ricardo Bortolozzi, citando Renata Mandelbaum, aponta quatro motivos que ensejaram a transformação da concepção clássica do contrato, quais sejam:

- a) o processo de concentração na indústria e no comércio, correspondendo a uma crescente urbanização e standardização;
- b) a crescente substituição da negociação individual pela coletiva, na sociedade industrial;
- c) expansão das funções estatais de *welfare and social service* e;
- d) alastramento das convulsões políticas, econômicas e sociais, que resumem em si não somente as alterações do sistema contratual, mas de modo geral, as do ordenamento jurídico como um todo. (BORTOLOZZI, 2005, p. 61)

Assim, pode-se dizer que em decorrência da produção estandardizada e do incremento das negociações coletivas impostos pela nova realidade social, o Direito não mais conseguia tutelar os conflitos e as relações advindas desta evolução socioeconômica e teve que se transformar.

Neste sentido, Ricardo Bortolozzi afirma:

Com a evolução social, surge a necessidade do direito de se adaptar a novas realidades sob pena de não mais atingir o seu objetivo. As regras embasadas na teoria acerca das relações contratuais, sustentada principalmente pelos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade contratual, não mais se encaixavam nas soluções dos conflitos surgidos com o fenômeno da contratação em massa. (BORTOLOZZI, 2005, p. 59)

Cláudia Lima Marques (2002) pondera que a concepção de contrato, com o intuito de atingir os seus objetivos no mundo moderno, evoluiu da livre e soberana manifestação da vontade das partes e se tornou um instrumento jurídico social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes.

Portanto, a fim de se adequar às exigências da contemporaneidade, a conformação clássica de contrato, individualista e voluntarista, cedeu lugar a um novo modelo desse instituto jurídico, voltado aos valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. O contrato deixou de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada, para desempenhar uma função social.

Assim, ocorreu uma renovação na teoria contratual, sendo que o contrato passou a ter uma concepção social, como será analisado posteriormente.

1.4 A NOVA CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

1.4.1 O contrato e a sua nova visão

Como se observou, anteriormente, a concepção clássica de contrato, veiculada no Código Civil de 1916, era baseada no liberalismo econômico, no individualismo, na autonomia da vontade e na igualdade formal das partes contraentes.

Segundo Novais (2000), essa teoria tradicional de contrato, para a qual a vontade era a única fonte criadora de direitos e obrigações, formando lei entre as partes e sobrepondo-se à própria lei, teve os seus pilares contestados e secundados pela nova realidade social que se impôs.

As evoluções socioeconômicas e a Revolução industrial geraram uma série de transformações em toda a sociedade, que refletiram na teoria contratual. Houve a massificação da sociedade e o surgimento de novas formas de contratação, tais como: os contratos de adesão, os contratos padronizados e, recentemente, os contratos eletrônicos.

Segundo Cláudia Lima Marques, a partir desse momento:

O contrato não mais pode ser observado como fundamento autônomo e independente, de interesse e com impactos somente em relação as partes contratantes. Considerando-se haver uma solidariedade orgânica entre os membros da sociedade, compreende-se que a visão de contrato não pode ser individualista, devendo considerar os reflexos de cada contrato na sociedade, na vida econômica da comunidade. (MARQUES, 2007, p. 435)

Neste contexto, a concepção clássica de contrato tornou-se ineficaz e necessitou evoluir, através de transformações em seu conteúdo, em seus princípios e em suas funções.

Assim, surgiu a concepção social do contrato, visando atender às necessidades impostas pela nova realidade socioeconômica.

Cláudia Lima Marques (2002) assevera que, na nova concepção de contrato, não importa apenas a manifestação de vontade das partes, devendo, também, ser considerados os efeitos do contrato na sociedade, bem como a condição econômica e social dos contraentes. Na busca deste novo equilíbrio, passam a ser protegidos

determinados interesses de cunho social, valorizando a confiança do vínculo de contratação, as expectativas e a boa fé.

1.4.2 O Estado e a sua nova visão

Paralelamente ao surgimento da concepção social do contrato, a nova realidade, também, impôs que o Estado Liberal se transformasse em um Estado Social, com um papel intervencionista bastante evidente nas relações contratuais, a fim de sanar os excessos provenientes do liberalismo jurídico.

Segundo Augusto Geraldo Teizen Júnior,

Este “Estado Social” surge como uma forma de corrigir os exageros e as distorções provocadas pelo livre-arbítrio das partes. Revisa-se o velho espírito revolucionário, impondo limites democráticos de justiça por meio de uma nova ordem legal, como normas de “ordem pública”, impondo limites à liberdade contratual (não da liberdade de contratar), impedindo a opressão do fraco pelo forte, do tolo pelo esperto, do pobre pelo rico. O poder público começa a proporcionar, pelo ordenamento jurídico, uma apropriação mais efetiva dos princípios de igualdade e liberdade. (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 91)

O Estado Social constatou a incongruência dos fundamentos consagrados no Estado Liberal. Passou, então, a estabelecer novas regras e a criar limites na teoria contratual.

Ana Rispoli d’Azevedo (2007, p. 285) afirma que o Estado Social “impregnou o direito privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e formalismo jurídico, para submeter o Estado a valores atuais de justiça e equilíbrio entre os diferentes interesses regidos em sociedade”

No Brasil, como pondera Pascutti (2002), tal fenômeno se verificou a partir da publicação da Constituição Federal de 1988, que se desvinculou do modelo liberal e delineou um Estado com capacidade de intervenção nas relações contratuais e elegeu a dignidade da pessoa humana como princípio norteador de toda ordem jurídica, criando uma verdadeira política de proteção contratual ao assegurar como direito fundamental a promoção da defesa dos direitos do consumidor, conforme se observa com a leitura do artigo 170 da Constituição Federal (CF).

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;
 II - propriedade privada;
 III - função social da propriedade;
 IV - livre concorrência;
 V - defesa do consumidor;
 VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 VIII - busca do pleno emprego;
 IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Esta nova realidade, advinda com o dirigismo estatal, relativizou os princípios da teoria clássica e, ainda, incluiu na concepção de contrato os princípios da função social do contrato, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da equivalência material do contrato, os quais serão analisados posteriormente.

Assim, tornou-se evidente, no ordenamento jurídico brasileiro, a presença dos princípios contratuais oriundos do Estado Social.

1.4.3 Princípios sociais dos contratos

A nova concepção de contrato, com uma visão mais social e coletiva, a fim de garantir a sua efetividade, inseriu novos princípios à teoria contratual clássica.

No entanto, Teizen Júnior ressalta:

Tais princípios sociais do contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado Liberal), a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríptico aspecto, como liberdade de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio do *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestação de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram profundamente, seu alcance e seu conteúdo. (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 129)

No mesmo sentido, Azevedo (1998) menciona que os princípios oriundos da teoria contratual clássica não foram abolidos pela nova concepção. O correto é dizer que aos princípios clássicos foram inseridos três novos princípios, quais sejam: a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.

Logo, os princípios informadores do direito contratual oriundos da concepção clássica não foram abandonados, mas sofreram uma nova leitura, com a publicação da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor.

Faz-se necessário, então, uma análise dos princípios adotados pela nova concepção social do contrato.

1.4.3.1 A autonomia privada

O princípio da autonomia privada não pode e nem deve ser confundido com o princípio da autonomia da vontade, consagrado na concepção clássica de contrato.

A respeito do princípio da autonomia da vontade, Sheila do Rocio Cercal Santos Leal afirma:

O modelo de contrato do Estado liberal colocava a autonomia da vontade dos contratantes como base fundamental do sistema contratual. Essa liberdade abrangia a decisão de celebrar ou não o contrato, com quem contratar e sobre o que contratar, cabendo às partes definirem, de comum acordo, o objeto do contrato, mediante o estabelecimento de todas as cláusulas e condições. (LEAL, 2007, p. 57)

Ocorre que, em decorrência da ascensão do Estado Social, esse princípio foi superado e substituído pelo princípio da autonomia privada.

Segundo Fernando Noronha (1994), a ocorrência desta substituição é fato notório, pois, em consequência da revisão do liberalismo econômico e da concepção voluntarista de negócio jurídico, passou-se a falar em autonomia privada.

Embora seja evidente a distinção existente entre os dois princípios (autonomia da vontade e autonomia privada), diversos doutrinadores os tratam como sinônimos. A fim de comprovar a diferença existente, Francisco Amaral assevera:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela não se confunde existindo entre ambas sensível diferença. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto, real. (AMARAL, 2003, p. 348)

Pode-se dizer que a autonomia da vontade, por decorrer do voluntarismo, do individualismo e do subjetivismo, é ampla, absoluta e irrestrita, sendo a única fonte de direitos e obrigações. Por sua vez, a autonomia privada existe em virtude e nos limites de um ordenamento jurídico estatal.

Segundo Orlando Gomes (1998), a partir do momento em que se passou a sustentar que a força da vontade advém do direito objetivo e não da própria vontade, tornou-se indiscutível que todo efeito jurídico se reconduz à lei e só se produz na medida em que esta o autoriza. Ocorreu, assim, a efetivação do princípio da autonomia privada.

A autonomia privada passou a ser considerada o alicerce que estrutura a dogmática do contrato, o qual surge como instrumento dessa autonomia e simultaneamente, como meio pelo qual ela se manifesta e se realiza.

Emilio Betti (1969) pondera que a autonomia privada deve ser considerada pressuposto e causa das relações jurídicas, já previstas, em abstrato e em geral, no ordenamento jurídico, devendo ser reconhecida como atividade criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares.

Nesse sentido, Bortolozzi ensina:

(...) ao se mencionar a autonomia privada como um dos princípios norteadores do direito contratual, fica mais clara a limitação desse direito de expressão da vontade, pois a liberdade de contratar fica estritamente restrita aos limites da lei e não mais, ao pleno arbítrio da vontade das parte. (BORTOLOZZI, 2005, p. 67)

Para a celebração dos contratos, passou, então, a ser necessária a manifestação da vontade pelos contraentes⁴, com a observância simultânea das limitações, em regra, de cunho social, estabelecidas em lei.

Na nova concepção, o principal papel na formação do conteúdo contratual é o da lei, pois é ela que vai legitimar o justo e útil no vínculo contratual e protegê-lo. A vontade continua essencial à formação do contrato, mas à sua conformação, ou seja, à definição de seu conteúdo vinculante, sua importância é diminuída diante do controle exercido pelo juiz no conteúdo pactuado. Continua a vontade como fonte do regramento contratual; perdeu a exclusividade, entretanto. (CUNHA, p. 265, 2007)

⁴ Carlyle Popp (2008) adverte que existe tanto a autonomia privada positiva como a negativa. Ou seja, o querer negativo no sentido de abster-se de firmar um negócio jurídico também é um ato de liberdade, de autonomia privada.

Portanto, na nova concepção social do contrato, a vontade perdeu a condição de elemento central da teoria contratual, que passou a ser a observância de valores inerentes ao ordenamento jurídico pátrio, tais como: a função social, a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas.

1.4.3.2 A função social do contrato

Na teoria contratual oriunda do Estado Liberal, a autonomia da vontade era absoluta e irrestrita, visando unicamente a satisfação de interesses individuais das partes contratantes.

Ocorre que esta situação se alterou com o surgimento do Estado Social, que inseriu o conceito de função social à concepção do contrato,

A respeito da adoção deste princípio, Judith Martins-Costa assevera:

(...) diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, como instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado dentro de uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que é atribuída pelo ordenamento jurídico. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 457)

Ainda, segundo Luciana Antonini Ribeiro:

Nesta nova concepção contratual, o contrato deixa de ser analisado como autônomo em relação à sociedade, surtindo efeitos apenas e tão-somente às partes contratantes. Na concepção social do contrato, os efeitos deste sobre a sociedade passam a ser considerados e não de ser sopesados. O princípio da solidariedade vem refletido no direito dos contratos pela limitação imposta à liberdade contratual a partir da função social do contrato. O princípio da liberdade contratual, eixo fundamental do modelo de código anterior, passa a conviver, harmonicamente, com a busca pela solidariedade. (RIBEIRO, 2007, p.436)

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da função social foi concebido como uma norma de ordem pública, com previsão no artigo 421 do Código Civil, nos seguintes termos: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”.

A respeito do dispositivo supracitado, Caio Mario da Silva Pereira ensina:

(...) o legislador atentou para a aceção mais moderna de função do contrato, que não é a de atender exclusivamente aos interesses da parte contratante, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. (PEREIRA, 2004, p. 13)

A partir da adoção desse princípio, o contrato deixou de ser visualizado como uma relação jurídica de interesse exclusivo das partes contraentes e passou a ser um instrumento jurídico dotado de dimensão coletiva, ou seja, a favor da sociedade. O individual cedeu o seu lugar ao coletivo.

Ao princípio da função social foi atribuído relevante papel no mundo contemporâneo, pois, ao se voltar pela busca de uma sociedade solidária, tem o condão de limitar a autonomia privada, visando igualar as partes de um contrato, de modo que a liberdade, que a cada um deles compete, seja igual para todos.

Neste sentido, Augusto Geraldo Teizen Júnior pondera:

O princípio da função social do contrato tem um papel limitador da vontade dos contratantes, restringindo-lhes a liberdade contratual, impondo-lhes uma limitação à sua extensão volitiva, ou seja, pertinente à limitação do conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, que lhe impõe este limite. (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 164)

Pode-se dizer que, através da limitação da liberdade contratual pelo princípio da função social, o contrato não se limita a tão-somente favorecer a circulação de riquezas, mas destina-se, principalmente, a promover os valores da solidariedade, da justiça social, da livre iniciativa e o princípio da dignidade da pessoa humana, previstos como fundamentos da República Federativa do Brasil na Constituição Federal de 1988.

1.4.3.3 A boa-fé

Uma das grandes marcas da evolução da teoria contratual, em consonância com a evolução da sociedade e com a conseqüente passagem do Estado Liberal para o Estado Social, foi a adoção do princípio da boa-fé objetiva.

Contudo, antes de analisar a boa-fé objetiva, propriamente dita, faz-se necessário realizar a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

1.4.3.3.1 As concepções da boa-fé

Cláudia Lima Marques (2002) assevera que a expressão "boa-fé" possui origem no instituto da "*fides*" e da "*bona fides*", que, nos tempos romanos, significava honestidade, confiança, lealdade e sinceridade, sendo que sua existência decorre do primado da pessoa humana.

A parte ínfima da doutrina, na qual se inclui o doutrinador Antônio Hernandez Gil (1988), afirma que a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva foi superada, optando pela unidade de conceitos, que se fundamenta no fato de a boa-fé atuar sempre como pauta de comportamento ditada pela moral social e, também, porque, tanto a boa-fé subjetiva como a objetiva, conteriam uma normatividade.

Contudo, inspirados nos ensinamentos alemães⁵, Judith Martins-Costa (2000) juntamente com a doutrina e a jurisprudência majoritárias nacionais, entendem que a boa-fé detém dois sentidos distintos, ora tratado como estado psicológico do agente, ora como regra de conduta, daí resultando em suas concepções subjetiva e objetiva, respectivamente.

A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica.

Judith Martins-Costa assevera, no seguinte sentido, sobre a boa-fé subjetiva:

Diz-se "subjetiva" justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 211)

Quando da aplicação dessa boa-fé, o juiz emitirá pronunciamento a respeito do estado de consciência ou de ignorância do sujeito. Com base nos ensinamentos de Antonio Menezes Cordeiro, podem ser corroboradas tais afirmações:

⁵ Flora Margarida Clock Schier (2007) destaca que a noção de boa-fé objetiva, distinta da boa-fé subjetiva, foi desenvolvida na Alemanha.

Perante uma boa-fé puramente fática, o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e, que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. Porém, no binômio boa/má fé, o juiz tem, muitas vezes, de abdicar do elemento mais seguro para a determinação da própria conduta. (...) Na boa-fé psicológica, não há que se ajuizar da conduta: trata-se, apenas de decidir do conhecimento do sujeito. (...) O juiz só pode promanar, como qualquer pessoa, juízos em termos de normalidade. Fora a hipótese de haver um conhecimento direto da má-fé do sujeito – máxime por confissão – os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por ele representadas, uma pessoa, com o perfil do agente, se encontra, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância. (CORDEIRO, 2001, P. 515-516)

Em assim sendo, a boa-fé subjetiva se opõe à má-fé e já estava disciplinada pelo Código Civil de 1916.

No entanto, a concepção subjetiva de boa-fé, ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informaram o nosso Código Civil de 1916, tornaram-se insuficientes perante as novas exigências criadas pela sociedade moderna. Para além da análise da má-fé subjetiva no agir, investigação eivada de dificuldades e incertezas, tornou-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio.

Segundo Gustavo Tepedino,

Esta necessidade, fulcrada em exigências de segurança e razoabilidade, faz surgir à noção de que o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres, ligado a uma regra de atuação de boa-fé. Deve-se frisar, entretanto, que esta boa-fé não está mais restrita ao seu sentido subjetivo, interior (e, por isso mesmo, no mais das vezes imperceptível para os outros sujeitos). Foi crescendo, portanto, uma noção de boa-fé como uma regra de conduta, de ordem geral: em cada situação concreta há uma idéia, comum e inescusável ao *homo médio*, que traça as diretrizes de como ele deve se portar, além de criar em seu íntimo uma convicção de previsibilidade sobre a atuação dos outros em relação àquela conjuntura. Pois não seria seguro nem razoável, que, sob o olhar complacente do Direito, pairasse entre as pessoas um eterno ponto de interrogação sobre a conduta dos outros, num hobbesiano cenário de desconfiança generalizada. (TEPEDINO, 2000, p. 56)

Surge, assim, a boa-fé objetiva, ou, simplesmente, a boa-fé lealdade, que se relaciona com a honestidade, lealdade e probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento.

Trata-se de uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na idéia de não fraudar ou abusar da confiança alheia.

Sobre a boa-fé objetiva, Judith Martins Costa afirma:

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411)

Complementarmente, Cláudia Lima Marques ensina:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. (MARQUES, 2002, p. 181-182)

Trata-se, portanto, de uma técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em uma dada sociedade, em um determinado momento. Parte-se de um padrão de conduta comum do homem mediano, levando em consideração os aspectos e acontecimentos sociais envolvidos e que traduz o estabelecimento de verdadeiros padrões de comportamento no caso concreto. É a sinceridade que deve nortear todas as condutas humanas, negociais ou não negociais. Em outras palavras, o sujeito deve ajustar sua própria conduta ao arquétipo da conduta social reclamada pela idéia imperante.

Assim, pode-se dizer que a doutrina da boa-fé objetiva é caracterizada como um dever de agir conforme determinados parâmetros, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. A margem de discricionariedade da atuação privada é reduzida, uma vez que o sujeito, para a consecução de seus objetivos individuais, tem que agir com lealdade, observando e respeitando não só os direitos, mas também os interesses legítimos e as expectativas razoáveis de seus parceiros.

Fernando Noronha (1994, p. 136), em interessante conclusão, anota que, “mais do que duas concepções de boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas. Logo, podemos identificar uma boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença, e uma boa-fé objetiva, ou boa-fé lealdade”.

1.4.3.3.2 O desenvolvimento da noção de boa-fé objetiva

Gustavo Tepedino (2001) aponta que, no século XX, por volta dos anos 30, começou a proliferar no Brasil uma sucessão de leis extravagantes e especiais, que tinham por escopo disciplinar novos institutos surgidos com a evolução econômica e com o recrudescimento da problemática social.

Provenientes de um fenômeno conhecido como dirigismo contratual, tais leis extra-códigos passaram a disciplinar institutos específicos do direito privado (contrato, família, propriedade), criando assim os chamados microssistemas jurídicos, que condensavam um direito civil especial, gravitando ao redor do Código Civil, que passou a guarnecer um direito civil comum, pois, segundo aponta Tepedino (2001, p. 212), o Código Civil passou "a ter uma função meramente residual, aplicável tão-somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais".

A "era dos microssistemas" deu origem a diversos estatutos, entre os quais se inclui o Código de Defesa do Consumidor, de matriz e inspiração constitucional, uma vez que o legislador constituinte erigiu a defesa do consumidor à categoria de direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII) e ao princípio da ordem econômica (artigo 170, inciso V), ambos da Constituição Federal de 1988.

Essa lei, específica para as relações de consumo, positivou expressamente a boa-fé objetiva pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, mencionando-a em dois momentos, sendo o primeiro no capítulo da política nacional de relações de consumo (artigo 4º, inciso III) e o segundo na seção das cláusulas abusivas (artigo 51, inciso IV).

Em uma primeira abordagem, a boa-fé objetiva aparece como princípio, a saber:

Artigo 4º A Política Nacional das relações de Consumo tem por objetivos o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Em um segundo momento, a boa-fé objetiva aparece como cláusula geral, ou seja:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

No artigo acima transcrito, em se tratando de cláusula geral, caberá ao juiz, em primeiro lugar, examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de averiguar se foram ou não observados os deveres decorrentes da boa-fé; em segundo lugar, então, criar a norma para o caso concreto.

Logo, o princípio da boa-fé objetiva traz uma regra de conduta impondo, por conseguinte, o dever de lealdade, transparência, veracidade e cooperação recíproca antes, durante e após as relações de consumo, devendo ser utilizado como controle de cláusulas abusivas e práticas comerciais desonestas. Ora, o artigo 3.º da Carta Constitucional de 1988 tem como um de seus objetivos fundamentais, "a construção de uma sociedade livre, justa e solidária". Quer então o legislador que, através do princípio da boa-fé objetiva, os consumidores se sintam protegidos. Só assim estará sendo atingida a sociedade livre, justa e solidária proclamada como fundamento da Constituição Federal.

1.4.3.3.3 O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002

Com o advento do novo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva foi consagrada, de forma clara e expressa, conforme dispõe o artigo 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Flora Margarida Clock Schier pondera:

(...) verifica-se no art. 422, o princípio da boa-fé como cláusula geral, realçando que mais ainda se terá que observar a efetivação desse princípio, por este, permitir uma interpretação comutativa do contrato. Vale dizer: com tal determinação legal é possível exigir prestações recíprocas a que se obrigam os contratantes. Perfeitamente equivalentes. Assim, além daqueles direitos postos na Constituição, devem ser observados também os demais princípios que se encontram espalhados pelo sistema jurídico,

haja vista ser este dividido em microssistemas, mas que, ao final, formam um único sistema. Portanto, pode-se dizer que a boa-fé é cláusula geral com força de princípio fundamental para as relações negociais, que tem como fundamento a manutenção da segurança jurídica, uma vez que, por meio da boa-fé, seja ela objetiva ou subjetiva, as avenças serão resolvidas, pois a autonomia da vontade, por si só, não permite mais a resolução equitativa e justa das lides negociais, fazendo com que o princípio do *pacta sunt servanda* seja relativizado em face da boa-fé contratual. (SCHIER, 2007, p. 45-46)

Constata-se que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral que diz respeito à norma de conduta, definindo como as partes devem agir em uma relação contratual, durante a relação obrigacional, com o intuito de resguardar à satisfação dos interesses globais das pessoas que se encontram envolvidas nessa relação.

Na teoria contratual, a utilização da boa-fé permite a análise das condições e da situação na qual o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, bem como o momento histórico e econômico da celebração do contrato. Com isso, interpreta-se a vontade contratual.

1.4.3.4 Equivalência material do contrato

Sobre o princípio da equivalência material, Paulo Luiz Netto Lôbo ensina:

O princípio da equivalência material é manifestação da busca da efetiva igualdade entre as partes na relação contratual. Quando a igualdade jurídico-formal característica da concepção liberal mostrou-se insuficiente para garantir o equilíbrio das prestações nos contratos, esse princípio passou a ter grande importância na teoria geral dos contratos. A equivalência material busca harmonizar os interesses das partes envolvidas, e realizar o equilíbrio real das prestações em todo o processo obrigacional (LÔBO, 2002, p. 192).

Este princípio busca preservar a igualdade material entre as partes na relação contratual por meio da harmonização dos interesses envolvidos, ou seja, busca a isonomia real dos contratantes por meio do equilíbrio entre direitos e deveres assumidos pelos contratantes em decorrência da celebração de um contrato.

A adoção desse princípio pela nova teoria contratual relativizou a força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), o qual determinava que, após estabelecido o contrato, esse tinha força obrigatória e deveria ser cumprido independentemente da realidade fática. Ocorreu a relativização do princípio porque, a partir do reconhecimento de que a simples igualdade formal era insuficiente para

alcançar a justiça contratual, foi preciso verificar as situações concretas no momento da execução do contrato.

Portanto, com a adoção do princípio da equivalência material, o contrato continua a ser obrigatório, mas desde que exista um equilíbrio entre as prestações dos contratantes.

1.5 A NOVA REALIDADE CONTRATUAL

1.5.1 Relação jurídica de consumo

Como o mencionado anteriormente, a concepção clássica de contrato teve origem no século XIX, época do liberalismo econômico, onde não havia a intervenção estatal nos contratos, pois apenas a vontade das partes era relevante para a celebração do contrato.

Segundo Cláudia Lima Marques,

Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontades. (MARQUES, 2002, p. 52)

Ocorre que esta situação não se sustentou por muito tempo, pois a concepção clássica de contrato se tornou insuficiente para atender às demandas de mercado, sofrendo, assim, adaptações.

O século XX trouxe modificações relevantes para a estrutura do contrato e para a sociedade consumerista. O desenvolvimento industrial e tecnológico, aliados a um mercado apto a consumir, despertou o surgimento de grandes indústrias, as quais criaram as produções em série, visando atingir um maior número de consumidores.

Foi o declínio das relações comerciais individualizadas e a ascensão da massificação das relações de consumo.

No modelo de produção massificada, a figura individualizada dos contratantes desapareceu e, em consequência disto, segundo afirma Bortolozzi (2005, p. 74), “as partes não mais em conjunto disciplinam a forma e o conteúdo contratual”.

Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr. menciona:

Na sociedade de massas os indivíduos, em suma, deixam de ser sujeitos e começam a ser objetos. Eis a grande transformação que a massificação provoca em relação aos indivíduos, e isso evidentemente tem suas conseqüências nos contratos. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 122)

Conseqüentemente, as relações contratuais individualizadas se transformaram em relações de consumo, envolvendo um grande número de pessoas. O fator determinante passou a ser o lucro obtido pelas vendas realizadas em larga escala, em detrimento da celebração de contratos individualizados, nos quais, praticamente, não existia o lucro.

Evidenciou-se a despersonalização das relações contratuais, uma vez que os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, passaram a predominar em quase todas as relações contratuais.

Surgiram os contratos de adesão, com cláusulas pré-estabelecidas, que deveriam ser integralmente aceitas ou recusadas pela parte consumidora, da qual foi retirado o direito de discutir as regras do contrato: ou a parte aceitava os moldes pré-estabelecidos, ou não contratava.

Logo, em virtude da evolução social somada à Revolução Industrial e à massificação do consumo, chegou-se a uma nova realidade contratual, na qual a antiga concepção de contrato, onde existiam duas partes em posição de igualdade, discutindo individual e livremente as cláusulas do acordo de vontade, passou a existir em escala mínima e geralmente em negócios entre particulares.

Portanto, faz-se necessário um estudo pormenorizado da nova realidade contratual.

1.5.2 Relações contratuais em massa

O avanço tecnológico e industrial introduziu diversas mudanças nas relações comerciais. O processo de produção e distribuição de produtos e serviços pelas indústrias passou a ser em série, promovendo a massificação das relações civis e de consumo.

Sobre a massificação, Cláudia Lima Marques assevera:

Como se observa na sociedade de massa atual, a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Estes contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais. (MARQUES, 2002, p. 53)

Em decorrência dessa massificação dos contratos, surgiram os contratos de adesão, vinculados à idéia de impessoalidade, pois não se contratava diretamente com uma pessoa e, sim, com uma empresa.

Os contratos, então, passaram a ser firmados entre um indivíduo e um ente despersonalizado, por meio de contratos previamente definidos e impessoais.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ponderam:

O homem contratante acabou, no final do século passado e início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja a da despersonalização das relações contratuais em função de uma preponderante manifestação voltada ao escoamento em larga escala do que se produzia nas recém-criadas indústrias. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005, p. 161)

Então, a massificação deu origem a um negócio jurídico despersonalizado e estandardizado, documentado em um simples formulário, em que uma parte adere ou não ao proposto pela outra parte, sem qualquer possibilidade de discussão do conteúdo contratual.

Tal contrato recebeu a denominação de contrato de adesão como será analisado no tópico a seguir.

1.5.3 Contratos de adesão

Resultante das mudanças sociais ocorridas no último século, os contratos de adesão devem ser entendidos como um fenômeno típico da sociedade contemporânea de consumo, que afetou diretamente o princípio da autonomia da

vontade, ao reduzir a sua amplitude e permitir a intervenção estatal nas relações privadas.

Surgiram com o intuito de permitir a contratação simultânea com um grande número de pessoas e de um objeto idêntico, através da utilização de modelos uniformes.

Segundo Antônio Carlos Efig (2008), os contratos de adesão se opõem à idéia do contrato paritário, uma vez que naqueles contratos inexistente a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes.

Pode-se dizer que essa nova modalidade contratual caracteriza-se por permitir que apenas um dos contratantes determine, prévia e unilateralmente, o conteúdo e as condições do contrato. Elimina-se a possibilidade de qualquer acordo de vontades entre as partes, quanto ao conteúdo das cláusulas contratuais. A outra parte apenas tem o direito de aderir ou não ao que foi prescrito no contrato.

Neste sentido, Cláudia Lima Marques define:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. (MARQUES, 2002, p. 58)

Observa-se, portanto, que os contratos de adesão distinguem-se do modelo tradicional de contrato, por três fatores determinantes: a estipulação unilateral do conteúdo contratual, a indeterminação das pessoas às quais o contrato é direcionado e a forma de manifestação da vontade das partes, que aceita ou não o previsto no contrato.

1.5.3.1 Formação dos contratos de adesão

Diferentemente da modalidade contratual tradicional, na qual existe efetivamente um acordo de vontades e as partes têm a faculdade de deliberar sobre as cláusulas contratuais, nos contratos de adesão inexistente a fase de negociação prévia do conteúdo do contrato, uma vez que o contrato é elaborado unilateralmente e se dirige a um número indeterminado de pessoas.

Assim, a formação do vínculo contratual, nos contratos de adesão, efetiva-se com a adesão às cláusulas prévia e unilateralmente estipuladas por uma das partes e o consentimento do aceitante é expresso, apenas, a título de adesão em bloco ao conteúdo contratual previamente estipulado.

Pode-se dizer que esse modelo de formação do contrato é reflexo da existência de duas etapas distintas no ato de contratação: a estipulação das condições gerais e a adesão.

Segundo Renata Mandelbaum (1996, p.111), “o termo condições gerais de contratação é empregado para fazer referência à predisposição ou pré-formulação do conteúdo contratual”.

As condições gerais dos contratos, portanto, referem-se a uma fase pré-contratual, na qual são estipuladas cláusulas gerais uniformes a serem oferecidas a um número indeterminado e desconhecido de possíveis interessados.

A segunda etapa da contratação se efetiva no momento em que ocorre a adesão ao contrato, formando a relação jurídica, que passa a produzir efeitos no mundo jurídico. Assim, com a adesão, ocorre, efetivamente, a formação do contrato de adesão.

1.5.3.2 Características

Os contratos de adesão possuem algumas peculiaridades que os distinguem do modelo tradicional de contrato. Impende-se uma análise destas características.

Segundo Roberto Senise Lisboa (1997a), os contratos de adesão possuem como características: a estipulação unilateral, a generalidade, a uniformidade, a abstração, a inalterabilidade, a eficácia concreta dependente de integração e a adesão.

A estipulação unilateral prévia do conteúdo contratual por apenas uma das partes é a característica essencial que diferencia os contratos de adesão das demais espécies contratuais.

Em tais contratos, inexistem uma fase de tratativas preliminares, na qual as partes têm a possibilidade de discutir todas as condições do contrato. Portanto, há uma redução na liberdade contratual, pois a parte apenas pode aderir, em bloco, ao contrato, ou recusar todas as condições contratuais.

A existência de cláusulas gerais uniformes, também, é uma das características essenciais dos contratos de adesão, pois permitem a oferta uniforme e de caráter indeterminado a todos os interessados.

1.5.3.3 Contratos de adesão no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 não trouxe uma definição específica de contratos de adesão; contudo, inovou ao incluir dois artigos que tratam especificamente do assunto, os quais estão transcritos a seguir:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Observa-se que o artigo 423 estabeleceu o princípio da interpretação mais favorável em favor da parte mais fraca da relação, materializando, assim, o princípio da equivalência contratual e o artigo 424, paralelamente, impôs a nulidade às cláusulas que estipulam a renúncia antecipada da parte contratante.

A relevância de tais artigos está no fato de corroborar o entendimento de que os contratos de adesão, também, são aplicados nas relações civis, quando envolverem apenas particulares e não apenas nas relações de consumo.

1.6 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FERRAMENTA DA NOVA REALIDADE CONTRATUAL

O desequilíbrio nas relações de consumo se tornou alarmante com o surgimento das relações em massa e a utilização dos contratos de adesão.

Visando coibir os excessos provocados por esta nova realidade contratual, o legislador instituiu um Código de cunho social, que conferiu uma maior ingerência do Estado nas relações contratuais, a fim de evitar as desigualdade entre as partes contratantes.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor emergiu na sociedade contemporânea como uma garantia de respeito às relações de consumo.

Segundo João Batista de Almeida,

Pode-se mesmo afirmar que a proteção do consumidor é consequência direta das modificações havidas nos últimos tempos nas relações de consumo, representando reação ao avanço rápido do fenômeno, que deixou o consumidor desprotegido ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento. (ALMEIDA, 2002, p. 3)

No Brasil, em um primeiro momento, a tutela das relações de consumo foi abordada pela Constituição Federal de 1988, que inovou ao incluir a defesa do consumidor em seu texto legal, como um direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso XXXII, ao mencionar que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), ao determinar a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

A inclusão de matéria relacionada à proteção do consumidor na Constituição Federal adequou-se à função do Estado em intervir em situações de desigualdade e desequilíbrio social. que não poderiam ser satisfatoriamente acomodadas ou corrigidas com o uso de instrumentos meramente políticos ou econômicos.

Cláudia Lima Marques assevera:

Ninguém discute hoje mais porque o consumidor foi o único agente econômico a merecer inclusão no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, foi escolhido porque seu papel na sociedade é intrinsecamente vulnerável frente ao seu parceiro contratual, o fornecedor. Trata-se de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. (MARQUES, 2002, p. 189)

Pode-se afirmar que o objetivo do legislador constituinte foi o de implantar uma Política Nacional das Relações de Consumo, uma disciplina única e uniforme destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais dos consumidores.

Posteriormente, em obediência à determinação constitucional, em 11 de setembro de 1990, foi publicado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, que consolidou os direitos dos consumidores, através da criação do microsistema das relações de consumo. Trata-se de um diploma moderno, que inseriu novas normas e princípios jurídicos (todos de ordem pública e interesse social) para a tutela dos consumidores, parte vulnerável nesse tipo de relação.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), todas as questões que se vinculam às relações de consumo receberam tratamento inovador. Nelson Nery Júnior (1992, p. 46) pondera que o CDC “veio para regulamentar a relação de consumo, criando mecanismos para que se torne equilibrada, evitando a prevalência de um em detrimento do outro sujeito da relação de consumo.”

Esse microsistema deve ser considerado um divisor de águas, pois a partir de sua publicação se tornou possível a solução dos conflitos advindos da revolução industrial, com sua produção em série e consumo massificado.

1.6.1 Elementos da relação de consumo

Como foi mencionado, a Lei nº 8.078/90 instituiu um microsistema jurídico de proteção ao consumidor, dotado de princípios próprios, que tem o condão de afastar os princípios do direito ordinário, quando existir uma relação de consumo.

Assim, se faz necessário identificar quando ocorre uma relação de consumo.

Roberto Senise Lisboa afirma:

Não há definição expressa da relação de consumo no Código de Defesa do Consumidor, pois o legislador preocupou-se tão-somente em delimitar a aplicação desse microsistema jurídico ao vínculo no qual encontram-se presentes os elementos subjetivos e o elemento objetivo. (LISBOA, 2006, p. 146)

Como a legislação não se preocupou em regular o termo “relação de consumo”, existe a necessidade de que ocorra uma individualização dos elementos contidos no conceito elaborado pela doutrina.

Nelson Nery Júnior (1992, p. 47) afirma que “entende-se por relação de consumo a relação jurídica entre fornecedor e consumidor, tendo como objeto o produto ou o serviço”.

Da análise do conceito supracitado, extraem-se os elementos da relação de consumo: os sujeitos, o objeto e o vínculo obrigacional.

Embora o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não tenha apresentado expressamente um conceito de relação de consumo, previu, em seus artigos 2º e 3º, os elementos que caracterizam a relação de consumo, como se observa a seguir:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso)

Assim, pode-se dizer que os sujeitos são o consumidor e o fornecedor e o objeto compreende os produtos ou os serviços.

1.6.1.1 Consumidor

Segundo Cláudia Lima Marques,

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro. (MARQUES, 2006a, p. 83)

Sabe-se que delimitar o conceito de consumidor em sentido jurídico é uma tarefa árdua, porque existe uma tendência em aceitar a concepção econômica de consumidor, que nem sempre é admitida pelo direito.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) visando solucionar o problema existente na definição da figura do consumidor e proteger efetivamente os direitos dessa categoria, buscou colocar número significativo de pessoas sob a sua proteção.

O artigo 2º, *caput* define o consumidor real e simultaneamente equipara diversas pessoas aos consumidores, como se depreende da redação do artigo 2º, parágrafo único, do artigo 17 e do artigo 29.

Portanto, adota-se como ponto de partida o consumidor individualizado e concreto até se chegar aos consumidores equiparados, que, inclusive, não precisam ser identificados, para serem protegidos, como se observa no artigo 29 da lei que resguarda um universo difuso de consumidores, que merecerão proteção pelo simples fato de estarem expostos às práticas comerciais dos fornecedores.

Como a finalidade do presente trabalho é verificar a aplicabilidade do princípio da confiança nos contratos eletrônicos de consumo, será atribuída uma especial atenção ao consumidor, em detrimento dos demais elementos, pois, posteriormente, verificar-se-á que o princípio da confiança visa resguardar os direitos do consumidor.

1.6.1.1.1 Consumidor padrão

O consumidor real está previsto no *caput* do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Ao realizar a leitura do artigo supracitado, percebe-se que o legislador brasileiro optou por uma definição mais objetiva de consumidor.

Pela definição legal, para ser consumidor são necessários os seguintes requisitos: ser pessoa física ou jurídica, adquirir ou utilizar produto ou serviço e ser destinatário final.

Neste momento, será feita a análise de cada um desses requisitos.

Exige-se que o consumidor seja uma pessoa física ou uma pessoa jurídica, não importando os aspectos de renda e capacidade financeira. Tanto no caso das pessoas físicas, quanto das jurídicas, o fator determinante para serem consideradas consumidoras será a vulnerabilidade diante do fornecedor, ou seja, a sujeição integral às regras impostas pelo fornecedor.

Ainda, o consumidor deve, necessariamente, adquirir (comprar diretamente) ou utilizar (usar, em proveito próprio ou de outrem) produto ou serviço, sendo que se entende por produto qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e por serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

O consumidor deve ser, portanto, o destinatário final da relação de consumo, ou seja, o produto deve ser retirado da cadeia produtiva, o que significa que só será

consumidor aquele que adquirir o produto ou serviço para utilização pessoal, sem reaplicá-lo na cadeia produtiva. Para que o consumidor seja considerado destinatário final, a operação de consumo deve encerrar-se nele, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda.

Ocorre que a determinação e a amplitude do termo “destinatário final” é motivo para controvérsias e diferentes interpretações, como será observado nos tópicos a seguir.

1.6.1.1.1.1 Interpretação finalista

Para os adeptos da interpretação finalista, em princípio, há uma restrição no emprego da expressão “destinatário final”, ou seja, restringe-se a figura do consumidor àquele que adquire ou utiliza um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar, de maneira especial, um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

Essa corrente afirma que, ao se restringir o campo de aplicação do Código àqueles que necessitam de proteção, lhes está assegurado um nível mais alto de proteção, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor é realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores (empresários) reclamam por mais benesses do que o direito empresarial já lhes concede. Para tanto, exige-se uma correta conceituação de “destinatário final”.

Maria Antonieta Zanardo Donato afirma:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Assim não basta ser destinatário fático do produto, isto é, retirá-lo do ciclo produtivo. É necessário ser também destinatário final econômico, ou seja, não adquiri-lo para conferir-lhe utilização profissional, pois o produto seria reconduzido para a obtenção de novos benefícios econômicos (lucros) e que, cujo custo estaria sendo indexado no preço final do profissional. Não se estaria, pois, conferindo a esse ato de consumo a finalidade pretendida: a destinação final. (DONATO, 1993, p.90-91)

Para individualizar a pessoa do consumidor, não basta verificar se o adquirente é destinatário final fático do bem ou serviço, pois ele necessita ser também o seu destinatário final econômico, ou seja, deve ocorrer o rompimento da

atividade econômica com vistas à satisfação de necessidade pessoal, não podendo o bem ou serviço ser reutilizado no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

Ainda, Maria Antonieta Zanardo Donato (1993, p. 84) assevera que todos os bens ou serviços adquiridos por quem exerce atividade econômica, mesmo quando utilizados para a incorporação no estabelecimento empresarial (portanto, presente a destinação final fática), afastam a caracterização da relação de consumo, uma vez que não ocorre a destinação final econômica, pois o bem ou serviço continuará inserido no processo produtivo.

1.6.1.1.1.2 Interpretação maximalista

Em oposição ao pensamento finalista, surge a doutrina maximalista. Para esta corrente, a definição do artigo 2º do Código, é puramente objetiva.

Segundo Fátima Nancy Andrighi,

Define-se o consumidor, tão-somente, em atenção à destinação dada à fruição do bem ou serviço adquirido ou utilizado, a qual deve ser final, isto é, capaz de consumi-lo ou utilizá-lo de forma a depreciar, invariavelmente, o seu valor como meio de troca. (ANDRIGHI, 2004, p. 6)

Percebe-se que a doutrina maximalista, ao realizar uma interpretação ampla da expressão “destinatário final”, aceita que o enquadramento do adquirente do produto ou do serviço, como consumidor, deve ser o mais abrangente possível, para incluir todos aqueles que “consomem”, ou seja, transformam o produto ou serviço adquirido, ainda que essa transformação ocorra visando a sua recolocação no mercado; para os adeptos dessa corrente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem por objetivo regular o mercado de consumo e não apenas proteger o consumidor não-profissional.

Fátima Nancy Andrighi menciona:

Não influi na definição de consumidor o uso privado ou econômico-profissional do bem, porquanto quem adquire ou utiliza, bem ou serviço, com vistas ao exercício de atividade econômica, sem que o produto ou serviço integre diretamente o processo de produção, transformação, montagem, beneficiamento ou revenda, o faz na condição de destinatário final, ainda que meramente fático, o que caracteriza o conceito de consumidor. (ANDRIGHI, 2004, p.6)

Portanto, o destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, independentemente de ser pessoa física ou jurídica.

Thereza Alvim menciona, sobre o assunto:

Procurou traçar o legislador, objetivamente, a linha mestra do conceito de consumidor. Neste mister, estabeleceu no artigo 2º deste Código que é consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, ou seja, cuja aquisição se insere no termo final dos quadros de um ciclo de produção. (...). Logo a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final. Assim, para o art. 2º, o importante é a retirada do bem de mercado (ato objetivo) sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo). (ALVIM, 1995, p. 31)

Percebe-se que a finalidade a ser satisfeita pelo ato de consumo não interfere na definição de relação de consumo, isto é, verificada a aquisição ou a utilização para a destinação final, pouco importa se a necessidade a ser suprida com o consumo será de natureza pessoal ou profissional.

Em assim sendo, a interpretação maximalista permite que as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor sejam aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado, incluindo todas as pessoas físicas e jurídicas que consomem, ou seja, transformam o produto ou serviço adquirido, ainda que essa transformação ocorra visando a sua recolocação no mercado.

1.6.1.1.1.3 Interpretação finalista aprofundada

A bipolarização das opiniões entre a doutrina finalista e a maximalista fez surgir uma nova linha de raciocínio.

Desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, emergiu uma terceira teoria, subdivisão da primeira, que tem sido denominada de “finalismo aprofundado”, tendência que se concentra na noção de consumidor final imediato e no reconhecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Cláudia Lima Marques ao tratar do finalismo aprofundado menciona:

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura. De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram o seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma mais diferenciada. (MARQUES, 2006a, p. 85)

Para os adeptos dessa corrente, o enquadramento da pessoa como consumidor depende, substancialmente, de dois fatores: da presença da vulnerabilidade, caracterizada na ausência de poder de negociação (se houver amplo poder de negociação estará descaracterizada a relação de consumo); e o consumidor deve ser destinatário final imediato do produto ou serviço, ou seja, deve utilizá-lo em seu benefício próprio.

1.6.1.1.2 Coletividade consumidora

O ponto de partida da extensão do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidoras *stricto sensu*, ou seja, não se encontrando abrangidas pelo conceito de consumidor previsto no *caput* do artigo 2º, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado.

No parágrafo único do artigo 2º da lei nº 8078/90, a coletividade de pessoas que, ainda que não possa ser identificada, tenha, de alguma forma, participado da relação de consumo, é equiparada a consumidores. Essas pessoas, grupos e mesmo profissionais intervêm nas relações de consumo de forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade.

José Geraldo Brito Filomeno, ao comentar o referido parágrafo, expressamente diz:

(...) o que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores. (FILOMENO, 1996, p. 195)

Por sua vez, ao tratar do consumidor equiparado, Antônio Carlos Efiging (2008) afirma que o Código incluiu no conceito de consumidor a coletividade de pessoas de uma forma geral, sejam elas determináveis ou indetermináveis.

Portanto, a existência dessa regra destina-se à tutela coletiva dos interesses dos consumidores, nos casos de colocação no mercado de produtos ou serviços que exponham perigo à saúde do consumidor.

1.6.1.1.3 Consumidor exposto às práticas comerciais

O capítulo V do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que trata das práticas comerciais, equipara a consumidores todas as pessoas que, mesmo que não possam ser identificadas, foram ou estão expostas às práticas comerciais nele previstas.

O artigo 29 da lei supera os limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa, visando harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, reprimir eficazmente os abusos do poder econômicos e proteger os interesses econômicos dos consumidores finais.

Discorrendo sobre a abrangência do supracitado artigo Maria Antonieta Zanardo Donato ensina:

(...) o art. 29, como já mencionado, possui uma abrangência subjetiva bem mais extensa e ampla, bastando, para nessa categoria subsumir-se, a simples exposição do consumidor àquelas práticas. Prescinde-se, pois, da efetiva participação da pessoa na relação de consumo (art. 2º) ou de ter sido atingida pelo evento danoso (art. 17). Mostra-se suficiente estar exposto a essas práticas para receber-se a tutela outorgada. (DONATO, 1993, p. 104)

Afirma-se que se trata de uma definição difusa de consumidor, uma vez que todos estão, em tese, sujeitos às inúmeras práticas comerciais e a simples exposição e o risco são suficientes para desencadear a aplicação desse dispositivo.

1.6.1.1.4 Consumidor vítima de acidente de consumo

O artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) confere proteção legal ao terceiro, *bystander*, nos casos de responsabilidade pelo fato do produto e serviço, quando equipara aos consumidores todas as vítimas do acidente de consumo.

Sérgio Cavalieri Filho (1998, p. 367) define o acidente de consumo como “o acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um defeito”.

Portanto, pode-se dizer que quando ocorrerem danos, morais ou patrimoniais, que ultrapassem a esfera do produto ou serviço haverá acidente de consumo.

Nesses casos, basta que o indivíduo seja vítima de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva.

Roberto Senise Lisboa (2001), ao tratar da vítima do evento, menciona que não apenas o próprio consumidor recebe a atenção do legislador, mas também o terceiro prejudicado, ante o dano sofrido decorrente da relação de consumo, da qual não participou.

A extensão do âmbito de abrangência do Código às vítimas dos acidentes de consumo, protegendo terceiros que não fazem parte da relação direta de consumo, é medida facilitadora da defesa em juízo, tendo em vista a possibilidade de inversão do ônus da prova, bem como a tutela coletiva dos direitos, além da alta relevância no que se refere à proteção da pessoa humana nas relações de consumo.

1.6.1.2 Fornecedor

O fornecedor é o outro sujeito que compõe a relação jurídica de consumo, sendo definido de forma clara e abrangente pelo artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Ressalta-se que, no mercado de consumo, somente deve ser considerado fornecedor aquele que participa do fornecimento de produtos ou serviços com caráter de profissionalismo, ou seja, aquele que exerce habitualmente o comércio, mediante o recebimento de remuneração, conforme expressa Antônio Carlos Efig (2008).

1.6.2 Princípios do Código de Defesa do Consumidor

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor surgiu para regular a nova realidade contratual e os desequilíbrios por ela gerados. Para que esse microsistema alcançasse os seus objetivos foram previstos no artigo 4º da Lei diversos princípios com o intuito de tutelar a condição especial do consumidor inserido em um relação de consumo.

Os princípios fundamentais da Política Nacional das Relações de Consumo são: da vulnerabilidade, da garantia de adequação, da boa-fé nas relações de consumo, da informação, entre outros.

Embora tais princípios tenham previsão expressa no Código, Cláudia Lima Marques (2006a) aponta que o princípio da transparência, o princípio da equidade contratual e o princípio da confiança devem ser somados aos princípios expressamente previstos em lei.

Em decorrência do objetivo desta dissertação, serão analisados, nos tópicos a seguir, apenas os princípios mais relevantes ao tema.

1.6.2.1 Princípio da vulnerabilidade do consumidor

A vulnerabilidade do consumidor é uma característica marcante das relações de consumo, que a identifica como relação entre desiguais. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) vem, justamente, tentar o restabelecimento da isonomia entre fornecedor e consumidor, estabelecendo instrumentos de direito material e processual.

O artigo 4º do CDC prevê:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Ao analisar o artigo citado, verifica-se a orientação normativa no sentido de que o equilíbrio nas relações de consumo possua observância completa, partindo-se do pressuposto de que o consumidor é a parte mais frágil da relação, além da sua proteção concretizar um patamar de harmonia entre os princípios constitucionais da liberdade econômica e da justiça social.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes menciona:

(...) o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos

aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. (NUNES, 2000, p. 106)

O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo caracteriza o consumidor como ente vulnerável, sendo uma premissa básica e indispensável ao justo e equânime estabelecimento das relações de consumo.

Segundo Antônio Carlos Efiging,

A vulnerabilidade se configura pelo simples fato de o cidadão se encontrar na situação de consumidor, independentemente de grau cultural, econômico, político, jurídico, etc., sendo traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. (...) A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. (EFING, 2008, p. 105)

Pode-se dizer que o princípio da vulnerabilidade está diretamente relacionado com outro princípio, que lhe é pressuposto, qual seja, o da igualdade. Aquele que é vulnerável, necessariamente, se encontra numa relação desigual. Pode-se afirmar que o princípio da vulnerabilidade é subprincípio do princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

Percebe-se que a principal finalidade desse princípio é evitar uma relação desigual e injusta, impedindo-se que o consumidor sofra qualquer espécie de prejuízo ou dano, devido a sua hipossuficiência em face do fornecedor.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor estabelece uma nova realidade, onde a desigualdade passa a ser reconhecida e positivada em um dispositivo legal, extinguindo-se a velha máxima de que a lei deve ser aplicada igualitariamente a todos.

A vulnerabilidade é um estado de fato e, como tal, se manifesta nos seguintes aspectos: jurídico, econômico e técnico.

O aspecto jurídico ocorre quando o consumidor se encontra em posição de submissão, não dispondo de meios de acesso à justiça, sendo menos esclarecido em relação a seus direitos e menos capaz de efetivá-los.

Por sua vez, a vulnerabilidade econômica, também denominada de fática ou patrimonial, é a mais evidente e se refere à posição econômica das partes da relação de consumo. Em regra, o fornecedor tem melhores condições econômicas

do que o consumidor, e cabe àquele suportar as conseqüências de um produto ou serviço, defeituoso ou viciado.

No aspecto técnico, é vulnerável o adquirente ou usuário que não possui inteligência suficiente para avaliar a qualidade do produto ou do serviço, ou seja, a adequação às suas finalidades, bem como os riscos que apresentam. Trata-se de um conhecimento específico, que tornará possível instruir o processo decisório e, a seguir, possibilitar a escolha consciente do consumidor. A medida da vulnerabilidade técnica será dada, não pelo consumidor médio, mas por aquele determinado adquirente, à vista de suas qualidades e características pessoais.

Portanto, a vulnerabilidade técnica existirá sempre que o consumidor não conhecer o funcionamento do produto, a sua forma de produção, de armazenamento, de comercialização, dentre outros e, ocorrendo vulnerabilidade, estará presente a figura jurídica da hipossuficiência.

Hipossuficiente é o consumidor que tem a sua vulnerabilidade, que é de todo e qualquer consumidor por presunção constitucional *jure et de jure*, exacerbada pelo desconhecimento técnico do produto ou de serviço que está sendo adquirido.

Não se deve confundir a vulnerabilidade do consumidor com a sua hipossuficiência, que é uma característica restrita a determinados consumidores que, além de presumivelmente, vulneráveis são também, em sua situação individual, carentes de condições culturais ou materiais.

Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin ensina a diferença entre a vulnerabilidade e hipossuficiência:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores. (BENJAMIN, 2001, p. 325)

No mesmo sentido, Cláudio Bonatto afirma:

A vulnerabilidade é um conceito de direito material e geral, enquanto a hipossuficiência corresponde a um conceito processual e particularizado, expressando aquela situação a dificuldade de litigar, seja no tocante à obtenção de meios suficientes para tanto, seja no âmbito da consecução das provas necessárias para demonstração de eventuais direitos. (BONATTO, 2003, p. 46)

Como se percebe, os três aspectos de vulnerabilidade, freqüentemente, coincidem, porém, basta que apenas um deles se manifeste para que se conclua que a pessoa é consumidora, nos termos da lei.

É nos aspectos de vulnerabilidade e de hipossuficiência que surge a relação de consumo, sendo que a aplicação do direito do consumidor é essencial nesse tipo de relação, sob pena de o consumidor sofrer ainda mais no mercado de consumo.

1.6.2.2 Princípio da informação

O princípio da informação está consagrado no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, da seguinte forma:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

De acordo com Antônio Carlos Efig (2008), esse princípio pode ser considerado ponto fundamental da Política Nacional de Relações de Consumo. Em sua opinião:

A educação caminha junto com a informação, e estas almejam a efetiva proteção e defesa do consumidor. Desta forma, quanto mais desenvolvido o sistema educacional, maior a possibilidade de se concretizar o fim pretendido por estes institutos. À medida que a sociedade de consumo passa a ser informada, suas chances de defesa e obtenção de tutela aumentam em proporção igual ou superior. (EFING, 2008, p. 106)

Logo, o princípio da informação serve para resguardar os direitos dos consumidores como se observará posteriormente.

1.6.2.3 Princípio da boa-fé

De acordo com Cláudia Lima Marques,

A grande contribuição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) ao regime das relações contratuais no Brasil foi ter positivado normas

específicas impondo o respeito à boa-fé na formação e na execução dos contratos de consumo, confirmando o princípio da boa-fé como um princípio geral do direito brasileiro, como linha teleológica para a interpretação das normas de defesa do consumidor (artigo 4º, III, do CDC), como cláusula geral para a definição do que é abuso contratual (artigo 51, IV do CDC), como instrumento legal para a realização da harmonia e equidade das relações entre consumidores e fornecedores no mercado brasileiro (artigo 4º, I e II, do CDC) e como novo paradigma objetivo limitador da livre iniciativa e da autonomia da vontade (artigo 4º, III, do CDC combinado com artigo 5º, XXXII, e artigo 170, *caput* e inc. V, da Constituição Federal. (MARQUES, 2006a, p. 134)

Surge, assim, no Direito do Consumidor, o princípio da boa-fé, como cláusula geral. Pode-se dizer que possui um *status* mais elevado do que a norma, é um mandamento nuclear, cujo desrespeito afeta todo o sistema jurídico consumerista.

Em decorrência da inclusão desse princípio, existe a obrigatoriedade, entre os contraentes, da adoção da cláusula geral de boa-fé, que, invariavelmente, deve existir em todos os contratos de consumo, mesmo que não tenha sido inserida expressamente nos instrumentos contratuais que regem a relação contratual.

Para Antonio Carlos Efig (2002), esse princípio deve ser considerado o mais importante do Código de Defesa do Consumidor, sendo que deve ser seguido pelas partes na relação de consumo.

Esse princípio traz consigo a idéia de regra padrão de conduta, o qual se refere à conduta que se espera das partes contratantes e que deve ser pautada na cooperação, no respeito, na informação, na lealdade.

Em assim sendo, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé objetiva possui diversas finalidades na contratação contemporânea.

Neste sentido, Cláudia Lima Marques argumenta:

O princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos e 3) na concreção e interpretação dos contratos. (MARQUES, 2006a, p. 124-125)

Constata-se que a primeira função é criadora, uma vez que a adoção do princípio da boa-fé objetiva cria novos deveres de conduta anexos aos deveres decorrentes da prestação contratual.

A segunda função é a de limitar a existência de cláusulas abusivas, que porventura possam reduzir a liberdade de um dos contratantes.

Por fim, a terceira função é a interpretativa, segundo a qual o princípio da boa-fé objetiva é de fundamental importância para a interpretação de um contrato.

Em suma, pode-se dizer que a doutrina da boa-fé objetiva é caracterizada como um dever de agir conforme determinados parâmetros socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade e transparência.

A margem de discricionariedade da atuação privada é reduzida, uma vez que, o sujeito, para a consecução de seus objetivos individuais, precisa agir com lealdade, observando e respeitando não só os direitos e deveres decorrentes da relação contratual, mas também os deveres anexos.

1.6.2.4 Princípio da confiança

Neste momento, será feito um exame perfunctório do princípio da proteção da confiança do consumidor, pois o terceiro capítulo deste trabalho é destinado exclusivamente à análise da confiança nas relações de consumo celebradas através da *Internet*.

Esse princípio tem a finalidade de resguardar as legítimas expectativas das partes que celebraram o contrato, tais como eram no momento da formação do vínculo contratual.

Segundo Cláudia Lima Marques (2002), o princípio da confiança, instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), abrange dois aspectos, quais sejam: a proteção da confiança no vínculo contratual e a proteção da confiança na prestação contratual.

Portanto, a confiança assegurará o equilíbrio do contrato de consumo e, simultaneamente, garantirá ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido.

1.6.2.5 Princípio da transparência

O princípio da transparência está positivado no ordenamento jurídico pátrio no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, no seguinte sentido:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Em assim sendo, o princípio da transparência assegura ao consumidor a plena ciência da exata extensão das obrigações assumidas perante o fornecedor, devendo o fornecedor transmitir efetivamente ao consumidor todas as informações indispensáveis à decisão de consumir ou não o produto ou serviço, de maneira clara, correta e precisa.

1.6.3 Contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor

Há muito tempo, já se falava em contratos de adesão no ordenamento jurídico brasileiro, contudo não existia nenhuma norma específica que disciplinasse tais contratos.

Com o advento do CDC, houve a definição da figura dos contratos de adesão, em seu artigo 54, como se observa a seguir:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Evidenciou-se, mais uma vez, que se trata de um contrato com peculiaridades próprias, uma vez que as cláusulas são estabelecidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, não existindo qualquer possibilidade de o consumidor estabelecer uma tratativa preliminar a respeito das condições contratuais. Ao consumidor cabe, apenas, aceitar o bloco de condições impostas, ou não contratar.

Para Antônio Carlos Efig (2008), o fato de o consumidor aceitar o bloco de condições impostas no contrato, não significa que ele tem o pleno conhecimento de seu conteúdo, nem que esteja de acordo com todas as cláusulas contratuais. Ocorre que, em diversas situações, o consumidor não poderá recusar-se a assinar um contrato, em razão da necessidade de determinada contratação.

Diante dessa realidade imposta pelos contratos de adesão, o Código, em seus parágrafos, tentou criar parâmetros para a atuação do fornecedor, a fim de limitá-la, como será observado a seguir.

O parágrafo 1º do artigo 54 prevê que “a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato”.

Antônio Carlos Efiging (2008) assevera que, muitas vezes, os contratos de adesão são apresentados ao consumidor mediante formulários, nos quais existem espaços em branco, para a inserção de dados específicos de cada contratação. Tais inserções não alteram a natureza dos contratos de adesão e nem deixam de submetê-los às observâncias do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Por sua vez, o parágrafo 2º do artigo 54 prescreve que “nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor”. Assim, nos contratos de adesão em que a cláusula resolutória estiver inserida, a resolução ou não do contrato fica a cargo do consumidor.

Ainda, os parágrafos 2º e 3º dispõem:

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Tais regras tratam de aplicação direta dos princípios da transparência, da boa-fé e da informação.

Deve-se lembrar que o artigo 51 do CDC apresenta um rol de cláusulas abusivas, as quais acarretam a nulidade dos contratos de adesão, quando presentes.

1.6.3.1 Contratos de adesão X contratos por adesão

Cabe ressaltar a distinção existente entre o contrato de adesão e o contrato por adesão.

Ao analisar a distinção existente entre os contratos de adesão e os contratos por adesão, Plínio Larcercda Martins (2002) afirma que o artigo 54 do Código de

Defesa do Consumidor uniformizou ambas as espécies, ao definir que o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente; e, por sua vez, o contrato por adesão é aquele cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços.

Nos contratos de adesão, portanto, o consumidor perde a faculdade de aceitar ou não o bloco de condições impostas no contrato, uma vez que não pode se recusar a assinar um contrato por causa de uma condição imposta que não lhe seja conveniente, em razão da necessidade de determinada contratação.

Pode-se dizer, então, que o consumidor adere compulsoriamente às disposições contratuais dispostas no contrato de adesão, independentemente de sua vontade, enquanto que, nos contratos por adesão, o consumidor adere ao bloco de condições impostas, conforme sua conveniência e interesse.

Segundo Antônio Carlos Eving (2008, p. 232), “contratos por adesão, finalmente, são os contratos que contêm demais estipulações unilaterais, mas cujas cláusulas não são irrecusáveis pelo aderente”.

Em assim sendo, a característica comum entre os contratos de adesão e os contratos por adesão, é a aderência, pelo consumidor, a cláusulas e condições impostas unilateralmente pelo fornecedor. E a distinção consiste no fato de que, no contrato por adesão, o consumidor possui absoluta liberdade de contratar ou não e, no contrato de adesão, o consumidor é obrigado a aceitar o bloco de condições impostas no contrato, ou deixar de contratar.

Ressalta-se que a distinção existente entre contratos de adesão e contratos por adesão se aplica tanto ao contratos celebrados à luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC), como para aqueles contratos de adesão entre particulares, que guardam observância aos preceitos do Código Civil de 2002.

2 CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

2.1 A INTERNET E O SURGIMENTO DA CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA DE CONSUMO

No capítulo anterior demonstrou-se que a evolução socioeconômica somada à Revolução Industrial ocasionou uma transformação na sociedade, que teve reflexos no Direito.

No campo do direito contratual, houve o surgimento das contratações em massa e a substituição da concepção clássica pela concepção social de contrato.

Ocorre que a sociedade não é estática e continua a passar por constantes alterações. Uma das relevantes novidades, que influenciaram o Direito, nos últimos tempos, foi o aparecimento da *Internet*.

Segundo Maria Eugênia Finkelstein (2008), a origem da *Internet* se relaciona a um projeto militar norte-americano, da década de 1960, denominado de *Arpanet*, que criou um sistema para interligar os centros universitários de pesquisa e o Pentágono, a fim de que pudessem ser realizadas trocas de informações seguras.

Foram efetivados diversos aprimoramentos no sistema inicial, até que em 1989, como preleciona Liliana Minardi Paesani (2006), ocorreu a criação do *world wide web* (*www* ou *w3*), método que permitiu a busca de informações e de dados na *Internet*.

Gustavo Testa Corrêa (2002) afirma que o *world wide web* acabou por popularizar a utilização da *Internet*, por meio da criação de um protocolo (padrão universal), que permite o acesso de qualquer computador ligado à rede.

Atualmente, a *Internet*⁶ pode ser definida, utilizando-se os ensinamentos de Ricardo Lorenzetti (2004), como uma rede internacional de computadores interligados que permite a comunicação e a troca de informações no mundo todo.

⁶ De acordo com a Jailson Araújo, conforme definição da Embratel, “a *Internet* é uma rede de computadores de abrangência mundial que engloba milhares de outras redes menores. Por isso, é conhecida como a “rede das redes”. Com uma imensa variedade de computadores conectados permite que, diariamente, milhões de usuários espalhados pelo mundo troquem informações. Há um grande número de entidades (empresas, organizações, entidades acadêmicas, de pesquisa e de governo) e usuários (pesquisadores, estudantes, profissionais liberais, empresários, funcionários, etc.) conectados, permitindo a troca de informações e experiências no mais diversos assuntos, integração de processos, disponibilização e utilização de aplicações, bases de dados, etc. (ARAÚJO, 2002, p. 100)

Em 1988, como assevera Valéria Elias de Melo Gregores (2006), esse fenômeno chegou ao Brasil, em um primeiro momento, restrito exclusivamente ao meio acadêmico, sendo que, a partir de 1993, deixou de ser uma instituição de natureza apenas acadêmica e passou a ser explorada comercialmente, também, para o fornecimento de produtos e serviços diversos.

A partir daí, a *Internet* propiciou a ocorrência de relações jurídicas em um novo meio, que se convencionou chamar de ambiente virtual ou “ciberespaço”, por meio do qual, diariamente, inúmeras pessoas têm a possibilidade de navegar em diversos *sítes*, por todo o mundo, tendo acesso a informações, bens, produtos e serviços em tempo real.

Logo, existindo, um computador conectado à rede, poderá ocorrer à comunicação, a troca de informações, e, também, a concretização de negócios.

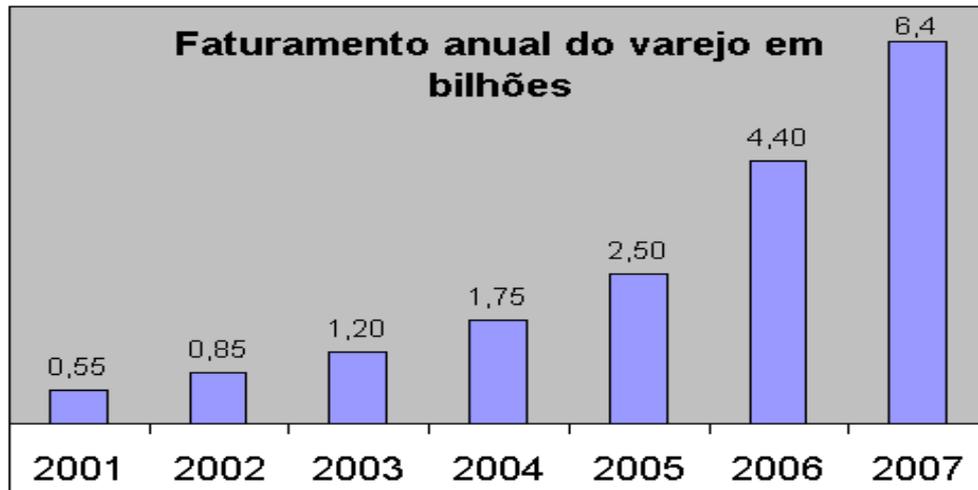
Com o desenvolvimento dessa rede mundial de computadores, a possibilidade de celebração de contratos pelos meios eletrônicos se tornou uma realidade contemporânea, em que tudo se pode adquirir, de produtos a serviços, de vestuário a utensílios domésticos, de um simples sabonete à lista inteira de compras em um supermercado, de um ingresso para o teatro a um *tour* pelo mundo, incluindo passagem de avião, passeios turísticos, hotéis, dentre outros. Assim, surgiu o comércio eletrônico, uma das modalidades de negócio jurídico realizado através da *Internet*.

Nos últimos anos, as contratações para fins consumeristas efetivadas por meio da *Internet* alcançaram níveis significativos perante a economia nacional, conforme se demonstra pelos dados⁷ a seguir:

⁷ Dados obtidos no *site* www.e-commerce.org.br, referente à pesquisa sobre a evolução do faturamento dos *sítes* e lojas virtuais, em virtude do aumento das transações de compra e venda eletrônica, na qual não se considera as vendas de automóveis, passagens aéreas e leilões on-line. Dados obtidos em 07/07/2008.

Tabela 1

EVOLUÇÃO VAREJO ON-LINE – Pesquisa e-Bit



Em consequência do surgimento da *Internet*, ocorreu uma nova transformação nas relações jurídicas, uma vez que a rede mundial de computadores proporcionou um novo meio para a celebração de contratos de compra e venda. Em menos de 10 anos, ocorreu um aumento de quase 6 (seis) bilhões de reais despendidos em compras através do meio eletrônico, com forte tendência de crescimento.

Vive-se uma nova realidade advinda das transformações tecnológicas, pois a *Internet* criou uma nova maneira de contratar. Ocorre que ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma regulamentação específica sobre o tema, sendo, portanto, aplicável aos contratos eletrônicos de consumo, no que couber, a legislação existente por analogia.

Em assim sendo, as relações de consumo celebradas pela *Internet* não ficam desamparadas juridicamente pelo fato de não existirem leis próprias de proteção a essa modalidade de comércio, pois, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é o instrumento hábil a dirimir eventuais conflitos decorrentes dessas relações.

A partir deste momento, faz-se necessário, um estudo pormenorizado do fenômeno jurídico e econômico denominado “contratos eletrônicos de consumo”, oriundo do desenvolvimento tecnológico e social, que teve e tem reflexos sobre o mundo jurídico.

2.2 CONCEITO DE CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os contratos eletrônicos, assim como os contratos tradicionais, podem ser definidos como simples negócios jurídicos, de natureza bilateral ou plurilateral, que dependem, para sua formação, do encontro de vontades das partes interessadas, gerando, para estas, uma obrigação de natureza patrimonial.

Os requisitos à formação dos contratos eletrônicos são os mesmos aplicáveis a todos as demais espécies contratuais, quais sejam: capacidade das partes, objeto possível, forma prescrita ou não defesa em lei e consentimento.

Embora se evidenciem as similitudes existentes entre os contratos tradicionais e os eletrônicos, há uma diferença essencial entre essas modalidades de contratação.

Aquilo que diferencia um contrato tradicional de um contrato eletrônico é somente a sua formação, ou seja, a forma da apresentação do consentimento, de aperfeiçoamento do negócio, e, por consequência, sua prova, tanto judicial, como extrajudicial. (GREGORES, 2006, p. 37)

Tal distinção decorre do meio em que cada contrato é celebrado. Newton de Lucca (2001) ressalta que não se trata de uma nova modalidade contratual no âmbito da teoria geral dos contratos, mas sim de uma modalidade na qual o contrato é celebrado através da utilização de um meio eletrônico.

Nesse mesmo sentido, Ricardo Lorenzetti (2004) afirma que o contrato eletrônico é caracterizado pelo meio que é empregado para a sua celebração, cumprimento ou execução.

Portanto, enquanto, no contrato tradicional, existe a materialidade, uma vez que a proposta e a aceitação são manifestadas e registradas mediante tinta sobre o papel, no contrato eletrônico as mesmas manifestações de vontades são realizadas por meio da transmissão e recepção eletrônica de mensagens, como afirma Márcio Merkl (2005).

Segundo Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007), o termo eletrônico refere-se ao meio utilizado pelas partes para formalizar o contrato. Assim, quando o computador é o meio utilizado para a manifestação e instrumentalização da vontade das partes na realização de um negócio jurídico, pode-se dizer que foi celebrado um contrato eletrônico.

O posicionamento de Katya Regina Isaguirre (2001) é similar, ao afirmar que o contrato eletrônico recebe essa denominação porque é praticamente virtual, uma vez que é criado através da *Internet*.

Corroborando o entendimento de que os contratos eletrônicos têm como característica o fato de serem celebrados por meio de transmissão eletrônica de dados, Fábio Ulhoa Coelho (2000, p. 37) menciona: "A manifestação de vontade dos contratantes (oferta e aceitação) não se veicula nem oralmente, nem por documento escrito, mas pelo registro virtual (isto é, despapelizado)."

Diante do exposto, o conceito proposto por Erica Brandini Barbagalo sintetiza o essencial a respeito dos contratos eletrônicos.

(...) definimos os contratos eletrônicos como os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguírem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si. (BARBAGALO, 2001, p. 37)

Não restam dúvidas de que os contratos eletrônicos são válidos e plenamente aceitos pelo Direito. Além disso, não há qualquer dúvida, no que tange à aplicabilidade da legislação pátria a esse novo meio de contratação, pois o meio é eletrônico e não o contrato em si.

2.2.1 Distinção entre contratos informáticos e contratos eletrônicos

Segundo Antonio Lindberg Montenegro (2003, p. 122), "é possível distinguir contratos que têm por objeto bens e serviços relacionados a equipamento e programas de informática daqueles outros que visam a utilização desta como meio de contratação".

Constata-se que o termo "meio", que tem a função de individualizar e caracterizar os contratos eletrônicos, possui duas significações, podendo ser entendido tanto em seu sentido *lato*, como em seu sentido *stricto*.

Em decorrência desse duplo sentido, evidencia-se a distinção existente entre os contratos informáticos e os contratos eletrônicos.

Quando o termo “meio” é utilizado em seu sentido *lato*, ocorre a materialização dos contratos informáticos, os quais envolvem a prestação de um serviço tecnológico.

Conforme expressa Carlos Alberto Soto Coaguila (2008), os contratos informáticos podem ser definidos como os contratos que têm por objeto bens ou serviços de informática, celebrados por qualquer que seja o meio, informático ou não. Nesses contratos o objeto sempre estará relacionado a uma atividade tecnológica, mas o meio pode ser o eletrônico ou não.

Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007) aponta os seguintes exemplos de contratos informáticos: contratos de fornecimento de conteúdos a *website*, contratos de desenvolvimento de *website*, contratos de criação e veiculação de anúncios publicitários na *Internet*, contratos de compra e venda de domínios na *Internet*, entre outros.

Por sua vez, quando o termo “meio” é utilizado em sentido *stricto*, evidencia-se um contrato eletrônico, o qual apenas utiliza o meio eletrônico para a realização do contrato, independentemente do objeto contratado.

Nesse sentido, César Viterbo Matos Santolim (1995) define os contratos eletrônicos como negócios jurídicos bilaterais que apenas se utilizam da *Internet* como um meio responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual.

Conclui-se, portanto, que a utilização da *Internet* é a característica que define um contrato como sendo "eletrônico".

2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os contratos eletrônicos, de uma forma geral, nos quais se incluem tanto os contratos civis como os de consumo, guardam observância tanto a princípios do direito contratual civil, como do direito do consumidor, todos já analisados no capítulo anterior.

Ressalta-se que a Lei Modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico⁸, introduziu alguns princípios a serem aplicados nas contratações eletrônicas.

Segundo Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007), as contratações eletrônicas devem ser analisadas à luz dos princípios da equivalência funcional, da neutralidade e da perenidade e da conservação, dentre os quais destaca-se o princípio da equivalência funcional.

Sobre o princípio da equivalência funcional, Fábio Ulhoa Coelho (2000), assevera que esse princípio visa assegurar ao contrato eletrônico a mesma validade atribuída ao contrato tradicional, afirmando que o registro magnético cumpre igual finalidade a do papel. Portanto, os contratos eletrônicos devem ser considerados válidos e eficazes.

2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Entendido que os contratos eletrônicos não devem ser considerados uma nova modalidade contratual, mas, sim, uma forma de celebração das já conhecidas espécies contratuais, cuja única distinção é a utilização da *Internet* para a sua concretização, impende-se que se estudem as formas de contratação eletrônica, por meio da análise da classificação que vincula o grau de interação existente entre as pessoas e os computadores.

2.4.1 Classificação quanto ao grau de interação entre as pessoas e os computadores

A classificação foi inicialmente proposta por Manoel Santos e Mariza Rossi (2000), sendo adotada e aperfeiçoada por Barbagalo (2001). Os contratos eletrônicos são divididos em: intersistêmicos, interativos e interpessoais.

⁸ Em 1966 foi criada a UNCITRAL, Comissão de Direito Comercial Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU), da qual o Brasil é membro, cujo lema parece ser "Uma Lei de Comércio para um Mundo de Comércio", uma vez que promove o alinhamento internacional de legislação comercial, criando modelos de propostas de leis para eventual adoção em países membros. Nesse diapasão, em 1996, a UNCITRAL publicou seu modelo de lei de comércio eletrônico, que trata da validade de documentos e assinaturas digitais.

2.4.1.1 Contratos eletrônicos intersistêmicos

Os contratos eletrônicos intersistêmicos, preponderantemente, são celebrados por pessoas jurídicas em suas relações comerciais de atacado, através da utilização de sistemas fechados que contêm aplicativos pré-programados, estando ausente a ação humana no momento em que a comunicação entre as partes ocorre. Assim, pode-se dizer que se trata de uma contratação efetivada máquina-máquina.

Nesse sentido, Marco Gomes da Silva Bruno (2001) afirma que os contratos intersistêmicos são aqueles estabelecidos entre sistemas aplicativos previamente programados, sem que haja qualquer ação humana. Nesses contratos, a *Internet* é apenas um meio de convergência das vontades pré-determinadas, estabelecidas em uma negociação anterior. A principal característica desses contratos é que as partes se utilizam das redes de comunicação apenas como uma ferramenta de instrumentalização de um acordo de vontades pré-existente, resultante de uma negociação preliminar.

Nessa modalidade de contratação, destaca-se a utilização do *Electronic Data Interchange (EDI)*⁹, que permite, através da utilização de protocolos ou padrões de documentos, o intercâmbio, a transmissão e a recepção de dados entre vários computadores que estejam interconectados em um sistema aplicativo fechado pré-programado.

Conforme expõe Cesar Viterbo Matos Santolim (2005), os contratos intersistêmicos celebrados por meio da utilização de redes fechadas de computador, através do *EDI*, configuram o comércio eletrônico entre partes não-consumidoras, ou seja, onde não se evidencia uma relação de consumo, pois se tratam de relações entre pessoas jurídicas, onde ambas as partes desenvolvem atividades de fito lucrativo.

⁹ Segundo Manoel Santos e Mariza Rossi (2000), uma operação comercial de EDI se estabelece quando ocorre a comunicação entre o sistema de compras de uma empresa e o sistema de vendas de outra empresa. Nesta comunicação, documentos eletrônicos de pedido com ou sem autorização de fornecimento, aceitação, fatura e outros registros são trocados entre os sistemas das empresas. Contudo, para que isto ocorra, as empresas devem ter em conjunto aplicativos previamente programados. Reduz-se, assim, os papéis e os potenciais erros humanos.

2.4.1.2 Contratos eletrônicos interpessoais

Os contratos eletrônicos interpessoais se destacam por existir uma comunicação direta entre as partes, que podem ser tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, através da utilização de um computador, ou seja, é uma contratação efetivada pessoa-pessoa.

Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi (2000) afirmam que a característica essencial desses contratos é a necessidade de ação humana, tanto no momento da emissão da mensagem que dará origem a primeira manifestação de vontade contratual (proposta), como no momento da emissão da mensagem de aceitação da primeira. Ou seja, as manifestações de vontade que darão origem ao contrato ocorrem, cada uma ao seu turno, no momento da transmissão da mensagem eletrônica.

Segundo Erica Brandini Barbagalo (2001), os contratos eletrônicos podem ser: interpessoais simultâneos, quando as partes estão ao mesmo tempo *on line* e manifestam suas vontades, simultaneamente, ou em curto lapso de tempo e interpessoais não-simultâneos, quando há um lapso temporal maior entre a declaração e a recepção da manifestação da vontade.

Como exemplo de contratos eletrônicos simultâneos, citam-se aqueles celebrados em *chats* ou em videoconferências. Por sua vez, os contratos celebrados por *e-mail* classificam-se como contratos eletrônicos interpessoais não-simultâneos. Ressalta-se que estão enquadrados nesta última classificação os casos em que a *homepage* não oferece recursos de aceitação automática da oferta, porém fornece um *e-mail* para contato. Quando se oferece um *e-mail* para que a parte manifeste a sua vontade, constata-se que não são possíveis as declarações simultâneas de vontade e, em decorrência, o contrato, embora eletrônico na sua formação, será classificado como interpessoal e celebrado entre ausentes, uma vez que a formação ocorrerá apenas quando o aceitante enviar o e-mail com a sua declaração de vontade.

2.4.1.3 Contratos eletrônicos interativos

Por fim, os contratos eletrônicos interativos são aqueles utilizados pelo comércio eletrônico de consumo, nos quais existe a comunicação entre uma pessoa e um sistema aplicativo previamente programado.

Segundo Barbagalo (2001), este é o modo mais usual de contratação através de um computador conectado à *Internet*. A parte interessada em celebrar a contratação utiliza-se de um *website* da *world wide web* disponibilizado em rede aberta de computadores, para interagir com um sistema previamente programado e destinado ao processamento eletrônico de informações ofertado por um fornecedor, sem que este esteja, ao mesmo tempo, conectado e sem que tenha ciência imediata de que o contato foi efetuado, equiparando-se, assim, aos contratos a distância porque realizados por intermediação do computador, sem que as partes estejam simultaneamente presentes no momento da contratação.

Nessa modalidade de contratação, uma loja virtual ou um *site*, mantém, permanentemente, a oferta de produtos, serviços e informações. Cabe, aos interessados, selecionar as ofertas previamente disponibilizadas que lhes interessem e, mediante um clique confirmatório, declarar a sua aceitação ao contrato.

A respeito das contratações interativas, Manoel Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi expõem:

O sistema aplicativo em questão funciona como uma espécie de vitrine e de loja ou estabelecimento virtual. Peculiariza-se por estar previamente programado para exibir produtos, serviços, informações ou outros itens oferecidos comercialmente aos interessados que o venham a acessar. Em termos jurídicos, a partir do momento que o sistema aplicativo dessa natureza é colocado a disposição num ambiente eletrônico de rede, pode-se considerá-lo como uma oferta.

O adquirente dos produtos ou serviços eletronicamente ofertados, por seu turno, estaria expressando sua vontade quando, após acessar o sistema aplicativo e com ele interagir (verificar os itens oferecidos, escolher aqueles que lhes interessam adquirir, preencher os campos de dados, etc.), preenche o campo eletrônico que solicita a indicação de sua plena aceitação aos termos e condições de fornecimento constantes da oferta. (SANTOS e ROSSI, 2000, p. 112)

Ainda, sobre os contratos interativos, Sheila do Rocio Cercal Santos Leal assevera:

Este tipo de contrato é também conhecido como contrato por clique ou *clikwrap*, pois, com um simples clicar de *mouse*, o consumidor confirma na

tela do monitor do computador a sua concordância com os termos da contratação. Usualmente, aparecem na tela os termos, concordo, aceito, *ok* ou equivalentes, os quais, ao serem acionados, ao menos serviriam para demonstrar que o leitor tomou ciência dos termos e condições do contrato. O teor de todas as cláusulas e condições é pré-estabelecido unilateralmente pelo fornecedor (ofertante), restando ao consumidor aceitá-las ou não. Caso não acate o conteúdo, poderá apenas recusá-lo, mas não poderá discuti-lo adaptando-o às suas necessidades. (LEAL, 2007, p. 87)

Pode-se dizer, portanto, que na celebração de contratos eletrônicos interativos ocorre a celebração de contratos de adesão, pois o consumidor apenas adere à oferta proposta pelo fornecedor.

2.5 DISTINÇÃO ENTRE O CONTRATO ELETRÔNICO CIVIL E O DE CONSUMO

Em tópicos anteriores, constatou-se que os contratos eletrônicos apenas se diferenciam dos contratos tradicionais em virtude de serem celebrados por meio eletrônico, ou seja, pela via da *Internet*.

O contrato tradicional civil pode ser definido, segundo Maria Helena Diniz (2004), como o acordo de vontades entre duas pessoas físicas ou jurídicas, particulares, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Por sua vez, o contrato tradicional de consumo pode ser definido como o acordo de vontade entre duas partes ou mais, sendo que, uma delas, o fornecedor, celebra tais contratos com a característica da habitualidade.

Se o contrato tradicional possui diversas modalidades contratuais, destacando-se os contratos de natureza civil e os de natureza consumerista, o mesmo ocorre com os contratos eletrônicos, os quais possuem tanto contratos civis como consumeristas, uma vez que são contratos tradicionais com a particularidade de serem celebrados através da *Internet*.

Faz-se necessário distinguir os contratos celebrados na *Internet* que se caracterizam por serem uma relação pessoal entre as partes daqueles que se formam a partir de uma relação em massa.

Pode-se afirmar que os contratos civis são as negociações eletrônicas interpessoais e as intersistêmicas, nas quais é possível a identificação das partes envolvidas na celebração do contrato e a discussão das cláusulas contratuais.

Por sua vez, os contratos de consumo são aqueles representados pelos contratos interativos, nos quais as cláusulas estão prévia e unilateralmente impostas, sem qualquer possibilidade de discussão.

Entre as várias possibilidades de contratações a serem realizadas por meio da *Internet*, este último fenômeno, que configura uma relação jurídica de consumo de adesão é o que interessa para os objetivos deste trabalho.

2.6 MODALIDADES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS NA INTERNET

Partindo da visão exposta no tópico anterior, observa-se que existem diversas espécies de negócios jurídicos que são celebrados através da *Internet*, diferenciando-se, uns dos outros, pela natureza da relação jurídica e pela qualidade das partes envolvidas na contratação.

A seguir, apresenta-se um breve relato sobre as modalidades existentes de negócios jurídicos celebrados na *Internet*.

2.6.1 *Business to business*

A primeira modalidade é o *business to business*, mais conhecido como B2B, que representa uma relação estabelecida entre dois empresários ou duas empresas.

Segundo Petrus Tybur Junior (2005), nas contratações realizadas sob a modalidade B2B, as empresas não atuam enquanto fornecedor de um lado e consumidor de outro, mas, atuam dentro de uma relação de direito privado.

Nessa modalidade, as empresas organizam-se criando canais de comunicação próprios, dos quais participam os parceiros comerciais, dando origem aos mercados virtuais (*e-marketplaces*), que são os *sites* que reúnem toda a cadeia produtiva em um único local, ligando os fornecedores aos seus distribuidores conforme afirma Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007).

Assim, pode-se dizer que as contratações B2B são relações civis típicas, mais especificamente, relações empresariais.

2.6.2 *Business to consumer*

Por sua vez, segundo Ricardo Lorenzetti (2004), a contratação eletrônica sob a modalidade B2C, ou *business to consumer*, também denominada de *e-commerce* ou comércio eletrônico, refere-se a uma relação consumerista, entre uma empresa fornecedora e um consumidor, por meio de *sites* disponíveis na rede mundial de computadores.

Tal relação pode ser desenvolvida tanto entre empresa fornecedora e uma pessoa física, como entre a empresa fornecedora e uma pessoa jurídica, estando essas pessoas na qualidade de consumidor de produtos ou serviços.

Em regra, essa modalidade é operacionalizada por meio da compra e venda de mercadorias e serviços, físicos ou não, por meio eletrônico, entre as lojas virtuais e os consumidores finais, de acordo com Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007).

Para atingir os objetivos do presente trabalho, essa é a modalidade mais importante de contrato eletrônico celebrado através da *Internet*, pois se trata de uma relação de consumo, na qual estão presentes as figuras do consumidor e do fornecedor, os quais se relacionam em virtude de um produto ou serviço.

2.6.3 *Consumer to consumer*

As contratações eletrônicas celebradas sob a forma *consumer to consumer*, recebem a denominação C2C.

Nesses contratos, as partes celebram negócios jurídicos, geralmente por meio da intermediação de um agente. Ocorre que, em tais transações, não estão presentes a habitualidade e o caráter empresarial e, portanto, os contratos C2C se referem às relações civis e pessoais realizadas entre pessoas físicas ou jurídicas.

Um exemplo dessa modalidade de contratação são as avenças celebradas entre duas pessoas físicas ou jurídicas, para a compra e venda de um carro usado, através da troca de *e-mails* ou um *site* de classificados.

Ressalta-se que, embora a modalidade seja denominada *consumer to consumer*, na maioria dos casos, não apresenta as características essenciais que definem uma relação como sendo de consumo, pois falta o requisito essencial da relação, que é a vulnerabilidade de uma parte em relação à outra.

2.6.4 *Business to government e consumer to government*

A contratação eletrônica não atingiu apenas o setor privado, mas também as esferas do Poder Público. Um exemplo é a existência dos negócios jurídicos *business to government*, B2G e dos negócios *consumer to government*, C2G, celebrados entre o particular, pessoas físicas ou jurídicas, e a Administração Pública, por meio da utilização da *Internet*.

Em assim sendo, o cidadão se beneficia da prestação de serviços públicos através da *Internet*.

Como exemplo, pode-se citar a obtenção de certidões digitais junto a diversos órgãos públicos, nas mais diversas esferas de poder.

2.6.5 *Government to government*

Por fim, a última modalidade admissível de negócios jurídicos celebrados por meio da *Internet* são os negócios eletrônicos restritos ao âmbito da administração pública, os quais são denominados de *government to government* ou G2G.

Nessa modalidade, não se deve falar em contratação eletrônica, mas sim em atos administrativos praticados dentro da esfera eletrônica.

2.7 CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO – *E-COMMERCE*

Diante do exposto nos tópicos anteriores e com o intuito de limitar o objeto de análise desta dissertação, a partir deste momento, serão analisados apenas os contratos eletrônicos interativos *business to consumer*, ou seja, os contratos que, preponderantemente, operacionalizam a existência do comércio eletrônico¹⁰.

¹⁰ De acordo com Cláudia Lima Marques, o comércio eletrônico pode ser definido: (...) como sendo uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica. De maneira ampla, podemos visualizar o comércio eletrônico como um novo método de fazer negócios através de sistemas e redes eletrônicas. *Lato sensu*, pois o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a *Internet*, englobando as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriormente à venda ou à contratação. (MARQUES, 2004a, p. 35)

Em assim sendo, quando for tratado sobre contrato eletrônico, será feita referência ao contrato interativo celebrado entre um consumidor e um fornecedor, o qual pode ser definido, segundo Ligia Maura Costa (2002), como todo e qualquer negócio realizado via *Internet*, tendo por um lado uma pessoa física ou jurídica, na qualidade de produtora, fabricante, fornecedora que se utiliza do meio eletrônico para a celebração de contratos e, por outro, o consumidor, destinatário final dos respectivos produtos ou serviços, que tem a finalidade de operacionalizar o *e-commerce*.

Nesse sentido, Ângelo Volpi Neto (2001) afirma que “o comércio eletrônico pode ser definido no sentido amplo como a compra e venda de quaisquer bens, produtos ou serviços que tenham sido ofertados, solicitados, enviados ou pagos por meio da *Internet*”.

Corroborando esse entendimento, Oliver Iteanu (1996) pondera que o comércio eletrônico caracteriza-se pela oferta feita de modo audiovisual por uma rede internacional de comunicações e pela interatividade entre profissional e cliente, de modo que este manifesta a sua aceitação por meio de sinais eletrônicos, configurando, portanto, contratos de adesão, nos quais as cláusulas são unilateralmente formuladas e estipuladas pelo fornecedor, que podem ou não ser aceitas pelo consumidor.

Por sua vez, na concepção de Alexandre Libório Dias Pereira, o *e-commerce*

Traduz-se na negociação realizada por via eletrônica, através do processamento e transmissão eletrônica de dados, incluindo textos, sons, imagens. Entre tais negociações destacam-se as de bens e serviços, a entrega em linha de conteúdo multimídia, as transferências financeiras eletrônicas, o comércio eletrônico de ações, conhecimento de embarque eletrônico, leilões comerciais, concepção e engenharia de cooperação, contratos públicos, comercialização direta ao consumidor e serviços pós-vendas. (PEREIRA, 1999, p. 14)

Cláudia Lima Marques (2004a) menciona que uma característica peculiar dessa modalidade de contratação é que, muitas vezes, nesses contratos existe uma dificuldade em individualizar o fornecedor, seja porque ele não aparece, porque está inserido em uma longa cadeia, ou porque ele não existe territorialmente uma vez que existem diversos fornecedores que não possuem uma sede física.

Na prática, esses fornecedores continuam a existir, mas representados por computadores que reconhecem senhas, sinais, protocolos, como forma de

manifestação de vontade. Em consequência dessa maquinização, os consumidores ficaram tolhidos da possibilidade de estabelecer um efetivo acordo de vontades com os fornecedores.

A respeito do contato existente entre consumidor e fornecedor no comércio eletrônico, Ricardo Lorenzetti ensina:

Diz-se que não existe um consenso baseado na justaposição de vontades, mas sim em atos unilaterais de autonomia que se manifestam sem uma fusão de vontades. Já se observou que ocorre um acordo, mas não um contrato, não há um verdadeiro consenso, nem um diálogo, já um acordo deste tipo, como o contrato efetuado pelo meio eletrônico, caracteriza-se pela anulação da função da língua, passando-se do diálogo ao silêncio. Uma parte oferta e a outra escolhe, havendo uma solitária unilateralidade de duas decisões; o computador apresenta a superioridade do produto, da imagem; utiliza-se de uma linguagem técnica distinta da ordinária, isso pode influir na tarefa de interpretação, já que não seria possível aplicar os dispositivos legais referentes à hermenêutica contratual, aos contratos telemáticos e nem mesmo aos usos e costumes locais, levando-se em consideração que se emprega uma linguagem técnica e simbólica carecedora de ambigüidade, pressuposto inafastável da interpretação. (LORENZETTI, 2004, p. 277-278)

Diante do exposto, impende um estudo sobre essa nova realidade contratual, sobre os contratos de consumo virtuais B2C (*business to consumer*), nos quais os consumidores celebram contratos com programas previamente disponibilizados na *Internet* pelos fornecedores.

2.7.1 Relação jurídica de consumo na *Internet*

O comércio eletrônico se utiliza dos contratos para operacionalizar as relações jurídicas de consumo celebradas por meio da *Internet*, as quais possuem os mesmos elementos das relações de consumo tradicionais, que são: os sujeitos, o objeto e o vínculo obrigacional.

Portanto, pode-se dizer que as relações jurídicas de consumo concretizadas em ambiente virtual se caracterizam pela identificação de uma relação estabelecida entre as figuras do consumidor e do fornecedor, que se vinculam em virtude de um produto ou serviço disponibilizado em um *website* da *Internet* e dão origem ao *e-commerce*.

Nesse sentido, Flavio Alves Martins e Humberto Paim de Macedo (2002, p. 9) afirmam que o comércio eletrônico deve ser entendido como “toda relação jurídica

onerosa estabelecida para fornecimento de produto ou serviço, realizado por meio de uma rede de computadores”.

Nas relações jurídicas de consumo, tomando por base as conceituações apresentadas no capítulo anterior, pode-se afirmar que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica, incluindo aqueles que foram equiparados a consumidor por lei, que, através da *Internet*, manifestam a sua vontade, com o intuito de adquirir ou utilizar, como destinatário final, produtos ou serviços ofertados na rede mundial de computadores.

A caracterização do fornecedor estará sujeita à habitualidade no desenvolvimento das atividades. Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007) assevera que o fornecedor nos contratos eletrônicos via *Internet* é todo ente que provisione o mercado de consumo de produtos ou serviços, por meio eletrônico, através da rede mundial de computadores.¹¹

Conclui-se que relação jurídica existirá sempre que houver a contratação em virtude de um produto ou um serviço disponibilizado pelo fornecedor em um *website* da *Internet*.

2.7.2 Requisitos de validade dos contratos eletrônicos de consumo

Sabe-se que os contratos eletrônicos de consumo são uma das espécies existentes de contratos que possui particularidades que os diferenciam dos contratos em geral. Tais contratos devem, obrigatoriamente, ser válidos no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, devem observar os requisitos previstos em lei, sob pena das contratações eletrônicas serem consideradas nulas ou anuláveis.

Embora existam peculiaridades nas contratações eletrônicas de consumo, os requisitos para validade jurídica são os mesmos reputáveis aos contratos em geral, quais sejam: declaração hábil de vontade das partes, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei, destacados por Orlando Gomes (1998).

¹¹ Destaca-se a necessidade do fornecedor ser nacional para que ocorra a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, Erica Brandini Barbagalo assevera:

(...) para que tenham validade jurídica e surtam os feitos pretendidos pelas partes, os contratos eletrônicos, assim como quaisquer contratos, precisam ter presentes os requisitos que lhes asseguram a validade, como capacidade e legitimação das partes, objeto idôneo e licitude do objeto, forma prescrita ou não defesa em lei e consentimento. (BARBAGALO, 2001, p. 39)

Os contratos eletrônicos de consumo, portanto, devem preencher todos os requisitos aplicáveis às demais espécies de contratos, previstos no artigo 104 do Código Civil de 2002, expostos a seguir:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
 I – agente capaz;
 II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
 III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Ao analisar tais exigências, Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007) divide os requisitos dos contratos eletrônicos em: subjetivos, objetivos e formais, como será demonstrado nos tópicos a seguir.

2.7.2.1 Requisitos subjetivos

A semelhança do que ocorre com os contratos de uma forma geral, os contratos eletrônicos de consumo, também, têm como requisitos subjetivos a capacidade e a manifestação de vontade das partes.

Ocorre que existe certa dificuldade na verificação da ocorrência desses requisitos, em virtude da utilização do meio eletrônico para a formação do contrato.

Corroborando esse entendimento, Barbagalo afirma:

A verificação desses requisitos é dificultada pela característica, inerente aos contratos eletrônicos, de ser a declaração de vontade manifestada sem que as partes estejam uma perante a outra. Essa dificuldade, alias, verifica-se na maioria dos contratos firmados sem que as partes estejam fisicamente presentes. (BARBAGALO, 2001, p. 40)

Com o intuito de superar tais dificuldades inerentes ao meio em que esses contratos são celebrados, surgiram algumas técnicas e entendimentos doutrinários, como se observará a seguir.

2.7.2.1.1 Agente capaz

Os contratos eletrônicos de consumo, para serem considerados válidos, devem ser realizados por agente capaz, ou seja, por pessoas que têm aptidão para praticar os atos da vida civil.

A aquisição da capacidade plena para a prática dos atos da vida civil ocorre, apenas, com a cessação da menoridade civil, aos 18 anos de idade, de acordo com o artigo 5º do Código Civil de 2002, no seguinte sentido:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Logo, para que a celebração de um contrato eletrônico de consumo seja considerada válida, as partes devem estar dentro de suas faculdades mentais normais e ter no mínimo 18 anos de idade.

Ressalta-se que, a partir dos 16 anos de idade, momento no qual as pessoas adquirem capacidade relativa, elas estão autorizadas a realizar negócios jurídicos. Contudo, o contrato celebrado em que uma das partes tenha entre 16 e 18 anos, necessita ser assistido por seu responsável legal, sob pena de ser anulado, por ter sido celebrado por uma parte relativamente incapaz de praticar atos da vida civil, de acordo com os artigos 171, inciso I e 172 do Código Civil de 2002.

Ocorre que a verificação da presença desse requisito em um contrato eletrônico de consumo é de difícil averiguação, pois as partes não estão presentes, uma diante da outra, no momento da contratação, fato este que dificulta a identificação dos contratantes.

Para Newton de Lucca,

Questão fundamental que desponta na linha de frente das preocupações com a celebração dos contratos eletrônicos diz respeito à certeza da

identidade das partes contratantes. Como certificar-se que a pessoa situada no outro pólo da comunicação eletrônica seja quem diz ser? (LUCCA, 2001, p. 54)

Visando evitar tais questionamentos e solucionar o problema, adota-se a assinatura digital e os leitores biométricos, como meios de identificação dos agentes contratantes e para garantir segurança às contratações realizadas por meio eletrônicos.

2.7.2.1.1.1 Assinatura digital

Para que os contratos celebrados entre um fornecedor e um consumidor, por meio da *Internet*, tenham validade jurídica, foi criada a assinatura digital, com o objetivo de garantir a veracidade e a autenticidade do documento eletrônico.

Segundo Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007), a Lei modelo da UNCITRAL, precavendo-se contra a facilidade de adulteração dos documentos eletrônicos, determinou que eles necessitam ter o mesmo nível de segurança dos documentos escritos, a qual deve ser alcançada mediante a utilização de assinatura digital criptográfica.

Nesse sentido, Fabiele Behrens (2007) afirma que a assinatura digital permite a verificação da autenticidade do documento, e, ainda, tem a função de inibir a falsificação, a transferência, a duplicação de documentos eletrônicos

Ricardo Luis Lorenzetti, pondera:

A assinatura digital não é constituída por traços oriundos da mão do autor, mas por signos, chaves que a ele pertencem de maneira indubitável e que não podem ser falsificadas, nem utilizadas por terceiros. O fundamento técnico para que isso seja possível é a criptologia, a qual estuda ocultação, a dissimulação ou cifragem da informação e os sistemas que a permitem. (LORENZETTI, 2000a, p. 428)

Pode-se dizer que a assinatura digital é formada por uma série de letras, números e símbolos, sendo que somente pode ser realizada através da utilização de chaves públicas e privadas e tem como finalidade a identificação da parte contratante de forma inequívoca.

2.7.2.1.1.2 Tecnologia biométrica

Segundo Maurício Matte (2002, p. 46-47), “a verificação biométrica é um método automatizado pelo qual a identificação de um indivíduo é confirmada examinando-se uma característica fisiológica única e pessoal ou por meio de análise de características de comportamento”.

As técnicas biométricas, portanto são utilizadas, também, para aferir a capacidade das partes e garantir segurança às negociações realizadas em meio eletrônico.

Atualmente, utilizam-se os padrões de voz, o exame de retina e o escaneamento das impressões digitais¹² e da palma da mão.

2.7.2.1.2 Manifestação válida das partes

Para Kant (2003), o núcleo do contrato está na vontade das partes. Logo, a manifestação da vontade das partes é requisito essencial para a validade de um contrato eletrônico de consumo.

Segundo Ricardo Lorenzetti (2004), na celebração de um contrato eletrônico existem hipóteses em que a manifestação de vontade é constatada por meio de um consentimento pleno, outras em que há a adesão a condições predeterminadas e outras em que as partes se relacionam com base na aparência e na confiança criada, sem uma vontade consensual ou uma aderência explícita, sendo que é errôneo pretender elevar qualquer uma dessas hipóteses como regra geral.

Em virtude dessas diferentes hipóteses de manifestação da vontade, o objeto deste trabalho, como mencionado anteriormente, restringir-se-á aos contratos interativos, realizados sob a modalidade *business to consumer*, nos quais a manifestação da vontade resulta da comunicação estabelecida entre uma pessoa e um sistema previamente programado, “sendo que a demonstração volitiva do aceitante se concretiza, via de regra, com o clicar no botão do mouse sobre as palavras exibidas na tela do computador, tais como *sim, concordo, confirmar, finalizar*”. (LEAL, 2007, p. 135)

¹² Samy Glanz, magistrado no Estado do Rio de Janeiro, levantou polêmica sobre a identificação pelo sistema de impressão digital quando o dedo do usuário estiver ferido e coberto com o esparadrapo. Sendo que essa possibilidade também pode ser aplicada aos olhos. Essas hipóteses, tratam de exceções.

Nesse sentido, Ricardo Lorenzetti preleciona:

Quanto à vontade, no que toca à contratação, trata-se de dois tipos de atos: a) o de na tela do computador um clique com o *mouse* e a seguir fazer escolhas (*point and click agreements*), e b) o de “abrir” uma “embalagem”, seja esta real, como um pacote ou bem simbólico, como o “empacotamento” de um programa de computador ou de um produto que contém informação (*click-wrap agreements*). Ambos constituem demonstrações da vontade de contratar, porquanto, ainda que se as qualifique como expressas ou tácitas, constituem prova suficiente da intenção de vinculação. (LORENZETTI, 2004, p. 408)

O supracitado doutrinador aponta duas modalidades de manifestação da vontade, uma expressa e outra tácita. Os contratos *point and click agreements* dependem de manifestações expressas de vontade, ou seja, dependem de uma ação do contratante que é representada pelo ato de clicar o botão em concordância com a oferta disponibilizada na *Internet*.

Por sua vez, os contratos *wrap agreements* são caracterizados pelos “pacotes” de programas de computador ou produtos enviados, os quais apresentam advertência dirigida ao usuário, indicando-lhe que se for aberto o pacote, importará em uma aceitação tácita das condições gerais de contratação impressas no pacote.

Como no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio do consensualismo de formas, o artigo 107 do Código Civil, prevê: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”, ambas as declarações de vontade são válidas no ordenamento brasileiro.

Logo, não é a forma escrita que origina o contrato e, sim, o acordo entre duas declarações válidas de vontades.

Nos contratos eletrônicos interativos o acordo é celebrado sem o contato direto entre as duas partes, contudo há a manifestação de vontade do fornecedor por meio da oferta ou publicidade e a do consumidor por via da aceitação, que se dá por meio da adesão a textos ou imagens disponibilizadas em um *website* ou loja virtual, que é plenamente válida perante o sistema jurídico brasileiro.

2.7.2.2 Requisitos objetivos

2.7.2.2.1 Validade do objeto

Em tópicos anteriores, verificou-se que a relação de consumo se estabelece entre um consumidor e um fornecedor, na qual o objeto é um produto ou serviço.

Constituem objeto dos contratos eletrônicos de consumo todos os produtos, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais e, também, os serviços fornecidos no mercado de consumo mediante remuneração, desde que sejam lícitos, possíveis, determinados ou determináveis.

Para o objetivo desta dissertação, o objeto mais importante é aquele relacionado à compra e venda de produtos em geral e o produto disponibilizado para compra na *Internet*, portanto, deve ser, necessariamente, um bem material, móvel ou imóvel, lícito, possível, determinado ou determinável.

Por bem material entende-se aquele que tem existência física, ou seja, é corpóreo, palpável; produto lícito possível, determinado ou determinável, é aquele realizável, tanto materialmente como substancialmente, ou seja, que não se vincula a coisas impossíveis como a venda por um *site* de um terreno em Marte, por exemplo, ou a coisas ilegais, como a oferta por um *website* de remédios proibidos ou de drogas ilícitas.

2.7.2.3 Requisitos formais

2.7.2.3.1 Forma

Sabe-se que com o advento da rede mundial de computadores, a contratação realizada pela via eletrônica tornou-se uma realidade que não pode ser ignorada pelos operadores do Direito.

Conseqüentemente, o mundo jurídico necessita se adequar às novas formas de contratação oriundas da utilização da *Internet*.

Não existe em nosso ordenamento jurídico uma regulamentação específica que aborde contratos de consumo celebrados por meio eletrônico e isto não é necessário, uma vez que os contratos eletrônicos de consumo não representam uma

nova modalidade contratual, pois são os conhecidos contratos tradicionais, com a diferença de serem celebrados através da utilização do ambiente digital, ou seja, da *Internet*.

No ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da liberdade de formas para os atos e negócios jurídicos, conforme dispõe o artigo 107 do Código Civil, anteriormente citado.

Conseqüentemente, os contratos, como afirma Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007), podem ser celebrados, verbalmente ou por escrito, por instrumento público ou particular, e, também por meio eletrônico, através da utilização da *Internet*.

Nesse mesmo sentido o artigo 5º da Lei Modelo da UNCITRAL, dispõe que: “não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica”. Ainda, o artigo 11 da mesma lei determina que “na elaboração de contratos, a menos que seja objeto de acordo entre as partes, uma oferta e a aceitação de uma oferta podem ser expressas através de mensagens de dados.”

Diante do exposto, observa-se que o meio eletrônico é forma capaz de fornecer validade ao contrato eletrônico, em respeito ao princípio da liberdade das formas negociais.

Ocorre que, em determinados casos, a validade da declaração depende de forma especial, como acontece nos casos em que a lei exige a forma *ad substantiam*, ou seja, quando a forma é inerente ao próprio ato e a declaração de vontade deve, obrigatoriamente, ser emitida na forma prevista em lei; e a forma *ad probationem*, ou seja, quando determinada forma deve ser observada para facilitar a prova.¹³

Quando há a exigência dessas solenidades pré-determinadas, como requisito para validade ou prova do contrato, não existe a possibilidade de se falar em contratação eletrônica.

Nesse sentido, Erica Brandini Barbagalo assevera:

Embora as negociações preliminares possam ser entabuladas por meio das redes de computadores, o contrato solene não será válido se desobedecer à formalidade prescrita em lei, que, invariavelmente, não

¹³ A não observância da forma *ad probationem* não invalida o contrato, mas dificulta a sua prova e retira alguns efeitos jurídicos.

prevê a hipótese da utilização dos meios eletrônicos como suplementar ou alternativa a essas solenidades. (BARBAGALO, 2001, P. 40)

Ainda, quando para a celebração de um contrato a lei exigir “forma escrita”, “originais de documento”, “assinatura de próprio punho”, entre outras, que não se adequam ao meio virtual, conforme cita Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007), não se pode considerar válido e hábil a ser provado o contrato celebrado em meio eletrônico.

Conclui-se, portanto, que a manifestação de vontade, a fim de celebrar um contrato eletrônico de consumo, é válida apenas nos casos em que não existe uma forma de declaração expressamente prevista em lei.

2.7.2.3.2 Segurança

O receio dos consumidores em celebrar contratos eletrônicos de consumo é grande, em virtude da insegurança proporcionada pelo meio e pela inexistência de legislação específica que aborde as transações celebradas pela *Internet*.

Embora muitas medidas já tenham sido tomadas, pode-se dizer que a insegurança é significativa no ambiente virtual, quer em razão do anonimato (muitas vezes não se conhece a estrutura física da pessoa com a qual se está realizando a contratação, ou se esta estrutura sequer existe), quer devido à arquitetura da rede, que possibilita simulações e fraudes por aventureiros, sendo um empecilho ao desenvolvimento do comércio eletrônico.

A insegurança do meio eletrônico se reflete direta e negativamente sobre a validade dos contratos de consumo celebrados através da *Internet*, de modo que cabe aos fornecedores a adoção de medidas que contribuam para o aumento da segurança, na rede mundial de computadores.

Pesquisa realizada pelo site “Reclame Aqui”¹⁴ mostra que índices de reclamações e golpes no *e-commerce* foram altos em 2007, revelando que 38% dos consumidores foram vítimas de golpes. As empresas que lesaram os consumidores em muitos casos não entregaram o produto e fecharam as portas. Em 95% dos golpes, as quadrilhas divulgavam ofertas muito abaixo do normal para produtos de

¹⁴ Dados obtidos no site www.idgnow.uol.com.br, publicados no dia 23/01/2008, referente à pesquisa realizada pelo site “Reclame Aqui”, com 10 mil consumidores de todo o país. Acesso em 29/01/2008.

informática. Entre os problemas apontados pelos consumidores está o atraso, com 29% de reclamações. Já 20% dos consumidores virtuais disseram ser vítimas de propaganda enganosa, 9% dos produtos eram defeituosos e 4% não conseguiram trocar a mercadoria com problemas. A pesquisa ainda revela que, mesmo com os dados negativos, 83% dos consumidores comprariam novamente pela *Internet*.

Com os dados obtidos através da pesquisa, percebe-se que o consumidor, mesmo sabendo dos problemas que eventualmente pode enfrentar devido à contratação por meio eletrônico, continua a acreditar na eficiência do *e-commerce*.

Para que ocorra um incremento nas contratações eletrônicas de consumo celebradas via *Internet* e para que os contratos sejam considerados válidos é fundamental que sejam apresentadas soluções para os conflitos de interesses que existem nessa área do direito, conferindo-se segurança às relações jurídicas, pois, sob uma perspectiva funcionalista, o direito deve ser dinâmico e responder eficazmente às mudanças que se verificam e aos anseios da sociedade produzidos por essa revolução tecnológica.

A disponibilização de uma maior segurança jurídica ao consumidor que utiliza a *Internet* para realizar contratações de consumo é necessária, pois reflete diretamente na validade dos contratos eletrônicos.

2.7.2.3.3 Documentos eletrônicos

Antes de tratar da validade e da prova dos documentos eletrônicos, faz-se necessário um estudo sobre a conceituação de documento e sobre o documento eletrônico.

O Código Civil, em diversos artigos, faz referência ao termo “documento”, entretanto, não o define. Portanto, necessita-se do estudo da doutrina.

Para Giuseppe Chiovenda (1998, p. 151), “documento, em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento”.

Por sua vez, José Frederico Marques (1997, p.233) afirma que o documento é “a prova histórica real consistente na representação física de um fato. O elemento de convicção decorre, assim, na prova documental, da representação exterior e concreta do *factum probandum* em alguma coisa”.

Dos conceitos acima transcritos, observa-se que ambos se apegam à matéria e ao meio de fixação física do mesmo ao seu conteúdo.

Ocorre que existe uma certa dificuldade em aplicar a conceituação tradicional de documento aos contratos de consumo celebrados através da *Internet*, pois, nesses contratos, não existe a materialidade física do documento.

Um conceito atual de documento capaz de ser aplicado ao documento eletrônico deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa em que este se materializa. Ou seja, o documento deve ser considerado, simplesmente, como o registro de um fato, isto porque o documento eletrônico é totalmente dissociado do meio em que foi originalmente armazenado.

Segundo Ana Paulo Lorenzoni (2005), o documento eletrônico não está preso ao meio no qual foi produzido, uma vez que pode ser transferido e armazenado em outros computadores, em *pendrive* ou em CD's e desde que se armazene a mesma seqüência de *bits*, estar-se-á, sempre, diante do mesmo documento.

Pode-se definir, portanto, o documento eletrônico como o registro de um fato realizado através da *Internet*, que é armazenado em forma eletrônica, sendo percebido pelo homem por meio de um computador, que demonstrará uma seqüência de *bits* indicando um fato ou um pensamento gravado.

2.7.2.3.3.1 Validade dos documentos eletrônicos

Tais documentos eletrônicos, para terem validade no ordenamento jurídico, devem, necessariamente, ser datados e observar os seguintes requisitos: confidencialidade, autenticidade, integridade e o não-repúdio.

Segundo Ana Paula Lorenzoni (2005, p. 144), “a confidencialidade diz respeito à segurança de que os dados dos consumidores não serão utilizados para fins diversos do que ficou pactuado, nem entregues a terceiros sem a autorização”.

O requisito da autenticidade, por sua vez, refere-se à identificação das partes contratantes, com elevado grau de certeza, aferindo-se a capacidade das partes e a autoria da contratação.

“Integridade significa a certeza de que o documento eletrônico não foi adulterado no caminho entre o emitente e o receptor ou por uma dessas partes e,

em caso de haver adulteração, que essa seja identificável". (QUEIRÓZ, 2001, p. 384-385)

Por fim, para Arthur José Concerino (2001), o requisito do não-repúdio consiste na impossibilidade que as partes têm de negarem a autoria no envio de mensagens e das informações nelas contidas.

Os requisitos acima expostos somados à previsão do artigo 107 do Código Civil de 2002 conferem validade jurídica aos documentos eletrônicos oriundos de contratações eletrônicas de consumo.

2.7.2.3.3.2 A força probatória dos documentos eletrônicos

O mundo contemporâneo se depara com a dificuldade em determinar a força probatória dos documentos eletrônicos, uma vez que a *Internet* é um meio bastante volátil e peculiar.

Com o intuito de legitimar a utilização do documento eletrônico como meio probatório, utiliza-se a previsão contida no artigo 332 do Código Processual Civil, transcrito a seguir: "Todos os meios legais, bem como moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa".

Não existe dúvida da validade dos documentos eletrônicos como meios de prova, quando da análise do artigo 383 do Código de Processo Civil, que diz:

Art. 383. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquela contra quem for produzida lhe admitir a conformidade.

Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

Corroborando o entendimento da aceitação dos meios eletrônicos de prova, o artigo 225 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Ocorre que a eficácia probatória dos documentos eletrônicos nos contratos de consumo celebrados através da *Internet* necessita ser analisada em conjunto com outras previsões do ordenamento jurídico.

Deve ser analisado o artigo 131 do Código de Processo Civil, que prevê: "O juiz apreciará a prova livremente, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento".

Nesse sentido, Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi afirmam:

As disposições do Código de Processo Civil, (...) relativos à prova permitem sustentar a validade dos documentos eletrônicos. Com efeito esses diplomas legais admitem genericamente a prova dos atos jurídicos através de quaisquer meios legais ou moralmente legítimos, desde que idôneos, ou seja, confiáveis. (SANTOS e ROSSI, 2000, p. 119)

E, ainda, o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor prescreve ser um direito básico do consumidor: "A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Através da combinação dos artigos supracitados é que o juiz deve analisar a existência ou não da força probatória de um documento eletrônico, invertendo o ônus da prova, uma vez que, nos contratos interativos, a maioria dos consumidores é hipossuficiente em relação ao fornecedor.

José Rogério Cruz e Tucci conclui:

Conclui-se, pois, que a eficácia probatória dos contratos eletrônicos deve ser autorizada sem quaisquer óbices e subordinada à prudente análise do julgador, que, poderá, por certo, quando se fizer necessário (art. 383, parágrafo único do CPC), recorrer aos demais meios de prova, em especial à prova pericial para certificar-se da autenticidade do respectivo documento. (TUCCI, 2001, p. 206)

Em assim sendo, admite-se a utilização do documento eletrônico como meio probatório que será apreciado pelo magistrado, uma vez que o Código de Processo Civil reconhece a legalidade de diversos meios de prova, desde que lícitos e morais.

2.7.3 Os contratos de adesão no comércio eletrônico

Observados os requisitos expostos nos tópicos anteriores, surge um contrato eletrônico de consumo juridicamente válido.

Constatou-se que as relações de consumo celebradas através da *Internet* envolvem um fornecedor de produtos ou serviços, um consumidor usuário da Internet que adquire, como destinatário final, os produtos ou serviços colocadas à disposição num *website* pelo fornecedor, e, por fim, uma contratação bilateral consistente num contrato eletrônico.

A formação desse contrato eletrônico, segundo Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007), tem a finalidade de operacionalizar o comércio eletrônico, ou seja, oficializar o ato de comprar e vender produtos ou serviços por meio da *Internet*.

Em muitos casos, tais contratos são interativos e celebrados sob a modalidade *business to consumer*, pois, como mencionado anteriormente, existe a comunicação entre uma pessoa física ou jurídica identificada como consumidor e um sistema aplicativo previamente programado disponibilizado na *Internet*, que dispõe de uma vasta oferta de produtos, perfazendo o papel de fornecedor.

A respeito desses contratos eletrônicos, Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi ponderam:

No mercado de consumo, que é, onde se desenvolve a maior parte do comércio eletrônico, a contratação eletrônica entre fornecedores e usuários se realiza através de contratos de massa, designação dada aos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais que apresentam como características básicas: a predisposição unilateral, a generalidade, a uniformidade, a abstração, a inalterabilidade e a adesão pelo consumidor. O processo de formação do vínculo contratual se inicia com a oferta ao público pelo fornecedor e se aperfeiçoa com a aceitação dessa oferta mediante adesão do consumidor. Na verdade, a técnica de negociação contratual presente no comércio eletrônico reflete não só os métodos de contratação de massa como também as condições do ambiente digital, em que a transação tem que ser concluída instantaneamente, mediante documento eletrônico e sem complicações burocráticas. (...) Por essa razão, a contratação eletrônica desenvolve-se de maneira muito simples. O contrato é oferecido ao usuário em modelo uniforme, contendo as cláusulas essenciais (comprador, objeto e preço, com as condições de pagamento) e as cláusulas acessórias. Ao consumidor compete apenas preencher os dados faltantes e manifestar seu consentimento aos termos e condições propostos mediante acionamento do botão *mouse* nos campos apropriados. (SANTOS e ROSSI, 2000, p. 123)

Ricardo Lorenzetti (2004) corrobora o entendimento de que o contrato eletrônico pode ser celebrado por adesão a condições gerais predeterminadas pelo

ofertante por meio da utilização dos *point and click agreements* e dos *click-wrap agreements*.

Logo, característica fundamental e individualizadora dessa modalidade contratual é o fato de serem contratos de adesão, nos quais a vontade do consumidor é declarada por meio de um clique no *mouse*, em palavras que manifestem a concordância com o que foi previamente estipulado pelo fornecedor no contrato, sem que exista a possibilidade de discussão das condições contratuais.

Os *websites*, prévia e unilateralmente, estabelecem as cláusulas contratuais, bastando que o consumidor, usuário da *Internet*, manifeste a sua aceitação à oferta, mediante o preenchimento dos campos faltantes com os seus dados, aceitando todas as condições do contrato, ou manifeste a sua vontade por meio de cliques sucessivos em janelas que se abrem no *site*.

Configura-se, portanto, nos contratos eletrônicos interativos *business to consumer* a figura do contrato de adesão, com todas as implicações impostas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

2.7.4 Formação do vínculo contratual nos contratos eletrônicos de adesão

Na formação do vínculo contratual de uma relação jurídica de consumo, realizada através da utilização interativa da rede mundial de computadores, existem três fases distintas, cada qual com sua peculiaridade.

Tais fases são permeadas pelos princípios do direito civil e do direito do consumidor, sendo que o principal deles é o da boa-fé objetiva, que obriga os contraentes a cumprirem os deveres anexos ao contrato, como: o dever de informar, o dever de lealdade e o dever de transparência.

2.7.4.1 Fase Pré-Contratual

A fase pré-contratual inicia-se com as tratativas preliminares e finaliza quando ocorre a consumação do vínculo contratual, ou seja, quando o consumidor se manifesta, aceitando a proposta do fornecedor.

Ressalta-se que, nos contratos interativos de consumo, a etapa das tratativas preliminares é mitigada, pois predominam os contratos de adesão, nos quais o

fornecedor estabelece prévia e unilateralmente as condições contratuais, não existindo qualquer possibilidade do consumidor discutir as cláusulas contratuais

2.7.4.1.1 Oferta

Nos contratos interativos de consumo, o início da formação do vínculo contratual ocorre com a oferta pública de produtos.

Segundo Antônio Carlos Efig (2008, p. 185), “oferta ou veiculação de imagem publicitária, nestes termos, é declaração unilateral de vontade que visa à propositura de um negócio, dirigida a todos os indivíduos enquanto coletividade”.

Portanto, no momento em que o fornecedor disponibilizar, em seu *site* ou loja virtual, produtos que podem ser adquiridos por eventuais consumidores, estará manifestando a sua vontade negocial e configurando a oferta pública indeterminada.

Segundo Cláudia Lima Marques (2002), a oferta de consumo faz nascer deveres de boa-fé, como o de informação, de identificação do fornecedor, de identificação de oferta comercial, entre outros.

Em decorrência do surgimento desses deveres anexos ao contrato, toda e qualquer oferta publicada na *Internet* implica em observância do princípio da transparência, ou seja, o fornecedor deve prestar informações claras e precisas do produto oferecido para consumo. Nesse sentido, o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor dispõe:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Segundo Flora Margarida Clock Schier (2007), o dever de informar que se impõe atualmente, visa, simultaneamente, o bom desenvolvimento das relações de consumo e o esclarecimento de dados sobre o produto em si, por meio de informações verdadeiras, leais e transparentes.

A partir do momento em que o fornecedor especifica o produto, pormenorizadamente, permite que o consumidor tenha exato conhecimento daquilo

que pretende adquirir e o prepara “para a ação de consumir livremente e por iniciativa própria”. (SCHIER, 2007, p. 70)

Configurada a oferta pública, em conformidade com o dever de informar, previsto no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o fornecedor é obrigado a concluir o contrato, pois, a mencionada lei prevê a vinculação do fornecedor aos termos constantes no anúncio que tornou pública a oferta.

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.¹⁵

Nesse sentido, as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em 2000, em Belo Horizonte e expostas por Cláudia Lima Marques:

No momento em que a oferta suficientemente precisa foi veiculada pela rede mundial denominada Internet, está o fornecedor a ela vinculado; (...) A oferta suficiente precisa veiculada pelo fornecedor, através da Internet, implica, via de regra, contrato de adesão concluído com aderência virtual do consumidor, haja vista que o conteúdo contratual foi pré-elaborado de maneira abstrata, genérica, rígida e uniforme. (MARQUES, 2004a, p. 261-262)

Assim, realizada a oferta com precisão de dados, o fornecedor não pode revogá-la, uma vez que existe uma imposição legal que lhe obriga a celebrar o contrato de adesão em conformidade com a oferta pública de produtos disponibilizada na *Internet*.

Eventualmente, se o fornecedor esquivar-se em cumprir a oferta, o consumidor poderá se utilizar de qualquer uma das faculdades que lhe são conferidas no artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ou seja, ao seu livre arbítrio, o consumidor exigirá o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, ou aceitará outro produto equivalente, ou, ainda, rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada e monetariamente atualizada e a perdas e danos.

¹⁵ Segundo a previsão do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade equivale juridicamente à oferta, vinculando o fornecedor que a veicula. Ou seja, a publicidade também obriga que o fornecedor celebre o contrato de consumo, tal como se encontrava no anúncio de publicidade.

2.7.4.1.1.1 Publicidade

Érika Patrícia Tijaneiros Arce (2005, p. 184) afirma que a publicidade é um “*instrumento fundamental para la ampliación de lãs ventas*”, sendo extremamente utilizada com essa finalidade em diversos *sites* da *Internet*.

Cláudia Lima Marques (2002, p.138) conceitua a publicidade como: “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou o meio de comunicação utilizado.

No meio eletrônico, essa publicidade é realizada de diversas formas, sendo que, quase pode ser considerada sinônima de toda e qualquer informação ou comunicação comercial, institucional, gráfica ou de marca exposta em um *site*, conforme destaca Cláudia Lima Marques (2004a).

O artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor não define expressamente a publicidade, entretanto, equipara, juridicamente, a publicidade à oferta, toda e qualquer publicidade apresentada em um *site* deve ser considerada uma oferta pública.

À semelhança da oferta, o fornecedor que veicular publicidade no meio eletrônico obriga-se a contratar nos exatos termos do que fora proposto no anúncio, de acordo com Antonio Carlos Efiging (2008).

Ressalta-se, ainda, que a publicidade deve-se observar o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor que prescreve o princípio da identificação da publicidade, consagrado por Antônio Herman Benjamin (2001).

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

A respeito do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, Antonio Carlos Efiging comenta:

O art. 36 deste diploma legal determina que a publicidade deve ser veiculada de forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Este artigo proibiu a publicidade clandestina, (...) que impedem a

imediate visualização do produto ou serviço que está sendo veiculado, técnica conhecida por *merchandising*. Assim, restou vedada a publicidade implícita, que confunde o consumidor e dificulta identificação do bem ofertado. (EFING, 2008, p. 190)

Portanto, toda e qualquer publicidade inserida na rede mundial de computadores, deve ser expressa, clara e precisa, possibilitando que o consumidor identifique, de plano, qual é o produto ofertado à contratação interativa de consumo.

Por fim, deve-se atentar ao fato de que a publicidade enganosa é vedada no ordenamento jurídico pátrio pelo artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Tal regra, também, deve ser aplicada a publicidade disponibilizada na *Internet*, pois, Ricardo Lorenzetti (2004, p. 391) afirma que, “a publicidade enganosa é freqüente, e tem como motivação o desejo de atrair o internauta”.¹⁶

Em assim sendo, toda a publicidade inserida na *Internet* é equiparada juridicamente à oferta pública de produtos, devendo, portanto, observar as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor e os parâmetros da boa-fé.

¹⁶ De acordo com Ricardo Lorenzetti, “a tendência mais consolidada na utilização da *Internet* se orienta para o emprego de ferramentas de busca e não à busca individual e exaustiva feita pelo usuário, mais difícil e lenta; nestas ferramentas são empregadas palavras-chave, e o uso que delas se faz possibilita a feitura de análises estatísticas. Conseqüentemente, aquele que confecciona uma página poderá incluir algumas das palavras mais freqüentemente procuradas pelos usuários, conforme informação fornecida pelos *sites* de busca, de modo que cada vez que o internauta escreva essa palavra a página será exibida, ainda que não tenha uma relação direta com o tema: utilizam-se palavras vinculadas ao sexo, às marcas de produtos e às empresas mais procuradas. Esta técnica, denominada *metatag*, constitui publicidade enganosa com relação ao consumidor e aproveitamento indevido do nome, em caso de utilização de marcas. (LORENZETTI, 2004, p. 391-392)

2.7.4.1.2 Aceitação

A aceitação deve ser considerada a última etapa da fase pré-contratual, pois o aperfeiçoamento do contrato ocorrerá após a manifestação da vontade das partes contraentes. Portanto, é a aceitação da proposta que completa o vínculo contratual.

A aceitação, para Silvio Rodrigues (1990, p. 69), “consiste na formulação da vontade concordante do oblato, feita dentro do prazo e envolvendo adesão integral à proposta recebida”.

Quando se trata de um contrato interativo de consumo, a aceitação da oferta disponibilizada em um *site* ou loja virtual, também, é realizada pelo meio eletrônico, através da *Internet*.

Nessa modalidade contratual, a aceitação ocorre com um simples clique no *mouse*, em alguma palavra ou expressão que demonstre a anuência do consumidor à oferta.

Salienta-se que tal manifestação de vontade configura um contrato entre ausentes¹⁷, pois existe um lapso de tempo relevante entre a oferta e a aceitação.

Nesse sentido, Sheila do Rocio Cercal Santos Leal assevera:

Se a contratação for interativa (sem a presença simultânea de fornecedor e consumidor), mediante o que se convencionou chamar de estado de oferta pública permanente, considera-se o contrato entre ausentes e, nessa condição, concluído no momento em que a aceitação é expedida pelo usuário da *Internet*. (LEAL, 2007, p. 115)

A partir da expedição da aceitação, fornecedor e consumidor têm o dever de dar cumprimento às obrigações pactuadas.

¹⁷ A respeito dos contratos entre ausentes e os contratos entre presentes, Paulo Sá Elias aponta: “Aquele que conversa diretamente com o proponente/policitante é considerado ‘presente, mesmo através de outro meio mais moderno de comunicação a distância, ainda que os interlocutores estejam em cidades, estados ou países diferentes. Para nós, são exemplos de comunicação entre presentes, para esses efeitos, aquelas realizadas com a utilização da tecnologia existente nos softwares de comunicação instantânea, tais como o ICQ (AOL/Mirabilis), Microsoft Netmeeting, (Microsoft Messenger, Live Messenger, Google Talk, etc.) e demais conferências eletrônicas *on-line* em geral. A comunicação realizada nesses ambientes é efetivamente instantânea, e as partes estão naquele exato momento, assim como em uma ligação por telefone, conversando entre si. Não há intermediadores (no sentido clássico) e nem grandes lapsos temporais que possam descaracterizar a instantaneidade. Por outro lado, não há como considerarmos o e-mail tradicional como comunicação entre presentes, justamente por existir quebra na instantaneidade, isto é, ao enviar um e-mail, não é possível garantir que o mesmo chegar ao destino naquele exato momento, além disso, seu iter é variado e passa por diversos intermediários (com maior possibilidade de retenção, redirecionamento e até mesmo extravio), tal como a já saudosa correspondência epistolar”. (ELIAS, 2008, p. 178)

2.7.4.2 Fase contratual

Efetivada a aceitação da oferta, mediante um clique, o vínculo contratual está formado.

Nessa fase contratual ocorrerá a concretização da relação de consumo, por meio do pagamento do preço e do recebimento do produto.

Nos contratos interativos de consumo, o pagamento do preço ao fornecedor, muitas vezes, ocorre eletronicamente, através de cartões de crédito ou transferências entre contas correntes, utilizando-se do *home banking*.

Por sua vez, os produtos adquiridos via *site* serão enviados ao consumidor por Sedex ou por transportadoras.

Quando consumidor e fornecedor cumprem com as suas obrigações contratuais, exaurem-se, momentaneamente, os deveres dos contratantes.

Ocorre que, nessa fase, em alguns casos, o consumidor pode perceber que o dever de informação da fase anterior não foi adequado e que o fornecedor não agiu com boa-fé, por não receber o produto ou receber produto inadequado, entre outras várias situações.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), preocupado em tutelar a parte hipossuficiente da relação de consumo, previu alguns mecanismos e os disponibilizou ao consumidor, entre os quais o prazo de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código, nos seguintes termos:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 07 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

A doutrina tem admitido que tal benefício foi estendido aos contratos eletrônicos de consumo realizados através da *Internet*, pois equiparam essa modalidade contratual aos contratos a distância¹⁸, sendo que o prazo de reflexão

¹⁸ Contratos a distância são aqueles celebrados fora do estabelecimento do fornecedor.

tem a finalidade de amenizar eventuais efeitos negativos provenientes da contratação realizada pela *Internet*.

2.7.4.3 Fase pós-contratual

A fase pós-contratual surge após o consumidor e o fornecedor terem cumprido com as suas obrigações principais, com a responsabilidade pós-contratual do fornecedor, que também deve ser aplicada nos contratos de consumo celebrados via *Internet*.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 927, dispõe sobre a possibilidade de reparação do dano, em virtude da prática de ato ilícito, no seguinte sentido:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos, especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Verifica-se que a responsabilidade objetiva do fornecedor prevista no CDC insere-se exatamente no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, ao mencionar que o causador do dano deve reparar a lesão independentemente de culpa, ou seja, na relação de consumo a prova de culpa é afastada, sendo suficiente a existência do dano efetivo ao ofendido, configurando-se, portanto, a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, como se observa a seguir:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Portanto, evidenciada a ocorrência de um dano que afete o consumidor que adquiriu produtos pela *Internet*, o responsável terá o dever de reparar, inexistindo a necessidade de que aquele comprove a culpa deste.

Nesse mesmo sentido, prevê o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Pela leitura dos artigos acima citados, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) visa proteger a parte vulnerável da relação de consumo, ou seja, o consumidor e evita abusos por parte dos comerciantes, fabricantes e prestadores de serviços.

O fornecedor sempre responderá independentemente de culpa por todo dano que vier a ser causado ao consumidor, uma vez que, pela teoria do risco, deve suportar o ônus da atividade que desenvolve.

Sérgio Cavalieri Filho menciona:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, que perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 459-460)

Portanto, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco e estabeleceu a responsabilidade objetiva do fornecedor, diante de danos provenientes de acidentes de consumo, ou vícios na qualidade ou quantidade dos produtos, ou na prestação dos serviços.

De acordo com a teoria do risco, quando uma pessoa exerce atividade e cria um risco de dano para terceiros, esse risco, na verdade, é um risco-proveito, pois surge em decorrência da atividade realizada pelo agente. Logo, em razão do risco criado pela atividade, emerge para o agente a responsabilização pelos danos causados em decorrência de atividade, não sendo necessária a prova de dolo, negligência, imprudência ou imperícia - culpa *lato sensu*.

Ratificando esse ensinamento, Nelson Nery Júnior ensina:

A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada de relação de consumo, sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa. (NERY JÚNIOR, 2002, p. 725)

Sabe-se que as contratações eletrônicas de consumo guardam observância aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo que a responsabilidade objetiva consagrada no código consumerista tem plena aplicação nos contratos de consumo realizados por meio da *Internet*.

3 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

3.1 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E O PARADIGMA DA CONFIANÇA

As contratações eletrônicas de consumo, analisadas no capítulo anterior, vêm desempenhando, a cada dia que passa, um papel mais importante para a economia e para a circulação de riquezas, permitindo, assim, que o mercado cumpra a sua função social.

Pesquisa realizada pela *e-bit*¹⁹, empresa de consultoria que é referência no fornecimento de informações sobre o *e-commerce* nacional, demonstra um crescimento constante no número de consumidores que utilizam a *Internet* como meio para efetivar suas transações comerciais, como se observa na tabela a seguir:

Tabela 2

Quantidade de e-consumidores no Brasil – *E-bit* (em milhões)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Consumidores na Internet	1.1	2.0	2.6	3.4	4.8	7.0	9.5
Cresc. %	-	81%	30%	31%	41%	46%	36%

Embora seja evidente o crescimento das contratações eletrônicas de consumo no Brasil, uma vez que, nos últimos 7 (sete) anos, ocorreu um aumento de mais de 8 (oito) milhões no número de consumidores, que realizam compras em *sites* ou lojas virtuais, esse número poderia ser ainda maior.

Ocorre que ainda existe uma desconfiança generalizada, por parte dos consumidores, quando se trata de realizar contratos de consumo através da *Internet*.

Essa falta de confiança pode ser atribuída a diversos fatores: as características do próprio meio eletrônico, tais como a imaterialidade do meio, a atemporalidade e a desterritorialização, a falta de uma legislação específica sobre o

¹⁹ Dados obtidos no *site* www.e-commerce.org.br, referente à pesquisa sobre o número de consumidores que tem utilizado a *Internet* para efetuar compras. Dados obtidos em 07/07/2008.

assunto e a pouca informação que os consumidores têm sobre os seus direitos, entre outros, conforme aponta Cláudia Lima Marques (2004a).

Quando um contrato é celebrado através de um meio que detenha essas características ocorre a desumanização da teoria contratual, que gera a insegurança nas relações de consumo.

Contudo, essa situação não pode prosperar, sendo necessário criar mecanismos que alterem a visão do consumidor e permitam que ele confie nas relações jurídicas celebradas por meio da *Internet*.

Citando o pensamento de Fuhrmann, Cláudia Lima Marques afirma:

No momento em que o consumidor decide contratar por meio eletrônico, ele tem de confiar que o próprio complexo sistema da *Internet* funcionará, que o fornecedor cumprirá a sua parte, que seus interesses econômicos serão preservados e que também seus direitos de personalidade e sua privacidade continuarão a ser protegidos. (MARQUES, 2004a, p. 96-97)

Diversos autores, entre os quais, Ricardo Lorenzetti (2004) e Cláudia Lima Marques (2004a) apontam que a utilização do paradigma da confiança é essencial dentro dessa nova perspectiva contratual, pois possibilitará a adequação do Direito e do contrato ao momento atual, e, conseqüentemente, influenciará no crescimento dos contratos de consumo celebrados por meio da *Internet*.

O 3º (terceiro) capítulo dedicar-se-á a demonstrar as razões da falta de confiança do consumidor e como reverter o quadro, através da aplicabilidade do princípio da confiança nos contratos eletrônicos de consumo, a fim de permitir que ocorra um desenvolvimento, ainda maior, em tais contratações.

3.2 A AUSÊNCIA DE CONFIANÇA POR PARTE DOS CONSUMIDORES NO E-COMMERCE

A celebração de contratos interativos sob a modalidade *business to consumer* é um fato social que não pode ser negado. No entanto, essa nova realidade é bastante desafiadora, uma vez que inseriu situações, nos meios jurídico, econômico e social, nunca antes observadas.

Em assim sendo, impende-se uma análise dos fenômenos oriundos das contratações celebradas pela *Internet*, que geram a falta de confiança dos consumidores nas contratações eletrônicas.

3.2.1 Complexidade do meio virtual

Segundo Ricardo Lorenzetti (2004), a *Internet* permite a comunicação entre milhões de pessoas e o acesso a informações de todo mundo, sendo que possui algumas características que lhe são peculiares, tais como: é uma rede aberta, sendo de acesso ilimitado a qualquer pessoa; é interativa, pois o usuário tem a capacidade de navegar, gerar dados e estabelecer relações; é internacional, pois não existem fronteiras geográficas; existem diversos operadores; apresenta uma aceleração do tempo histórico; permite uma desterritorialização das relações jurídicas e diminui os custos das transações.

Todas essas características inerentes ao meio tecnológico contribuem para que o mundo virtual seja considerado complexo, pois se trata de uma inovação diferente de toda e qualquer realidade existente anterior ao surgimento da rede mundial de computadores.

Portanto, a celebração dos contratos eletrônicos de uma forma geral é envolta por uma nova complexidade técnica e jurídica relevante, uma vez que os contratos que eram antes celebrados presencialmente e envolviam documentos físicos, não podem ser usados como modelo nessa realidade contratual pós-moderna.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques assevera:

A contratação por meio eletrônico é efetivamente complexa e diferente daquela que estamos acostumados, contratação presencial e interpessoal (com vendedores, representantes, caixas bancários), na língua natal (contratação oral, por meio de palavras e gestos, ou por escrito, por meio de prospectos, manuais e textos contratuais impressos), geralmente sobre bens corpóreos e nacionais. (MARQUES, 2004a, p. 57)

Com o surgimento e desenvolvimento da rede mundial de computadores, a contratação, em muitos casos, passou a ser realizada entre uma pessoa e um computador conectado a *Internet* em qualquer lugar do planeta, como nos contratos interativos de consumo, onde basta que o consumidor clique em um dos campos de

concordância disponibilizados pelos *sítes* ou lojas virtuais, para que a formação da relação contratual se consuma.

Segundo Cláudia Lima Marques (2004a, p. 59), “a distância física, a imaterialidade do meio, a atemporalidade e a internacionalidade eventual da contratação, dificultam a eficácia do uso dos instrumentos tradicionais de proteção do direito” e, com isso, diminui-se a credibilidade no meio eletrônico.

3.2.1.1 Despersonalização do contrato

O comércio eletrônico trouxe um novo papel a ser desempenhado pelos sujeitos envolvidos na relação jurídica de consumo celebrada em meio virtual, pois os contratos de consumo eletrônicos são realizados “por intermédio de contrações a distância, por meios eletrônicos (*e-mail* e etc.), por internet (*online*) ou por meios de telecomunicação de massa (*telemarketing*, televisão, televisão a cabo etc.)”, de acordo com Cláudia Lima Marques (2004a, p. 64-65).

No ambiente digital, os fornecedores se organizaram em cadeias de fornecimento, sendo que várias vezes é impossível identificar com quem se celebra uma relação de consumo.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques (2004a) destaca que nos contratos eletrônicos os fornecedores não têm mais “rosto”, ou seja, não podem ser individualizados.

O fornecedor não aparece materializado através de um vendedor, o fornecedor não tem mais “cara”, tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um marketing virtual ou televisivo, uma estratégia de telemarketing. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas “informável”. Do fornecedor não se sabe sequer se é realmente um profissional, pois dada a diminuição dos custos de oferta e transação que a *internet* traz, o fornecedor pode ser um “iniciante” ou mesmo um adolescente “genial”, o fornecedor pode ser, em resumo, um outro consumidor, como no caso dos leilões por rede ou dos negócios eventualmente realizados em *chats* ou salas virtuais. (MARQUES, 2006a, p. 95-96)

Os consumidores, por sua vez, tornaram-se sujeitos mudos, em qualquer lugar, falando qualquer língua, sendo identificados apenas por uma seqüência de *bytes*, conforme ressalta Ricardo Lorenzetti,

Os processos de identificação do mundo virtual são diferentes dos que estamos acostumados a utilizar: se alguém entra numa loja, existem exigências municipais que regulam o seu funcionamento, marcas registradas, elementos físicos, o que transmite uma certa segurança. Na *Internet* o indivíduo se pergunta: aquele que se apresenta como um banco, é um banco?; a página que diz ser uma companhia de turismo pertence realmente a ela? A rede dilui a potencialidade dos processos de identificação e autoria. (LORENZETTI, 2004, p. 46)

Assim, pode-se dizer que a utilização da *Internet* afetou a relação jurídica, uma vez que as partes se comunicam, mas, não sabem, exatamente com quem estão se comunicando, pois, não existe mais a presença física e simultânea de dois contratantes, os quais passam a trocar informações, através de meios eletrônicos, para a celebração dos contratos.

Na contratação eletrônica, um determinado fornecedor expõe os seus produtos, por meio de imagens, em um *site* da *world wide web* e o consumidor simplesmente adere ao exposto, por meio de um clique em palavra assertiva de concordância, representando uma manifestação expressa de vontade, ou através de cliques em um “caminho” virtual de imagens, sons e de mínimas palavras, representando uma manifestação tácita de vontade, ou, ainda, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, conforme pondera Ricardo Lorenzetti (2004).

Desse modo, forma-se o contrato eletrônico de consumo, sem que exista uma efetiva identificação das partes contratantes e um conhecimento pré-determinado entre elas.

Segundo Cláudia Lima Marques (2004a), em decorrência da utilização do meio virtual e do modo de formação que os contratos apresentam na *Internet*, ocorreu a despersonalização das relações contratuais, uma vez que, muitas vezes, os contraentes não conhecem a outra parte com a qual estão celebrando o contrato e nem possuem a capacidade de se identificar, mutuamente, no mundo “real”.

Ocorre que o anonimato possibilitado pela utilização da *Internet* abala a forma de relacionamento pessoal e identificado existente até então, trazendo novas problemáticas ao Direito.

Em conseqüência, diversas dúvidas e discussões surgiram, relacionadas à utilização do meio eletrônico para a celebração de contratos, em torno do indivíduo e da sua condição especial de ser, enquanto pessoa humana detentora de direitos fundamentais, uma vez que a despersonalização da relação contratual torna a parte

aderente mais vulnerável, principalmente, no tocante, às relações de consumo celebradas na *Internet*.

3.2.1.2 Desumanização do contrato

A teoria contratual clássica do século XIX tinha forte caráter subjetivista, pois vinculava a celebração do contrato ao consentimento, ou seja, à manifestação válida de vontade das partes. Ocorre que, atualmente, tal exigência se torna inadequada, quando se trata de contratos eletrônicos de consumo.

Nesse sentido, Ricardo Lorenzetti pondera:

Na contratação eletrônica pode ser muito difícil constatar a presença do consentimento de alguém que opere um computador; pode ser extremamente árduo verificar se ocorreu uma intenção real de obrigar-se; pode ser impossível provar o erro, o dolo ou a coação. Ademais, pode ocorrer de a declaração ser automaticamente elaborada por um computador e que a presença do sujeito seja apenas mediata, ao programar o computador, mas não imediata, no ato de celebração. Estas dificuldades existem em inúmeros vínculos em que são utilizadas máquinas automáticas, módulos, formulários, a eletrônica e a telemática, em que o consentimento é transformado de forma aguda. (LORENZETTI, 2004, p. 277)

O surgimento desses novos modos de contratação perturbou as noções básicas de contrato, porque se afastou do caráter subjetivista e aproximou-se de uma concepção objetivista.

De acordo com Cláudia Lima Marques (2004a), o fornecedor se tornou um ofertante profissional automatizado e globalizado, sem uma sede e sem tempo (a oferta é permanente, no espaço privado e no público), que se utiliza da linguagem virtual (imagens, sons, textos interativos, ícones etc.) para *marketing*, negociação e contratação.

Por sua vez, o consumidor celebra um contrato por meio de cliques com base nas imagens, sons, textos interativos e ícones expostos pelo fornecedor, sem que ocorra, efetivamente, um consenso entre as vontades dos contratantes.

Na teoria contratual, doutrinadores italianos, dentre os quais se destaca Giorgio Oppo (1998), utilizaram-se da expressão “desumanização do contrato” para explicar essa nova realidade oriunda da celebração de contratos eletrônicos, na qual não há um consenso na justaposição de vontades, mas atos unilaterais de

autonomia que se expõem sem se combinarem. O fornecedor realiza a oferta e o consumidor escolhe, existindo uma solitária unilateralidade em suas decisões.

Por sua vez, Natalino Irti, citado por Cláudia Lima Marques (2004a) pondera que os contratos concluídos através da utilização do meio eletrônico são contratos em silêncio ou contrato sem diálogo, nos quais a utilização da linguagem é substituída pela conduta de um clique no teclado do computador.

A respeito da desumanização sofrida na teoria contratual em decorrência da evolução tecnológica, Cláudia Lima Marques afirma:

A discussão sobre a desumanização do contrato eletrônico é uma das mais profundas na dogmática dos últimos anos. Giorgio Oppo identificou no pensamento de Irti esta decantada “desumanização” do contrato, afirmando que haveria duas tendências na maneira de ver o contrato eletrônico: aqueles que preferem “objetivar” as vontades (Maggiolo e Irti) e o acordo resultante do “diálogo” virtual e aqueles que preferem reincorporar na tradição consensualista dos contratos (Gambino e Oppo). Nos dois casos, há “ficção” (criando a figura das trocas sem acordo – *scambi senza accordo* de Irti – ou alargando a figura do contrato para validar este diálogo em silêncio eletrônico), uma ficção jurídica para adaptação ao novo fenômeno dos negócios eletrônicos. (MARQUES, 2004a, p. 65-66)

Constata-se que o alto grau interatividade proporcionado pelo meio eletrônico trouxe dúvidas acerca da formação do contrato, pois a *Internet* com o seu automatismo de respostas previamente elaboradas, excluiu as tratativas e o diálogo entre as partes contratantes.

3.2.1.3 Desmaterialização

A desmaterialização ou imaterialidade do contrato é imanente ao próprio meio em que eles são celebrados, pois, a *Internet* não é algo tangível ao homem.

Sabe-se, apenas, utilizando-se das palavras de Gustavo Testa Corrêa (2002), que a *Internet* se trata de um sistema global de computadores, que permite a comunicação e a transferência de arquivos entre computadores conectados à rede. Trata-se, portanto, de um instrumento que não é palpável, ou seja, que não pode ser percebido fisicamente.

Conseqüentemente, os contratos celebrados nesse meio, também são impalpáveis, no sentido de não serem materializados em um documento escrito e solene, e, sim, registrados em suporte magnético, por meio de uma seqüência de *bits* e códigos binários.

Pode-se dizer que a desmaterialização é a substituição do documento em papel pelo documento magnético, o qual continua acessível e disponível para as partes contratantes, por meio da utilização de computadores e *softwares*, que têm a capacidade de realizar a leitura desses documentos.

Regis Magalhães Soares de Queiróz (2001) afirma que não é a desmaterialização do documento que gera insegurança no ordenamento jurídico, mas, sim, a possibilidade de ampla manipulação dos dados inseridos em um documento eletrônico, sem que existam vestígios das modificações realizadas.

Por fim, ressalta-se que não apenas o contrato sofreu uma desmaterialização, mas, também, a linguagem contratual, pois no meio eletrônico se utiliza de uma linguagem diferenciada e multimídia, que permite uma maior possibilidade de ocorrência de erros pelos seguintes motivos: a sofisticação tecnológica é tão rápida, que impossibilita o indivíduo e o Direito de acompanhá-la e, muitas vezes, os indivíduos não conseguem realizar uma correta leitura dos símbolos virtuais (ícones, janelas, entre outros), ocasionando o erro.

3.2.1.4 Desterritorialização e espaço virtual

O surgimento da *Internet*, como um novo meio de comunicação hábil a possibilitar a celebração de negócios jurídicos, trouxe diversas inovações para o mundo social e jurídico, dentre as quais se destaca a desterritorialização.

Trata-se de uma característica essencial da utilização da rede mundial de computadores, pois, ela propicia o rompimento com todo e qualquer aspecto geográfico ou territorial. Os usuários interagem com a informação, em uma velocidade elevada, reduzindo, drasticamente, as distâncias geográficas, ao ponto de torná-las insignificantes.

Sobre a *Internet* e o surgimento do espaço virtual, Bill Gates afirma:

Um dos aspectos mais extraordinários da nova tecnologia das comunicações é justamente a eliminação das distâncias. Tanto faz que a pessoa com quem você estiver entrando em contato se encontre na sala ao lado ou num outro continente, porque essa rede altamente intermediada não estará limitada por milhas ou quilômetros. (GATES, 1995, p. 16-17)

Em assim sendo, a *Internet* deu origem a um espaço singular, nunca antes visto, distinto do espaço físico, o qual se convencionou chamar de espaço cibernético ou ciberespaço.

De acordo com Sheila do Rocio Cercal Santos Leal:

A expansão da *Internet* facilitou a comunicação entre as pessoas e suscitou o aparecimento de um espaço novo a que se convencionou chamar de espaço virtual ou ciberespaço, entendido como sendo o conjunto de *sites*, computadores, pessoas, programas e recursos que formam a *Internet*. (LEAL, 2007, p. 10)

Nesse sentido, Pierre Lévy (1999) assevera que o ciberespaço não se constitui por um aspecto físico ou territorial, mas, sim, por um conjunto de redes de computadores, através das quais circulam informações na forma de imagens, sons, textos, dentre outras.

O espaço virtual possui características que o distinguem do conceito de espaço territorial²⁰, quais sejam: intangibilidade, velocidade, quebra das barreiras geográficas e jurisdicionais, facilidade de acesso, interatividade, insegurança.

Exemplificativamente, uma pessoa que se encontra no Brasil e diz estar navegando na *Internet*, pode estar interagindo em um *site* ou com uma pessoa de qualquer região do mundo, sem nem mesmo deixar o local onde se encontra, quebrando barreiras geográficas e jurisdicionais por meio de um acesso a *world wide web*, sendo que a distância entre os usuários não influi na velocidade das informações que são trocadas entre eles, pois, essas são simultâneas.

Constata-se que o ciberespaço revolucionou e ampliou o espaço jurídico, permitindo que pessoas e empresas interagissem em um novo meio que privilegia a comunicação de forma instantânea e global, de acordo com Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007).

Em assim sendo, a utilização da rede mundial de computadores permite o desaparecimento dos limites territoriais, surgindo, assim, conflitos inéditos na seara do Direito.

²⁰ Por espaço territorial deve ser entendido o espaço físico e geográfico, sobre o qual um Estado exerce a sua soberania.

3.2.1.5 Atemporalidade

No decorrer deste trabalho, constatou-se que a *Internet* proporcionou o surgimento de um novo meio para a celebração de contratos, que desafia diversos conceitos tradicionais, dentre os quais inclui-se o conceito de tempo.

A idéia de tempo real, amplamente utilizada no mundo dos fatos e no mundo jurídico, encontra-se modificada, conforme Ricardo Lorenzetti expressa:

O tempo virtual, da mesma forma que o espaço, divorciou-se das categorias comunitárias e naturais que configuraram o tempo real. O dia e a noite definiram o tempo para o trabalho e para o descanso, mas agora se trabalha em locais fechados diante de computadores, não se interessando se é dia ou se é noite. Não interessa a natureza, nem tampouco a comunidade. Se outrora havia horários compartilhados para determinadas atividades, hoje eles desapareceram: na família, por exemplo, enquanto um trabalha, outro se diverte, um passeia, outro faz compras, tudo no mesmo horário, simplesmente porque tudo se pode fazer simultaneamente. (LORENZETTI, 2004, p. 33-34)

Nos contratos eletrônicos, a definição de tempo não é tarefa simples, pois, o tempo virtual é um outro tempo, marcado pela celeridade e instantaneidade, destacando-se a noção de atemporalidade que situa os fatos na *Internet*, uma vez que os fatos ocorrem, acontecem e são atualizados, informações são divulgadas, pessoas se comunicam e celebram negócios jurídicos, sendo que, tudo acontece sob um conceito de simultaneidade.

Nesse sentido, Pierre Lévy (1993) esclarece que a noção de tempo real, resume bem a característica da atemporalidade, presente na rede mundial de computadores, pois representa a condensação no presente, na operação em andamento, sendo que, sempre, o conhecimento de tipo operacional oferecido pela *Internet* está em tempo real.

Evidencia-se o exposto, quando, independentemente do fuso horário do local em que se encontre o computador que possibilita o acesso a rede, um usuário da *Internet* está presente em diversos locais ao mesmo tempo, conforme explica Sheila do Rocio Cercal Santos Leal (2007).

3.3 CRISE DA CONFIANÇA

Os fenômenos da desumanização, da desmaterialização, da despersonalização, da desterritorialização e da atemporalidade, inerentes às contratações celebradas por meio da rede mundial de computadores, refletem em uma falta de confiança generalizada no meio eletrônico.

Corroborando esse entendimento, Cláudia Lima Marques pondera:

O meio virtual parece ter abalado este princípio-pressuposto das relações contratuais. Seja pela despersonalização das partes contratantes, do meio, do objeto, seja pela sua complexidade, distância, atemporalidade ou internacionalidade, a conclusão é que, no meio eletrônico, há muita “desconfiança”. (MARQUES, 2004a, p. 94-95)

Em consequência dessa ausência de confiança nas relações consumeristas eletrônicas, que se encontra espalhada na sociedade, alguns doutrinadores, dentre os quais podem ser citados Ruy Rosado Aguiar e Cláudia Lima Marques (2004a), afirmam que se vivencia, atualmente, uma 2ª (segunda) crise no contrato, que seria a crise da confiança, tendo como fundamento externo a dogmática contratual, uma vez que é impulsionada pelo atual estágio de desenvolvimento da sociedade pós-moderna.

Nesse sentido, Niklas Luhmann, citado por Cláudia Lima Marques (2006b), afirma que em uma sociedade hipercomplexa, tal como a sociedade tecnológica em que se vive hoje, quando os mecanismos de interação pessoal e institucional passam a ser insuficientes para assegurar a confiança na atuação das partes, surge uma crise da confiança que afeta eficácia do próprio Direito.

Por sua vez, Ricardo Lorenzetti assevera:

Na verdade, o contrato não está em crise, mas sim um modo histórico e particular de compreender o negócio; o contrato, todavia, manterá, sempre o seu significado. Especificamente com relação ao acordo telemático, já se apontou que este deverá ser inserido ou adaptado à tradição do consensualismo (...) Na nossa opinião, deve-se admitir que, dentro da noção de contrato, existe uma multiplicidade de fatores de atribuição dos efeitos obrigacionais. A contratação atual, assim como a sociedade, evolui na direção de múltiplos subsistemas autônomos; a hipótese fática única, o “ideal” do consumo fragmentado. Existem relações por adesão e de consumo; verifica-se também a presença de megacontratos entre grandes empresas, relações entre pequenas e médias empresas, contratações internacionais e muitas outras. Diante dessa diversificação, não se afigura sensato persistir na simplicidade, porque tal atitude conduz à esterilidade e à ineficácia das ferramentas jurídicas. Há que se aceitar a diversificação,

produzindo respostas diferentes e ajustadas a cada hipótese legal. Cuida-se de nada mais do que colocar a ciência jurídica em sintonia com as outras ciências da sociedade, já que a pluralidade é uma característica da pós-modernidade, assim como a segmentação é inerente a uma economia evoluída. Como se disse, existe uma pluralidade de fatores de atribuição de efeitos obrigacionais no contrato, que podem advir da autonomia da vontade, mas também da aparência, da boa-fé, ou da ação da parte. Esta afirmação não deve ser entendida no sentido de supressão da autonomia privada. No plano dos princípios, ela conserva o seu papel predominante, mas no âmbito das regras não o mantém, porque variará conforme a hipótese fática. (LORENZETTI, 2004, p. 279-280)

Diante do exposto, observa-se que não existe unanimidade a respeito da 2ª (segunda) crise do contrato.

Compatibilizando os entendimentos, pode-se dizer que o avanço tecnológico, efetivamente, culminou na proliferação da *Internet* e em sua utilização por pessoas de todas as classes sociais, sendo que esse foi o fator definitivo para alterar os modos de contratação e diminuir a eficiência do princípio da boa-fé e da confiança, que serviram como bases para o direito privado e para o direito consumerista, no século passado.

Segundo Jailson Araújo,

A ausência de confiança tem sido uma grande barreira para o desenvolvimento do *e-commerce* no mundo, o que se transforma, ressaltamos, mais uma vez, na necessidade da observância da boa-fé objetiva, que corresponde a um dever de conduta contratual, no tocante ao cumprimento da respectiva obrigação por ambas as partes. Quais sejam, a entrega da coisa prometida por parte do vendedor e o pagamento do preço a cargo do consumidor na compra e venda; por exemplo, além da observância dos deveres secundários, laterais, anexos ou instrumentais de conduta, tais quais os de informação correta, esclarecimento, lealdade, assistência, dentre outros. (ARAÚJO, 2002, p. 124-125)

Nesse sentido, para que sejam superadas as dificuldades encontradas na teoria contratual, a falta de confiança generalizada e adaptar o Direito do Consumidor aos contratos de consumo eletrônicos, Cláudia Lima Marques propõe:

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 (avaliação - *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! (MARQUES, 2007, p. 21)

Portanto, faz-se necessário, a superação da crise por meio da revalorização do princípio da confiança, que tem como fundamentos os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, expostos tanto no Código de Defesa do Consumidor (CDC), como no Código Civil (CC), como se observará a seguir.

3.4 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

O Direito contemporâneo necessita superar a 2ª (segunda) crise contratual oriunda do desenvolvimento tecnológico, sendo que, para tanto, deve recorrer ao princípio da confiança, um instrumento hábil para dirimir os conflitos do ordenamento jurídico e solucionar os anseios da sociedade

Nos contratos eletrônicos de consumo, o princípio da confiança se vincula à necessidade de transparência, de informação e de segurança que devem existir, obrigatoriamente, em tais relações de consumo, com a finalidade de proteger as legítimas expectativas das partes contratantes, a partir do momento da celebração de um contrato na *Internet*, o qual, em regra, é baseado na confiança depositada nas promessas de outrem, na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas.

Em assim sendo, nesse momento, exige-se um estudo do princípio da confiança e de suas peculiaridades.

3.4.1 Acepções normativas da confiança

Karl Larenz, citado por Cláudia Lima Marques (2004a), assevera que a confiança é um princípio intrínseco a todo o direito, devendo ser considerada um princípio diretriz das relações contratuais e resguardada pelo ordenamento jurídico, pois, é fonte autônoma de responsabilidade.

Diversos doutrinadores apontam os seus conceitos de confiança, sendo unânimes em afirmar que se trata de um elemento indispensável da vida em sociedade no mundo contemporâneo, como se observará a seguir.

A respeito da confiança, Célia Weingarten pondera:

En la esfera del Derecho, constituye una ventana por la cual el elemento ético ingresa en el mundo jurídico, ya sea como principio básico de la vida social – sin la cual sería imposible concebir la convivencia en sociedad -, o también, creando específicos de conducta conforma a las expectativas de conductas razonables por parte de los sujetos portantes. El hombre actúa por motivaciones, y la primordial es la expectativa de confianza que supera la incertidumbre en cualquier orden, especialmente en el ámbito jurídico económico para romper con los riesgos del mercado, creando un marco de expectativa favorable a su éxito, evitando daños innecesarios. La expectativa de confianza nace fundamentalmente a partir de la credibilidad objetivada, que es la que orienta el comportamiento y guía las decisiones del individuo y sus intencionalidades, especialmente a los consumidores.²¹ (WEINGARTEN, 2000, p. 34-35)

Antonio Menezes Cordeiro (2001, p. 1234) assevera que a confiança “exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”.

Por sua vez, Ricardo Lorenzetti preleciona:

La confianza tiene muchos significados normativos: es un bien jurídico protegido, es un carácter de los contratos, es una regla interpretativa y un criterio decisorio. La confianza como bien jurídico: La confianza es un bien jurídico protegido en el ordenamiento, lo cual es bien conocido. La frustración de la confianza en las negociaciones precontractuales da lugar al resarcimiento del interés negativo o de confianza. (...) La confianza como principio jurídico y de interpretación: Como principio jurídico y regla hermenéutica significa que se da primacía a lo objetivamente declarado, porque se protegen las expectativas creadas y a quien confió en ellas. El principio se concreta en reglas específicas, en el orden procesal mediante el establecimiento de presunciones, como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica. La confianza como expectativa genérica de cumplimiento: La confianza es el fundamento de la celebración de los contratos ya que “lo que funda la fuerza obligatoria del contrato es la confianza que uno de los contratantes inspira al otro”. (...) La confianza en que el otro se comportará de buena fe, está jurídicamente protegida en el Derecho, ya que la violación de esa expectativa da lugar al resarcimiento al interés de confianza o interés negativo.²² (LORENZETTI, 2000b, p. 16-17)

²¹ Na área do direito, é uma janela através da qual o elemento ético entra no mundo jurídico, quer como um princípio básico da vida social - sem o qual seria impossível conceber a convivência na sociedade - ou ainda através da criação de condutas específicas em conformidade com as expectativas razoáveis de comportamento por parte dos indivíduos. O homem age motivado, sendo que a principal motivação é a expectativa de confiança que supera a incerteza em qualquer ordem, especialmente no campo jurídico, possibilitando com que se rompam com os riscos econômicos do mercado, criando um quadro favorável ao sucesso, evitando danos desnecessários. A expectativa de confiança decorre, fundamentalmente, a partir da credibilidade objetivada, que orienta o comportamento, as decisões dos indivíduos e as suas intenções, especialmente a dos consumidores.

²² A confiança tem muitos significados: é um bem jurídico protegido, é um personagem dos contratos, é uma regra interpretativa e uma tomada de decisão. Confiança como um bem jurídico: A confiança é reconhecida pelo Direito e protegida por lei. A frustração dessa confiança nas negociações gera a pré-compensação por violação da confiança. (...) A confiança como um princípio jurídico e

Niklas Luhmann (1985), por sua vez, consagra a confiança como o elemento central da vida em sociedade, devendo ser adotada como base da atuação do indivíduo, com o intuito de reduzir a complexidade que se encontra espalhada pela sociedade e conferir uma maior segurança jurídica às relações sociais.

Por fim, o pensamento de Carlyle Popp, que, citando João Baptista Machado, assevera:

O princípio da confiança visa, (...), trazer segurança jurídica ao tráfego social, em todas as suas searas, respeitados os princípios e situações próprias de cada instituto jurídico. É, na verdade, "um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem. Assim tem de ser, pois, (...), poder confiar é uma condição básica de toda convivência pacífica e da cooperação entre os homens. Mais ainda: esse poder confiar é logo condição básica da própria possibilidade de comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação (logo, da paz jurídica)". (POPP, 2008, p. 120)

Expostas as diversas acepções da confiança, constata-se que ela se vincula à finalidade de assegurar as legítimas expectativas dos contratantes, a partir do momento em que se realiza a oferta pública de produtos.

3.4.2 Adoção do princípio da confiança

De acordo com Cláudia Lima Marques,

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para o qual não só o momento da manifestação de vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. (...) À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito privado destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger

interpretação: Como um princípio jurídico é a regra de hermenêutica que visa dar primazia ao seu objeto declarado, porque protege as expectativas criadas e quem confiou neles. Esse princípio consiste em normas específicas, de ordem processual por meio do estabelecimento de presunções e de regras de responsabilidade, de acordo com o surgimento do Estado de Direito. Confiança como uma genérica expectativa de cumprimento: A confiança é a base para a celebração de contratos, e que "aquilo que fundou a executoriedade do contrato de trabalho é a confiança de que um dos contratantes inspira o outro." (...) A confiança que os outros irão agir de boa fé, é legalmente protegida em lei, e que a violação da expectativa de que resulta uma compensação para os interesses de confiança ou de interesse negativo.

determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo e a boa-fé das partes contratantes. (MARQUES, 2006a, p. 17)

Logo, a adoção do princípio da confiança, pelo ordenamento jurídico contemporâneo e pelos operados do direito, está intimamente ligada às especificidades das relações sociais na atualidade, onde preponderam o anonimato e a massificação das contratações.

Nas contratações de consumo celebradas por meio da *Internet*, conforme demonstrado anteriormente, existem diversas particularidades relacionadas ao meio em que os contratos são celebrados, que geram uma desconfiança generalizada em tais relações, tais como a complexidade do meio virtual, a despersonalização e a desumanização do contrato, a desmaterialização, a desterritorialização e a atemporalidade, entre outros.

Ocorre que a utilização do princípio da confiança²³ é a ferramenta hábil a enfrentar essa nova realidade desafiadora e a solucionar os conflitos jurídicos do mundo moderno.

Nesse sentido, Guilherme Magalhães Martins (2007, p. 46) menciona que, “na contratação eletrônica via internet, a confiança dos contratantes, (...) deve ser tutelada em face da especificidade do meio, garantindo uma expectativa legítima da parte sob o ponto de vista da segurança e informação”.

Segundo Cláudia Lima Marques (2002), o princípio da confiança abrange dois aspectos: a proteção da confiança no vínculo contratual e a proteção da confiança na prestação contratual. Assegurando, assim, o equilíbrio do contrato de consumo e garantindo ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido.

Impende-se verificar como o princípio da confiança deve ser consagrado no sistema jurídico brasileiro, a fim de possibilitar a superação das dificuldades advindas a com a utilização do meio eletrônico para a celebração de relações de consumo.

O ordenamento jurídico pátrio, bem como os operadores do Direito, devem adotar o princípio da confiança sob um duplo aspecto, como salienta Luiz Edson Fachin:

²³ Guilherme Magalhães Martins afirma que “na contratação eletrônica via internet, a confiança dos contratantes, que integra parte substancial da boa-fé, deve ser tutelada em face da especificidade do meio, garantindo uma expectativa legítima da parte sob o ponto de vista da segurança e informação”. (2007, p. 46)

A revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o direito civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais. Expressando o abrigo jurídico de intenções e negociações tendentes à formação de um contrato, a confiança pode mostrar-se numa configuração jurídica de dupla possibilidade. De um lado, a conclusão de contrato por comportamento concludente, cujo rompimento unilateral afeta o interesse contratual positivo ou de adimplemento mediante a quebra de dever jurídico. De outra parte, ainda mais importante, a violação da confiança pode atingir o interesse negativo ou da boa-fé, gerando em ambas as hipóteses efeitos jurídicos, especialmente indenização, compreendendo danos emergentes e lucros cessantes. (FACHIN, 1998, p. 116)

Observa-se que a confiança deve, necessariamente, resguardar a veracidade e a validade das intenções e das negociações manifestadas pelas partes, no momento de uma contratação.

De acordo com Carlyle Popp,

A teoria da confiança nasce como forma de resolver os conflitos existentes entre a teoria da vontade e da declaração. Naquela, como se sabe, privilegia-se a vontade interna à declarada, valendo a emanação volitiva somente na medida em que “traduz a intenção dirigida a determinadas conseqüências jurídicas”. Por sua vez, a teoria da declaração manifesta seu enfoque exclusivamente no conteúdo declarado, não importando se ela representa a real intenção do declarante. Ambas as teorias defendem a importância da coincidência entre a vontade interna e a declarada, mas de maneira diversa. Quando do conflito entre a vontade exteriorizada e a interna, afirmam o prevalecer de uma ou de outra, conforme seja o interprete defensor da teoria da vontade ou da declaração. Os defensores desta teoria, destarte, deixam claro que não é “a vontade que constitui a essência do negócio jurídico, sua força criadora. Não se deve levar em conta a vontade do efeito, senão a da declaração”. Assim, surge a teoria da confiança como forma de mitigar os efeitos da teoria da declaração, aperfeiçoando-a. Para os partidários dessa doutrina o direito deve privilegiar a segurança, sendo de todo irrelevante descobrir qual é mais importante: a vontade ou a declaração. Assim, para esta teoria “a declaração da vontade é eficaz, ainda que não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber ou não puder saber que não corresponde à vontade”. (POPP, 2008, p. 115-116)

Constata-se, portanto, que a adoção da confiança privilegia a segurança das relações jurídicas, sendo que a manifestação de vontade externada pelo contratante se sobrepõe a sua vontade interna.

Essa teoria é de grande importância para as contratações de consumo realizadas pela *Internet*, uma vez que existe uma grande dificuldade em averiguar a literalidade das intenções expostas pelas partes no momento da formação da relação de consumo, pois, muitas vezes, oferta e aceitação apresentadas por meio

eletrônico não são suficientemente claras para as partes envolvidas na celebração de um contrato de consumo eletrônico, segundo Cláudia Lima Marques (2004a).

Em assim sendo, faz-se necessário analisar como se efetiva a aplicabilidade do princípio da confiança nos contratos eletrônicos de consumo.

3.5 BASES PARA A CONCREÇÃO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

Conforme Carlyle Popp pondera,

Ao iniciar as tratativas, ambas as partes somente têm uma obrigação: respeitar os ditames da boa-fé e, conseqüentemente, não violar a confiança depositada pela parte contrária. Infringe-se a confiança, em síntese quando, por ato específico, tocam-se as legítimas expectativas da parte contrária na continuidade das negociações e, conseqüentemente, na celebração do contrato. (POPP, 2008, p. 226-227)

Nas contratações eletrônicas, o consumidor ao adquirir um produto por meio da *Internet* cria expectativas relacionadas à qualidade do produto, à idoneidade da empresa, à segurança do meio eletrônico, ao recebimento do produto, embasado, apenas, na aparência do fornecedor exposto às praticas comerciais através da rede mundial de computadores.

Logo, em tais contratações é fundamental que exista confiança na aparência do fornecedor, na imagem disponibilizada, na informação ofertada, no *click* realizado, no meio eletrônico e na realização das legítimas expectativas do consumidor, de acordo com Cláudia Lima Marques (2004a).

Em assim sendo, impende-se um estudo dos institutos que permitem a efetiva concretização do princípio da confiança em tais contratos, como se observará a seguir.

3.5.1 Transparência

A transparência e a confiança andam juntas, pois, ambas têm a finalidade de proteger as legítimas expectativas das partes contratantes, sendo que alcançar uma

maior transparência na *Internet* é o grande desafio das contratações eletrônicas de consumo, de acordo com Cláudia Lima Marques (2004a).

Como mencionado anteriormente, o princípio da transparência está positivado no ordenamento jurídico pátrio no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, sendo que impõe ao fornecedor o dever de prestar informações claras e precisas e assegura ao consumidor a plena ciência das obrigações assumidas perante o fornecedor, favorecendo a liberdade de escolha, ou seja, a autonomia privada dos contratantes.

Ocorre que, diversos autores, dentre os quais se destaca Cláudia Lima Marques (2002) afirmam que o princípio da transparência, também, está previsto no *caput* do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, tendo por finalidade a celebração de um contrato embasado no respeito e na lealdade e, conseqüentemente, proporcionando uma relação mais justa para as partes. Ressalta-se que, asseveram, ainda, existirem regras relacionadas a transparência e a clareza contratual.²⁴

Faz-se necessário, portanto, identificar o real significado do vocábulo “transparência” para as relações de consumo. Nesse sentido, Paulo Nalin pondera:

A transparência faz com que se exija do pré-disponente, sobretudo, lealdade, ao estabelecer o conteúdo da avença e lealdade ao informar sobre ela ao outro contratante, via de regra mero aderente, portanto vulnerável à vontade contratual que está a definir seus termos gerais, exigindo-lhe destarte comportamento responsável. (NALIN, 2001, p. 145)

Segundo Alcides Tomasetti Junior (1992), a transparência é um resultado prático, que a lei materialmente persegue mediante o que se pode denominar princípio da informação, sendo que essa informação tem a função de racionalizar as opções do consumidor.

Por sua vez, Cláudia Lima Marques ensina:

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, *caput*, do CDC, o da Transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o

²⁴ Os artigos 30, 31, 33, 46, 48, 52 e 54 todos do Código de Defesa do Consumidor apontam regras relacionadas a transparência e a clareza contratual, como se observa na transcrição dos artigos citados.

produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo. (MARQUES, 2002, p. 594-595)

Diante do exposto, constata-se que nos contratos de consumo celebrados por meio da *Internet*, a transparência deve ser vista como um direito do contratante mais fraco ou como um dever imposto ao contratante mais forte, que assegura a clareza contratual, sendo que a idéia é fomentar uma relação de consumo mais sincera e menos prejudicial entre as partes.

Assegurando-se a observância do princípio da transparência, concomitantemente, resguarda-se a liberdade de escolha do consumidor.

Nesse sentido, Cesar Viterbo Matos Santolim (2005, p. 74) assevera que “a idéia de transparência funciona também no sentido de preservar o princípio da autonomia privada, já que sem esta condição o próprio processo de formação da vontade do consumidor ficar prejudicado”.

Portanto, tal princípio necessita ser observado na formação do vínculo contratual eletrônico, pois, rege o momento pré-contratual e a eventual conclusão do contrato, conforme Cláudia Lima Marques (2004a).

3.5.1.1 Transparência na fase pré-contratual

Nos contratos eletrônicos de consumo interativos, a fase pré-contratual é caracterizada pela oferta pública de produtos ou publicidade realizada pelo fornecedor por meio de um *site* na *Internet* e pela aceitação do consumidor através desse mesmo portal. Ocorre que, existe uma grande dificuldade em averiguar a literalidade das intenções expostas pelas partes no momento da formação da relação de consumo.

Nessa fase, segundo Carlyle Popp (2008) as partes têm as seguintes obrigações: respeitar os ditames da boa-fé, os deveres anexos ao contrato e não violar a confiança depositada pela parte contrária.

Em assim sendo, no momento em que o fornecedor realiza a oferta ou publicidade, obrigatoriamente, deve observar o princípio da transparência, ou seja, prestar informações claras sobre o produto, conforme dispõe o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, Roberto Senise Lisboa dispõe:

A transparência, nas relações de consumo, é imprescindível e somente pode ser atingida pela observância de medidas que importem no fornecimento de informações verdadeiras precisas e objetivas ao consumidor bem como ao fornecedor, por parte do destinatário final do produto ou serviço (LISBOA, 2006, p. 101)

Pode-se dizer que na fase pré-contratual, o princípio da transparência tem a função de obrigar o fornecedor a disponibilizar informações claras e precisas ao consumidor dos produtos oferecidos, além de gerar obrigação de conhecimento prévio do conteúdo dos contratos, conforme ensina Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2000).

A respeito da aplicação da transparência nos contratos celebrados por meio da *Internet*, Cláudia Lima Marques, citando Fuhrmann, assevera:

Como ensina Fuhrmann, a transparência nas informações e nas práticas do comércio eletrônico é a base necessária para se superar a ineficiência típica ou falha deste mercado, que leva a não-atuação do consumidor. As informações relevantes para que possa tomar uma decisão consciente e racionalmente devem ser prestadas aos consumidores também lealmente no comércio eletrônico: informação sobre o produto e serviço, informação sobre o contrato, informação sobre o direito de arrependimento, informação sobre o caráter comercial da oferta e publicidades, informação sobre o nome, grupo, localização física e endereços dos fornecedores, informações sobre a segurança do local de contratação e instrumentos de assinatura e certificação. (MARQUES, 2004a, p. 248)

Nas contratações interativas, quando o fornecedor realiza uma oferta pública de produto, deve, obrigatoriamente, expor toda a informação suficiente e precisa a respeito do produto que está sendo oferecido ao consumo e sobre as condições do contrato, sendo que o consumidor, irá se manifestar, aceitando a celebração do contrato tendo como base aquilo que lhe foi exposto em um *site* da *Internet*.

Ou seja, nos contratos eletrônicos de consumo existe uma oferta pública baseada na transparência e na aparência²⁵ e uma aceitação baseada na confiança²⁶, segundo Ricardo Lorenzetti (2004).

²⁵ Deve ser entendido como aparência o estado daquilo que se parece exteriormente, do que se manifesta por representações exteriores.

²⁶ Tanto a aparência como a confiança, significam que se confere primazia àquilo que foi objetivamente declarado.

Assim, alcançar a transparência na fase pré-contratual, que se baseia na aparência, é um dos ideais dos contratos eletrônicos de consumo, pois, permitirá a concretização do princípio da confiança e o desenvolvimento do *e-commerce*.

3.5.2 Informação

Paulo Luiz Netto Lôbo (2001, p. 59) assevera que “o direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor”, sendo que tal princípio se encontra expressamente previsto no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, artigo este anteriormente descrito, com a finalidade de resguardar os direitos de todos os consumidores, pois, existe uma manifesta desigualdade entre as partes da relação de consumo.

Segundo Cláudia Lima Marques (2004a, p. 82), “é a informação a chave do momento decisório para o consumidor, daí por que os deveres de informação encontram-se no centro dos instrumentos de proteção deste agente econômico”. Logo, pode-se dizer que o direito à informação por parte dos consumidores impõe um dever de informação aos fornecedores²⁷, ou seja, a quem oferece produtos e serviços, como ressalta Flora Margarida Clock Schier (2007).

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2007, p. 141) afirma que “na verdade, a informação, nesse âmbito da ciência jurídica, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado; e o segundo, com o consumidor vulnerável”.

Esse dever de informar, reflexo do princípio da transparência, é descrito por Flávio Alves Martins:

Qualquer das partes tem o dever de informar as circunstâncias que a outra possa ignorar e que sejam determinantes na manifestação do consenso, momento em que se forma o contrato por meio da união de declarações receptícias das vontades dos contraentes (proposta e aceitação). O dever de informação (indicação ou esclarecimento) pode dizer respeito à comunicação que uma parte deve fazer à outra de circunstâncias ignoradas, imperfeita ou incompletamente conhecidas. A oferta deve conter informações inequívocas, portanto, há necessidade de se prestar todas as informações prévias sobre o ofertante, a sistemática de contratação e sobre o bem, serviço ou informação, aplicando-se, subsidiariamente, os

²⁷ Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que “o dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, significante de representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial”. (LÔBO, 2001, p. 66)

arts. 30 e 31 do CDC. Devem as partes informar, respondendo correta e plenamente às perguntas formuladas pela outra; devem, também, não abusar da impossibilidade da outra em se auto-informar ante à complexidade técnica e especialização do negócio, ou decorrente da inexperiência negocial. A informação, atividade essencialmente pré-contratual, deve ainda, levar em consideração ter ou não, a outra parte, alguma peculiaridade que mereça alguma proteção como, por exemplo, ser incauto (menor de idade), ter dificuldades com o idioma (estrangeiro) ou ser portador de algum defeito físico (problemas de visão). Outro critério, é verificar o abuso da confiança depositada por uma das partes à outra em virtude da continuidade ou da frequência de relações. (MARTINS, 2004, p.157-158)

Ocorre que nas contratações eletrônicas de consumo, as particularidades inerentes ao meio em que os contratos são celebrados, ensejam uma “debilidade informativa, as informações disponíveis são aquelas escolhidas pelo fornecedor e acessadas com uniformidade”, conforme ressalta Cláudia Lima Marques (2004a, p. 95).

Para que se crie a “atmosfera” de confiança essencial aos contratos eletrônicos de consumo e para que o dever de informar seja, efetivamente, observado pelos fornecedores que se utilizam da *Internet* para a celebração de negócios jurídicos, devem ser apresentadas as seguintes informações ao consumidor, de acordo com Ricardo Lorenzetti,

- o meio tecnológico utilizado, a identificação do ofertante para evitar problemas do anonimato, bem como esclarecimentos sobre o modo de aceitar a oferta;
- o produto ou serviço abarcado pela oferta;
- os aspectos legais, especialmente com relação às condições gerais da contratação. (LORENZETTI, 2004, p. 309)

Ainda, a respeito do dever de informar no meio eletrônico, Cláudia Lima Marques ensina:

Deve o consumidor receber todas as informações que possam criar confiança na existência, tais como o endereço, os registros do fornecedor com quem está contratando, os endereços que deve procurar em caso de arrependimento, e as informações sobre os custos do arrependimento. As informações mais importantes, porém, são aquelas – que também devem ser prévias -, sobre o conteúdo do contrato, o preço exato, os custos extras e típicos do meio (custos de transportes, impostos, etc.). (...) O dever de informar dos *experts* perante os leigos, logo, dos fornecedores no comércio eletrônico perante os consumidores – arts. 2º e 3º do CDC -, é de informar completamente (*obligation d’informer complètement*). Mesmo que não haja “debate” ou “diálogo” contratual, a informação tem que ser previamente colocada a disposição do consumidor (arts. 30, 31 e 46 do CDC), oportunizando a informação sobre o texto contratual e suas condições gerais contratuais, os riscos daquele tipo de contrato, os custos extras etc.

É também uma obrigação de informar lealmente (*obligation d'informer loyalement*), incluindo todas as informações obrigatórias referentes ao objeto e ao contrato, especialmente as de ordem pública. (MARQUES, 2004a, p. 143-144)

Assim, verifica-se que o fornecedor deve prestar todas as informações importantes sobre o conteúdo do contrato²⁸, o objeto da contratação, o valor da contratação, os modos de pagamento, como a entrega será realizada, os eventuais riscos da contratação, entre outros.

De acordo com Carlyle Popp (2008, p. 205), “não basta cumprir o dever genérico de informar, sendo necessário que a informação seja adequada ao fim a que se destina, além de tempestiva, de maneira a ser útil ao destinatário”, no sentido de permitir que o consumidor confie na relação contratual.

Quando esse dever de informação é respeitado pelo fornecedor nas contratações eletrônicas, fomenta-se o desenvolvimento do *e-commerce*, pois o consumidor não se sente tão vulnerável frente às adversidades do meio eletrônico, passando a confiar nos produtos e na credibilidade do fornecedor que realiza transações comerciais por meio da *Internet*.

3.5.2.1 Dever de confirmação

Em decorrência da informação e do dever de informar, surge o dever anexo de confirmação, que também influi para o alcance da confiança no meio eletrônico.

A respeito do dever de confirmação, Ricardo Lorenzetti afirma:

O ofertante dispõe de um controle sobre o meio eletrônico que não se compara ao possuído pelo aceitante, em que pese seja esse propulsor do processo de contratação. Em virtude dessa razão, deverá confirmar o recebimento da mensagem de aceitação do negócio. O denominado “aviso de recebimento” deve ser configurado na forma de um mecanismo inerente à mensagem eletrônica da oferta que é expedida de forma automática. (LORENZETTI, 2004, p. 311-312)

²⁸ A respeito do conteúdo dos contratos das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor expressa: “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Em assim sendo, o dever de confirmação impõe a obrigação de o fornecedor informar ao consumidor o recebimento do aceite, por meio de um aviso de recebimento, permitindo, assim, uma maior confiança na relação celebrada.

3.5.3 Segurança

Ainda, entre os institutos que permitem a efetiva concretização do princípio da confiança nos contratos, encontra-se a segurança, que, também, deve ser assegurada no *e-commerce* para que ocorra o seu incremento.

Segundo Fabiele Behrens (2007, p.55), “o comércio eletrônico, bem como, as trocas de documentos, apresentam certa resistência quanto à sua execução, no Brasil e no mundo todo, motivada pela falta de segurança das informações existentes na internet”. Soma-se a isso a própria insegurança inerente ao meio eletrônico.

A promoção e o próprio sucesso do comércio eletrônico depende, necessariamente, da confiança depositada na rede e, para que ela exista, se faz necessário que os consumidores se sintam seguros para realizar transações eletrônicas, devendo, portanto, as empresas que visam obter lucro pela internet cuidar para que as suas transações não sejam interceptadas ou mesmo alteradas, e buscar um nível de segurança cada vez mais confiável e menos falível. (GREGORES, 2006, p. 74)

Constata-se que os fornecedores estão atentos a esse fato, tanto que, atualmente, já existem diversos instrumentos, tais como a certificação digital²⁹, a criptografia³⁰ e a assinatura digital³¹, que são capazes a conferir uma maior

²⁹ “A certificação digital pode ser usada para várias finalidades, desde as operações mais simples, como identificar o grupo de amigos que se comunica em tempo real, na Internet, até a identificação segura das partes de um contrato eletrônico cujo objeto envolva uma transação de milhões de reais”. (LEAL, 2007, p. 167)

³⁰ “Criptografia é um sistema bastante antigo que consiste basicamente na cifragem de mensagens em códigos com o objetivo de evitar que estas possam ser decifradas por terceiros. Criptografar significa escrever em código. Esse sistema se desenvolve com duas operações básicas: encriptação (transformação da informação compreensível em códigos que a deixa incompreensível) e descriptação (operação inversa, que descodifica a mensagem, tornando-a compreensível). (LEAL, 2007, p. 160)

³¹ “A assinatura digital é uma forma específica de tecnologia que codifica o conteúdo de uma mensagem eletrônica e a identidade de seu subscritor, usando dois códigos complementares – a chave pública e a chave privada. Possui a função de fechar o conteúdo do documento, fazendo com que permaneça íntegro, ou se for minimamente alterado, que isso possa ser constatado”. (LORENZONI, 2006, p. 146)

segurança e conseqüentemente uma maior confiança no meio eletrônico e em suas relações.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques preleciona:

Quanto à segurança, a reconstrução tem sido mais atenta: de técnicas de criptografia, conexões seguras, sistemas anti-*hackers*, anti-vírus, chaves-públicas e privadas, certificadores, árbitros virtuais etc. Os esforços dos fornecedores neste setor são grandes. Os consumidores ainda não foram conquistados, mas a verdade é que as técnicas menos complicadas, como a de uso de senhas, parecem ser as de maior sucesso. (MARQUES, 2004a, p. 147)

Dessa forma, vem sendo criada uma atmosfera de confiança no meio eletrônico, sendo que, de acordo com Valéria Elias de Melo Gregores (2006) os instrumentos utilizados nas contratações eletrônicas de consumo têm reduzido o medo pelo uso dos meios eletrônicos, “entretanto, a questão da segurança ainda precisa melhorar, para que o comércio eletrônico possa vencer todas as barreiras e atrair mais consumidores, bem como para assegurar a atividade dos empresários”. (GREGORES, 2006, p. 75)

3.6 PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO

Na celebração de contratos eletrônicos de consumo quando observadas a transparência, a segurança e a informação efetiva-se a proteção da confiança do consumidor.

De acordo com Cláudia Lima Marques (2002), no sistema do Código de Defesa do Consumidor, as normas de transparência, informação e segurança irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na prestação contratual, na sua adequação ao fim que dele se espera e protegerão, também, a segurança que o consumidor deposita no fornecedor.

Tais deveres de informação, transparência e segurança existem desde a fase pré-contratual quando da oferta pública de um produto em um *site* e se estendem mesmo após o contrato, devendo ser observados em todos os momentos da relação contratual eletrônica.

Eventualmente, algum desses deveres anexos que protegem a confiança do consumidor pode não ser observado. Tal ato importará na violação do contrato celebrado, gerando sua resolução e a obrigação de reparar perdas e danos, sendo a responsabilidade nesses casos objetiva, conforme prevê o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor³².

Nesse sentido, Daniela Côrrea Jacques afirma:

A proteção da confiança pretende assim tutelar de alguma forma a segurança e a certeza das relações jurídicas, conferindo ao direito o papel de prover estabilidade na vida social. Aqueles comportamentos que objetivamente despertem a confiança para aqueles que integram a relação obrigacional, são passíveis de gerarem responsabilidade da parte que de algum modo participava dessa relação e obtinha proveito econômico. Trata-se de um novo modelo de responsabilidade que pode ser designada por responsabilidade pela quebra da confiança, avançando na divisão clássica da responsabilidade civil em contratual e delitual. (JACQUES, 2003, p. 125)

Logo, se os fornecedores que se utilizam da *Internet* frustrarem as legítimas expectativas dos consumidores, quebrarão a confiança depositada na relação jurídica, impondo a intervenção do direito, conforme Antônio Carlos Efing (1999).

Nesse sentido, Nelson Rosenvald afirma:

A violação positiva do contrato com o rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo contratual ou, mesmo, à oposição da *exceptio non adimpleti*, inclusive com todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado. (ROSENVALD, 2005, p.379)

Constata-se, portanto, que no meio eletrônico, toda violação da confiança e quebra das legítimas expectativas dos consumidores deve ser responsabilizada.

³² “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

CONCLUSÃO

O mundo jurídico necessita, mais uma vez, se adequar às novas formas de contratação oriundas da evolução tecnológica.

No século XIX, apogeu da teoria clássica contratual, o contrato era a expressão da autonomia da vontade das partes, que tinham a liberdade de estipular o que lhes conviesse, sendo que o direito servia apenas para fornecer os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesse das partes.

Ocorre que essa situação não se sustentou por muito tempo. O início da crise da teoria contratual clássica vinculou-se à Revolução Industrial, na Idade Moderna, que proporcionou o surgimento da produção em série, a distribuição indireta e a difusão dos contratos.

Essa transformação social e tecnológica teve reflexos no mundo jurídico e exigiu a adequação do direito a nova realidade. Assim, vivenciou-se a 1ª (primeira) crise do contrato, na qual ocorreu a substituição da teoria contratual clássica pela nova concepção social do contrato.

A nova concepção de contrato surgiu com uma visão mais social e coletiva, não se importando apenas com a manifestação de vontade das partes, mas também, com os efeitos do contrato na sociedade, bem como com a condição econômica e social dos contratantes. Na busca deste novo equilíbrio, passaram a ser protegidos determinados interesses de cunho social, valorizando a confiança do vínculo de contratação, as expectativas e a boa fé.

Não obstante o direito ter se adaptado às necessidades sociais do século XIX, atualmente, se encontra mais uma vez em descompasso com o avanço tecnológico.

Na década de 1960, nos Estados Unidos, surgiu primeiramente a *Arpanet*, que foi aprimorada e se transformou na *Internet*, uma rede mundial de computadores, que permite a comunicação entre diversos computadores que se encontrem conectados à rede.

Em 1988, esse fenômeno chegou ao Brasil, sendo que a partir de 1993 houve uma relevante popularização da rede mundial de computadores, que ocasionou diversas transformações nas relações jurídicas, uma vez que a *Internet* proporcionou um novo meio para a celebração de negócios jurídicos.

O trabalho dedicou-se a demonstrar as peculiaridades das espécies de contratos celebrados por meio da *Internet*, enfatizando-se os contratos que operacionalizam o *e-commerce business to consumer*.

Essas relações de consumo concretizadas em ambiente virtual se caracterizam pela identificação de uma relação estabelecida entre as figuras do consumidor e do fornecedor, que se vinculam em virtude de um produto ou serviço disponibilizado em um *website* da *Internet*.

Verificada a existência de uma relação de consumo por meio da rede mundial de computadores, sujeita à legislação brasileira, essa será tutelada pelas regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC); e, subsidiariamente, pelo Código Civil (CC).

Em assim sendo, podem ser consumidores todas as pessoas físicas ou jurídicas, incluindo aqueles que foram equiparados a consumidor por lei, que, por meio da *Internet*, manifestam a sua vontade, com o intuito de adquirir ou utilizar, produtos ou serviços ofertados na rede mundial de computadores.

Por sua vez, a caracterização do fornecedor estará sujeita a habitualidade no desenvolvimento das atividades.

Apontou-se, ainda, que grande parte dos contratos de consumo celebrados sob a modalidade *business to consumer*, são representados pelos contratos interativos, nos quais as cláusulas estão prévia e unilateralmente impostas pelo fornecedor, sem qualquer possibilidade de discussão, configurando, assim, os contratos de adesão, sendo que essas contratações para fins comerciais efetivadas por meio da *Internet* têm alcançado níveis significativos perante a economia mundial.

Verificou-se que, nos últimos 7 (sete) anos, ocorreu um aumento de mais de 8 (oito) milhões no número de consumidores, que realizam compras em *sites* ou em lojas virtuais. Ocorre que, ainda existe uma desconfiança generalizada por parte dos consumidores quando se trata de celebrar contratos de consumo através da *Internet*.

Essa falta de confiança pode ser atribuída a diversos fatores relacionados ao meio eletrônico, tais como: a imaterialidade, a atemporalidade, a desterritorialização, a desumanização, a despersonalização e a vulnerabilidade tecnológica do consumidor.

Diante dessa situação, de falta de credibilidade generalizada nas relações contratuais celebradas por meio da rede mundial de computadores, vivencia-se uma 2ª (segunda) crise no contrato, que seria a crise da confiança, tendo, novamente, um

fundamento externo a teoria contratual, pois é impulsionada pelo atual estágio do desenvolvimento tecnológico da sociedade pós-moderna.

Ocorre que, essa situação de falta de confiança não pode persistir. Em assim sendo, faz-se necessário que o mundo jurídico, mais uma vez, adeque-se às novas formas de contratação oriundas da evolução tecnológica.

A superação dessa crise e a melhor adequação do Direito e do contrato ao momento atual necessita ocorrer por meio da valorização do princípio da confiança.

Nos contratos eletrônicos de consumo, o princípio da confiança se vincula a necessidade de transparência, de informação e de segurança que devem existir, obrigatoriamente, em tais relações, com a finalidade de proteger as legítimas expectativas das partes contratantes, a partir do momento da oferta de um produto e da celebração de um contrato na *Internet*, o qual, em regra, é baseado na confiança depositada nas promessas de outrem, na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas.

Ressalta-se, ainda, que toda quebra da confiança e violação das legítimas expectativas dos contratantes deve ser responsabilizada.

O trabalho procurou demonstrar que, embora, não exista uma lei específica que trate do comércio eletrônico, atualmente, todos os eventuais problemas decorrentes das contratações de consumo celebradas por meio da *Internet*, podem ser solucionados pelas leis já existentes no ordenamento jurídico brasileiro e pelos princípios norteadores das relações contratuais, dentre eles, o princípio da confiança.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

_____. Direitos e deveres do comércio eletrônico. *Revista Computerworld*, Curitiba, n. 329, p. 18 e ss, 2000.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALTERINI, Atilio. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 15, p. 5-19.

ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM, Eduardo Arruda, MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 27-33, 1993.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. As cláusulas contratuais gerais, a proteção do consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria. *Revista de Informação Legislativa*, v. 98, p. 242-256.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Barueri: Manole, 2004.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direto e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 1-11, mai./ago. 2004.

ARAÚJO, Jailson. *In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002.

ARCE, Érika Patrícia Tijaneros. La protección del consumidor electrónico en los países del mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, n. 54, p. 173-192, abr./jun. 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, p. 79.

_____. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Comércio Eletrônico: uma visão do Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 94, p. 98, 1999.

BAPTISTA, Silvio Neves. A crise do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 32, p. 23.

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

BEHRENS, Fabiele. *Assinatura eletrônica & negócios jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

_____. O conceito jurídico de consumidor, *Revista dos Tribunais*, n. 628, p. 69-79.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BITTAR, Carlos Alberto. *As modalidades de contrato de adesão e seu regime jurídico*. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 106, p. 161, abr./jun. 1990.

_____. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BONATTO, Cláudio. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BORTOLOZZI, Ricardo. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais 2*. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL, Angela Bittencourt. *Informática jurídica: o ciber direito*. São Paulo: Loyola, 2000.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Valor jurídico dos contratos eletrônicos. *Revista Bonijuris*, ano XIII, n. 457, dez. 2001.

BULGARELLI, Waldírio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “lege ferenda”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 97, p. 41-55.

_____. *Direito Empresarial Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35, p. 97-108.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

COAGUILA, Carlos Alberto Soto. In: LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) e outros. *Direito & Internet vol. II – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Coord. Juarez Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. O contrato eletrônico: conceito e prova. *Tribuna de Direito*, p. 08, fev. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do consumidor: importante capítulo no direito econômico. Defesa do Consumidor*. – Textos básicos. Brasília: MJ/CNDC, 1987.

_____. Direito Empresarial – Aspecto da denominação direito empresarial – Relevância da empresa na sociedade moderna. *Revista de Direito Mercantil*, v. 104, p. 110 e ss.

CONCERINO, Arthur José. In: LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) e outros. *Direito & Internet: - Aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: EDIPRO, 2001.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Da pós-eficácia das obrigações*. Lisboa: Separata, 1984.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Daniel Sica da. In: MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato – estudo sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

D'AZEVEDO, Ana Rispoli. In: MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato – estudo sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jean Carlos. *O direito contratual no ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2001.

DIAS OLIVEIRA, Elsa. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. Coimbra: Almedina, 2002.

DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais*. São Paulo: LTR, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. Revista dos Tribunais, 1993.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2008.

EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Direito das relações contratuais 2*. Curitiba: Juruá, 2005.

EFING, Antônio Carlos e FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida. *Direito e Questões Tecnológicas - Aplicados no Desenvolvimento Social*. Curitiba: Juruá, 2008.

ELIAS, Paulo Sá. Breves considerações sobre a formação do vínculo contratual e a internet. *Revista de Direito Privado*, v. 6, p. 194 e ss, abr./jun. 2001.

_____. *Contratos eletrônicos e a formação do vínculo*. São Paulo: Lex Editora, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FRANCO JÚNIOR, Carlos. *E-business: tecnologia da informação e negócios na Internet*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito – reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Negócio jurídico de consumo. *Boletim do Ministério da Justiça*, v. 273, p. 5-37, 1978.

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

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. In: LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet vol. II – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: contratos*. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAMBOGI CARVALHO, Ana Paula. A celebração de contratos via internet segundo os ordenamentos jurídicos alemão e brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 39, p. 85-117.

_____. *Contratos via internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 46, p. 77-119.

GARCIA JUNIOR, Armando Álvares. *Contratos via Internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

GATES, Bill. *A Estrada da Informação*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GIANASI, Anna Luiza de Castro. As relações de consumo e o princípio da transparência: uma proposta de integração jurídico-normativa para o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 7-54, abr./jun. 2006.

GIL, Antonio Hernández. *Obras completas, derecho de obligaciones*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Renato Afonso. *Bancos de dados nas relações de consumo*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 188 – Interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 5, p. 183-189.

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

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e internet – Relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GREGORES, Valéria Elias de Melo. *Compra e venda eletrônica e suas implicações*. São Paulo: Método, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET – Universidad de los Andes. *Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones*. Bogotá: Legis, 2002.

ISAGUIRRE, Katya Regina. *Internet: responsabilidade das empresas que desenvolvem os sites para web-com*. Curitiba: Juruá, 2001.

ITEANU, Oliver. *Internet et lê droit*. Eyrolles, 1996, p. 23.

JACQUES, Daniela Corrêa. A proteção da confiança no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, p. 101-128.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003.

KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr./jun. 2007.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

_____. *As tecnologias da inteligência*. São Paulo: Editora 34, 1993.

LISBOA, Roberto Senise. *A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997a.

_____. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997b.

_____. O consumidor na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 203-269, jan./mar. 2007.

_____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.

_____. Princípios Sociais dos Contratos no Código de defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 42, p. 191, abr./jun. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Informática, Cyberlaw y E-Commerce. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.9, n.36, p.9-37, out./dez. 2000a.

_____. La relación de consumo: conceptualización dogmática en base el derecho del MERCOSUR. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 9-31.

_____. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.9, n.35, p. 9-37, jul./set. 2000b.

_____. *Tratado de los contratos – parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LORENZONI, Ana Paula. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais 2*. Curitiba: Juruá, 2005.

LUCCA, Newton. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito do Consumidor – Aspectos práticos*. Bauru: Edipro, 2000.

LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) e outros. *Direito & Internet: - Aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Direito & Internet vol. II – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LUCON, Rodrigo. A internet e as relações de consumo. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. *Internet: O Direito na era virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Modernos, 1985.

MAGALHÃES MARTINS, Guilherme. Contratos eletrônicos via internet: problemas relativos à sua formação e execução. *Revista dos Tribunais*, v. 776, p. 92-106.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato – estudo sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a.

_____. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Contratos relacionais no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

_____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.9, n.35, p. 61-96, jul./set. 2000.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundando. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.15, n.57, p. 9-59, jan./mar. 2006b.

_____. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.10, p. 7-20, abr./jun. 1994.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Defesa do consumidor na rede. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4, p. 141-165, 2004.

MARTINS, Flávio Alves; PAIM, Humberto de Macedo. *Internet e direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.16, n. 64, p. 43-70, out./dez. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e internet*. São Paulo: RT, 2001.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A reconstrução do direito privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATTE, Maurício. *Internet – comércio eletrônico*. São Paulo: LTR, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MERKL, Márcio. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais 2*. Curitiba: Juruá, 2005.

MIRAGEM, Bruno. In: MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato – estudo sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

MOTA PINTO, Carlos Alberto. Contratos de adesão. *Revista Forense*, v. 261, p. 33-43.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato – Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

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

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? *Rivista di Diritto Civile*, ano XLIV, n. 5, p. 525-533, set./out. 1998.

PASCUTI, Caroline Paludetto. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais*. Curitiba: Juruá, 2002.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade Civil Pré-negocial: O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2008.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publisher, 2002.

QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. In: LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) e outros. *Direito & Internet: - Aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: EDIPRO, 2001.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Visão Geral do Novo Código Civil*. Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RELVAS, Marcos. *Comércio eletrônico: aspectos contratuais da relação de consumo*. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos- estudos*. Coimbra, 2007.

RIBEIRO, Luciana Antonini. In: MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato – estudo sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROPPO, Enzo. *Contratti standard – Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziale di impresa*. Milano: Giuffrè, 1975.

_____. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 49, p. 130-163, jan./mar. 2004.

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

_____. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p. 52-84, jul./set. 2005.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. In: Rover, Aires José. *Direito, Sociedade e Informática – Limites e Perspectivas da Vida Digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p. 105-129, out./dez. 2000.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2007.

SOBRINO, Waldo Augusto Roberto. Algunas de las nuevas responsabilidades legales derivada de Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 9-24, abr./jun. 2001.

SOUZA MIRANDA, José Gustavo. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 153, p. 131-149, jan.-mar. 2002.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides . O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4, p. 52-90, 1992.

TYBUR JÚNIOR, Petrus. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). *Direito das relações contratuais 2*. Curitiba: Juruá, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 206, 2001.

VAZ, Patrícia Milano. O consumo internacional através dos provedores de acesso à internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 13, n. 52, p. 93.129, out./dez. 2004.

VELTEN, Paulo. Função social do contrato – cláusula limitadora da liberdade contratual. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.

VOLPI NETTO, Ângelo. *Comércio Eletrônico – Direito e Segurança*. Curitiba: Juruá, 2001.

WALD, Arnoldo. O Contrato: Passado, Presente e Futuro. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 08, 1º semestre de 2000.

WEINGARTEN, Celia. El valor econômico de la confianza para empresas y consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 33-50, jan./mar. 2000.

Sites consultados

www.abril.com.br

www.digitalbrasil.inf.br

www.geocities.com

www.itweb.com.br

www.netpedia.com.br

<http://pt.wikipedia.org>

www.sulcom.com.br

www.tiinside.com.br

GLOSSÁRIO

Arpanet – trata-se de uma rede local de grande porte criada na década de 1960 pela ARPA (*Advanced Research Projects Agency*, que passou a se chamar DARPA na década de 1970) do Departamento de Defesa dos Estados Unidos como veículo para permitir que universidades e instituições de pesquisa trocassem informações livremente, apesar de os militares também usarem essa rede para se comunicar.

Biometria – é a tecnologia que permite a identificação dos indivíduos, de maneira única e pessoal, através, por exemplo, de escaneamento de retina, reconhecimento de voz, impressão digital, entre outros.

Bit – “Dígito binário, um único 0 ou 1, ativado ou desativado, armazenado no seu computador. Quatro *bits* formam um *nibble* (termo raramente usado), e 8 bits formam um *byte*, o equivalente a um único caractere. As CPU’s possuem 8, 16 ou 32 *bits*. Isso se refere à quantidade de informações que podem processar de cada vez”.³³

Bytes – “abreviatura de *binary term*. Trata-se de uma unidade de dados que consiste, geralmente, em oito bits. Um *byte* representa um único caractere, como uma letra, um dígito ou uma marca de pontuação. Como um *byte* representa apenas uma pequena quantidade muito limitada de informação, a capacidade de memória e de armazenamento é geralmente expressa em *kilobytes* (1.024 *bytes*), *megabytes* (1.048.576 *bytes*), ou *gigabytes* (1.073.741.824 *bytes*)”³⁴.

Business to business – relações celebradas entre dois empresários por meio da *Internet*.

Business to consumer – relações celebradas entre empresário e consumidor por meio da *Internet*.

Chat – conversa em tempo real através do computador. Quando um participante digita uma linha de texto e, em seguida, pressiona a tecla “*enter*”, as palavras desse

³³ Disponível em: www.digitalbrasil.inf.br. Acesso em 15/06/2008.

³⁴ Disponível em www.netpedia.com.br. Acesso em 15/06/2008.

participante aparecem nas telas dos outros participantes, que podem responder da mesma forma. A maioria dos serviços *online* suporta o bate-papo; na *Internet*, o MSN é o sistema mais comum.

Chave criptográfica – é o código ou valor numérico utilizado com um algoritmo criptográfico para modificar, autenticar, validar, cifrar e decifrar dados.

Consumer to consumer – relações celebradas entre dois consumidores por meio da *Internet*.

E-commerce – atividade comercial viabilizada por meio de dois computadores conectados à rede mundial.

EDI – acrônimo de *electronic data interchange* (intercâmbio de dados eletrônico). Um conjunto de padrões para controlar a transferência de documentos comerciais, como pedidos de compra e faturas, entre computadores. O *EDI* tem por objetivo eliminar a papelada e também com os atrasos no tempo de resposta que caracterizam os serviços postais e com outros meios de expedição. Os usuários têm que entrar em acordo para que o *EDI* se viabilize, quanto aos padrões de formatação e troca de informações; um desses padrões é o protocolo X.400.

E-mail – forma de trocar mensagens de texto e arquivos entre usuários. Não é necessário que o destinatário esteja conectado à rede no momento em que a mensagem chegar. Assim que o usuário se conecta ao sistema, é apresentado através de um aviso indicando quantas mensagens novas existem. Cópias de mensagens podem ser enviadas para várias pessoas e também guardar as mensagens enviadas. O *e-mail* também pode ser usado para participar de listas de distribuição.

Homepage – página inicial que permite o acesso a um conjunto de páginas da *web* e a outros arquivos de um site da *web*.

Internet – “1. Com inicial maiúscula, significa a “rede das redes”, originalmente criada nos EUA, que se tomou uma associação mundial de redes e gateways que

utilizam protocolos da família TCP/IP para se comunicar uns com os outros. **2.** Com inicial minúscula significa genericamente uma coleção de redes locais e/ou de longa distancia, interligadas por roteadores. **3.** No centro da Internet há um *backbone* de linhas de comunicação de dados de alta velocidade entre nós principais ou computadores *host*, composto de milhares de sistemas de computador comerciais, governamentais, educacionais, entre outros, que roteiam dados e mensagens. Um ou mais nós da Internet podem parar de funcionar sem comprometer a *Internet* como um todo, porque ela não é controlada por nenhum computador ou rede individual. Também chamada de *net*".³⁵

Link – qualquer parte de uma página *web* que se conecta a algo mais. Selecionando ou clicando um *link*, portanto, fará com que esse algo mais apareça.

Mouse – “Dispositivo de indicação comum. As características básicas de um mouse são: a "caixa" de fundo plano, projetada para se encaixar na palma da mão, um ou mais botões na parte superior, um dispositivo de detecção multidirecional (em geral, uma esfera) na parte inferior e um cabo que o conecta ao computador. Movimentando o mouse sobre uma superfície plana (uma mesa, por exemplo), o usuário controla um cursor na tela. O mouse é um dispositivo de indicação relativo, porque não há limites definidos para seu movimento e porque sua posição na superfície não é mapeada diretamente em uma posição específica da tela. Para selecionar objetos ou comandos na tela, o usuário pressiona um dos botões do mouse, produzindo um clique”.³⁶

Online – **1.** Um ou mais computadores conectados a uma rede **2.** Programa ou dispositivo de computador que está ativado e pronto para operação, capaz de se comunicar com um computador ou ser controlado por ele. **3.** Usuário que está conectado à Internet, a um serviço online ou a um BBS ou que está usando um modem para se conectar a outro modem. **4.** Usuário capaz de se conectar à Internet, a um serviço online ou a um BBS por ter uma conta que permite a esse usuário acessá-los.

³⁵ Disponível em www.sulcom.com.br. Acesso em 17/06/2008.

³⁶ Disponível em www.netpedia.com.br. Acesso em 15/06/2008.

Protocolo – trata-se de conjunto de regras que especifica o formato, a sincronização, o seqüenciamento e a verificação de erros em comunicação de dados. Para poderem trocar informações os dois computadores devem utilizar o mesmo protocolo. O protocolo básico utilizado na Internet é o TCP/IP.

Sites ou websites – “endereço na *Internet*. É a denominação das páginas encontradas na Internet. Um grupo de documentos HTTP relacionados e arquivos associados, scripts e bancos de dados que residem em um servidor HTML na *World Wide Web*. Os documentos HTML em um *site* da *web* abordam um ou mais assuntos relacionados e são interligados por meio de *hiperlinks*. A maioria dos *sites* da *Web* tem uma *homepage* como seu ponto inicial, a qual freqüentemente funciona como uma lista do conteúdo do site. Muitas grandes organizações têm um ou mais servidores HTTP dedicados a um único site da *web*. Entretanto, um servidor HTTP pode também atender a diversos pequenos *sites* da *web*, como aqueles individuais. Os usuários precisam de um navegador da *web* e de uma conexão à *Internet* para acessar um *site* da *web*”.³⁷

TCP/IP – “O conjunto de protocolos TCP/IP é um conjunto de protocolos de comunicação entre computadores em rede. Seu nome vem dos dois protocolos mais importantes do conjunto: o TCP (Transmission Control Protocol - Protocolo de Controle de Transmissão) e o IP (Internet Protocol - Protocolo de Interconexão). O conjunto de protocolos pode ser visto como um modelo de camadas, onde cada camada é responsável por um grupo de tarefas, fornecendo um conjunto de serviços bem definidos para o protocolo da camada superior. As camadas mais altas estão logicamente mais perto do usuário (chamada camada de aplicação), e lidam com dados mais abstratos, confiando em protocolos de camadas mais baixas para tarefas de menor nível de abstração”.³⁸

World Wide Web – “trata-se de um conjunto totalmente interligado de documentos em hipertexto que se hospedam em servidores HTTP do mundo todo. Os documentos da *World Wide Web*, denominados páginas ou páginas da *Web*, são escritos no formato HTML (*Hypertext Markup Language*), são identificados por URLs

³⁷ Disponível em www.netpedia.com.br. Acesso em 15/06/2008.

³⁸ Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/TCP/IP>. Acesso em 17/06/2008.

(*Uniform Resource Locators*) que especificam uma determinada máquina e o nome de caminho pelo qual um arquivo é acessado, e são transmitidos de nó em nó até o usuário final através do protocolo HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*). Os códigos (*tags*) embutidos em um documento HTML associam determinadas palavras e imagens do documento a URLs, permitindo que o usuário acesse outros arquivos. Com isso, o usuário pode passear pelo mundo através do pressionamento de uma tecla ou do clique em um botão do *mouse*. Esses arquivos podem conter texto (em uma variedade de fontes e estilos), imagens gráficas, arquivos de filme e som, como também applets Java, controles Active X, ou outros pequenos programas aplicativos embutidos que são executados com um clique em um vínculo (*link*). Um usuário em visita a uma página da *Web* também pode transferir arquivos de um site de FTP e enviar mensagens para outros usuários via correio eletrônico usando os vínculos de páginas da *Web*".³⁹

³⁹ Disponível em www.geocities.com. Acesso em 17/06/2008.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)