



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Pedro Modenesi

A proteção do *ciberconsumidor* e o princípio da boa-fé objetiva

Rio de Janeiro
2010

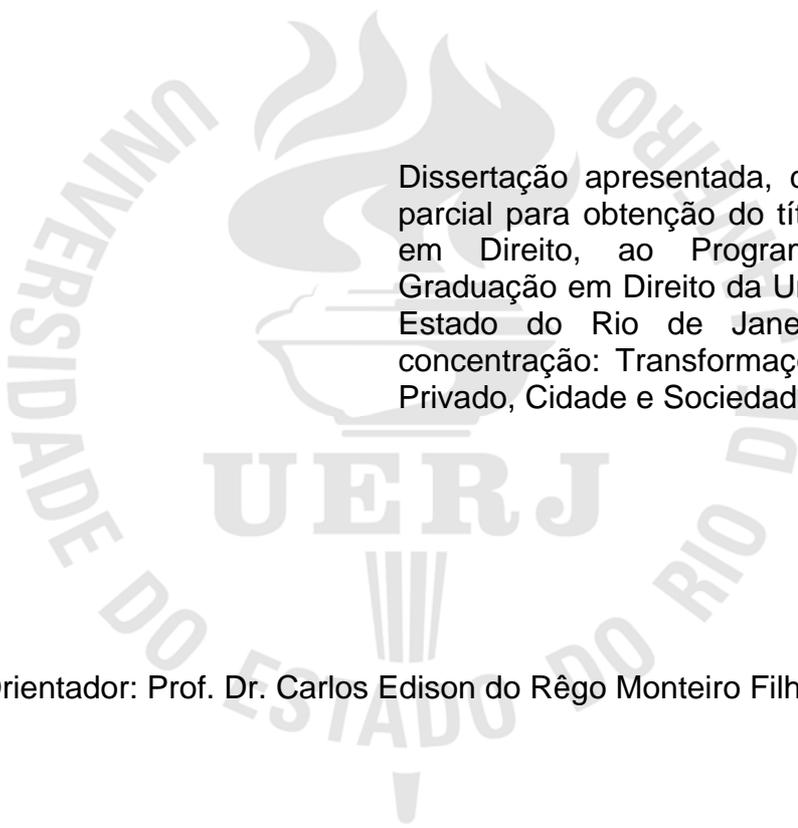
Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

Pedro Modenesi

A proteção do *ciberconsumidor* e o princípio da boa-fé objetiva



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Rio de Janeiro
2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M689p Modenesi, Pedro.

A proteção do ciberconsumidor e o princípio da boa-fé objetiva / Pedro Modenesi - 2010.
156 f.

Orientador: Carlos Edison do Rego Monteiro Filho.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Comercio eletrônico - Teses. 2. Defesa do consumidor - Teses. 3. Boa fé (Direito) – Teses. I. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rego. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 339:681.32

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Pedro Modenesi

A proteção do *ciberconsumidor* e o princípio da boa-fé objetiva

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em: 27 de setembro de 2010.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins (Co-orientador)
Faculdade de Direito da UFRJ

Prof. Dr. Rosângela Maria de Azevedo Gomes
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto
Faculdade de Direito da PUC-Rio

Rio de Janeiro

2010

DEDICATÓRIA

A Rui Modenesi, meu pai, por ter me ajudado a descobrir o caminho do Direito Civil e, também, por todo o apoio sem o qual jamais teria realizado minhas pequenas vitórias.

À minha mãe, Maria Zulmira, pelo amor e o carinho.

AGRADECIMENTOS

Ao CNPQ, pelo apoio concedido para elaboração deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, meu querido professor e orientador, por toda a atenção desde meu primeiro mês de mestrado na UERJ.

Ao meu presente co-orientador Prof. Dr. Guilherme Magalhães Martins, que me deu grande contribuição, inclusive por meio do grupo de pesquisa sobre Relações Privadas e Internet.

Ao Prof. Dr. Gustavo Tepedino, pelo exemplo máximo de dedicação à vida acadêmica.

À Prof^a. Dra. Caitlin Sampaio Mulholland pela orientação constante desde meus tempos de graduação.

Ao Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto, meu professor e amigo, pelo incentivo para que eu ingressasse no mestrado.

À Sônia Leitão, secretária da pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, por todo o carinho e dedicação dispensados aos alunos.

RESUMO

MODENESI, Pedro. *A proteção do ciberconsumidor e o princípio da boa-fé objetiva*. Brasil, 2010. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

O objetivo desta dissertação é a análise das implicações jurídicas decorrentes da utilização da rede mundial de computadores, como meio de realização de transações comerciais. Ela tem como principais temas a contratação de consumo via Internet, seus desafios, oportunidades, formas de regulação, prevenção e controle de práticas abusivas. Adotando uma perspectiva histórica, mostra-se que, a humanidade vive hoje a revolução da tecnologia da informação. Um dos instrumentos mais inovadores da era informacional é a Internet, que vem proporcionando o desenvolvimento de uma especial forma de realizar negócios: o comércio eletrônico. Aqui são analisados a complexidade e os desafios próprios da contratação de consumo virtual. Dentre eles, ressaltam-se a despersonalização extrema do contrato, as assimetrias informacional e técnica, a desmaterialização do meio de realização do acordo, do instrumento, do objeto (em alguns casos) e dos vícios contratuais, a desterritorialização e a internacionalidade eventual da contratação eletrônica e, por fim, a ausência de regulamentação legal própria à defesa dos *ciberconsumidores*. Esse é o pano de fundo da acentuada vulnerabilidade dessa nova figura, a parte leiga na relação de consumo via Internet, que para muitos tem seus mistérios, defrontando-se com fornecedores e profissionais que têm pleno domínio sobre o próprio meio virtual, sobre as informações do produto ou serviço que oferecem. A Internet não equaliza, ao contrário, amplifica os desequilíbrios de informação e de poder de barganha. Assim, é inevitável o surgimento de problemas específicos do comércio *online*, bem como a intensificação de outros, em particular práticas comerciais desleais e enganosas. Na ausência de regulamentação legal específica, há necessidade de regulação do comércio eletrônico de consumo por meio de princípios jurídicos. O princípio da boa-fé objetiva é considerado o meio hábil para conduzir à solução de crescente número de conflitos de interesses no âmbito das relações de consumo eletrônicas. Por sua especial flexibilidade e amplo campo de incidência, atribui-se a esse princípio a função de assegurar a completude do ordenamento jurídico, tornando-se o instrumento apto a solucionar conflitos havidos na contratação eletrônica de consumo.

Palavras-chave: Comércio eletrônico. Proteção ao *ciberconsumidor*. Princípio da boa-fé objetiva.

ABSTRACT

This thesis is mostly aimed at analyzing legal implications arising from the use of World Wide Web as a way of doing commercial transactions. Namely, its challenges, opportunities, forms of regulation, prevention and control of abusive practices. Adopting a historical perspective, it is shown that humanity is now living the revolution of information technology in which the Internet plays an important role as the way of doing electronic commerce. It is firstly emphasized the complexity and challenges of the virtual consumption. Then, a set of related questions is analyzed, that is to say: the extreme depersonalization of the contract, technical and informational asymmetries, the dematerialization of the means of concluding the agreement, the instrument, the object (in some cases) and contracts vices, the “deterritorialization” and the occasional internationality of electronic contracting and, finally, the absence of legal regulation to protect the *cyberconsumer*. This is the background behind the intensification of *cyberconsumer’s* vulnerability. He is the lay party in the consumption relationship via the Internet, which for many has its mysteries, faced with suppliers and professionals who have full control over their own virtual environment, the information about the product or service. The Internet does not equalize, on the contrary, amplifies the imbalances of information and of bargaining power. Thus, in the online commerce the emergence of specific problems is inevitable, as well as the intensification of others, particularly unfair and deceptive trade practices. In the absence of specific statutory/legal regulation, electronic commerce needs to be regulated with the help of legal principles. The principle of objective good faith is considered the skillful tool to lead to the solution of an increasing number of conflicts of interest in electronic marketplace. Due to its special flexibility and wide field of incidence it is attributed to that principle the function of ensuring the completeness of the legal system, becoming the most able instrument to solve conflicts accruing from the electronic consumer hiring.

Key words: Electronic commerce. Cyberconsumer protection. Principle of objective good faith.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA DE CONSUMO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E PANORAMA ATUAL	14
1.1	Revoluções tecnológicas e sociais e sua repercussão jurídica	14
1.1.1	<u>A sociedade de consumo de massa e a primeira crise do contrato</u>	20
1.1.2	<u>A sociedade digital e a segunda crise do contrato</u>	23
1.2	Comércio eletrônico: a revolução da Internet	30
1.3	Modalidades de contratação eletrônica	36
1.4	Contratos de adesão típicos da era virtual	43
1.5	Formação dos contratos eletrônicos	54
2	COMPLEXIDADE E DESAFIOS DA CONTRATAÇÃO NA INTERNET: VULNERABILIDADE E DESCONFIANÇA DO CONSUMIDOR	59
2.1	Complexidade da contratação eletrônica	59
2.1.1	<u>Despersonalização e assimetria informacional e técnica</u>	59
2.1.2	<u>Desmaterialização do meio, do objeto, dos vícios e desterritorialização da contratação eletrônica</u>	67
2.2	A acentuada vulnerabilidade do <i>ciberconsumidor</i>	73
2.3	Principais problemas do mercado eletrônico	79
2.3.1	<u>Práticas comerciais desleais, enganosas e abusivas</u>	79
2.3.2	<u>Publicidade enganosa e abusiva na Internet</u>	87
2.3.3	<u>Desconfiança do consumidor: complexidade, riscos e falta de regulamentação da contratação eletrônica</u>	97
3	PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: MEIO DE PROTEÇÃO DO <i>CIBERCONSUMIDOR</i>	100
3.1	Da necessidade de regulação do comércio eletrônico de consumo por meio de princípios jurídicos	100

3.2	O princípio da boa-fé no direito brasileiro	106
3.3	Análise das funções do princípio da boa-fé	110
3.3.1	<u>Função criadora de deveres anexos – os deveres decorrentes da boa-fé objetiva</u>	113
3.3.2	<u>Função limitativa do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas – figuras parcelares do princípio da boa-fé objetiva</u>	116
3.4	O princípio da boa-fé objetiva e sua aptidão para regular o comércio eletrônico	124
3.5	O dever de informar na contratação eletrônica de consumo	128
3.6	Propostas para regulação do comércio eletrônico global	134
4	CONCLUSÃO	143
	REFERÊNCIAS	149

INTRODUÇÃO

A informatização está presente, nos dias de hoje, em praticamente todos os campos da atividade humana, em escala planetária: das atividades laborais às de simples busca diária de notícias e informação, das atividades de pesquisa científica àquelas com fins educacionais e culturais, das atividades de prestação de serviços em geral às de entretenimento, diversão e lazer.

Em particular, uma atividade econômica, o comércio, relativamente menos permeável a mudanças, se comparado com as atividades industriais, vem sendo transformado de forma radical e em um ritmo crescentemente acelerado – i.e., segundo um padrão de mudanças sem precedentes históricos –, pela utilização de um dos instrumentos mais inovadores da era informacional, a Internet, um revolucionário sistema de comunicação capaz de interligar milhões e milhões de consumidores a empresas, localizados ao redor de todo o planeta. Surgiu assim um novo meio de realização de compra e venda de bens e serviços, que tem como uma de suas características básicas seu caráter globalizado.

Assim, o objetivo principal desta dissertação é a análise das implicações jurídicas decorrentes da utilização da rede mundial de computadores, como meio de realização de transações comerciais. O comércio eletrônico, a contratação de consumo via Internet, seus desafios, oportunidades, formas de regulação, prevenção e controle de práticas abusivas – são os alvos desta pesquisa.

No primeiro capítulo, busca-se traçar a evolução da contratação eletrônica, analisando os antecedentes históricos e o panorama atual. Para tanto, primeiramente são sumariadas, na primeira seção, as duas revoluções ou mudanças de paradigma tecnológicos subjacentes à emergência, primeiro, da sociedade agrícola e, a seguir, da sociedade industrial.

Mostra-se a evolução havida no campo do Direito nesse longo período histórico, destacando-se que, entre os séculos XVIII e XIX, vai ganhando força até se tornar predominante o conceito de autonomia da vontade, expressão máxima da ideologia liberal.

Menciona-se que, numa segunda etapa, em fins do século XIX, inicia-se a imposição de limites à autonomia contratual; e que, finalmente, já no início do século XX, verifica-se a relativização do caráter absoluto da liberdade de contratar e da obrigatoriedade do vínculo contratual.

Também se destaca que, com o surgimento da sociedade de consumo de massa, começa-se a exigir do instrumento contratual o desempenho de novas funções a que não podia atender o modelo clássico do contrato. Para tanto, foi preciso inaugurar a utilização das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão. Assim, se verifica a chamada primeira crise do contrato, da qual resulta o fenômeno denominado *despersonalização do contrato*.

Como se argumenta mais a frente, essa crise foi contornada por meio da consideração do conceito de função social do contrato e do princípio da boa-fé objetiva, os quais privilegiam a proteção dos direitos da pessoa humana e da sociedade em face dos direitos meramente patrimoniais. Com efeito, reconhecida a função social dos contratos, a tutela dos interesses individuais passa a ter como fator condicionante o respeito e o atendimento de interesses socialmente relevantes. Os interesses individuais são merecedores de proteção, na medida em que se compatibilizam e contribuem para promoção de interesses caros à sociedade.¹

Sumariados os paradigmas sociais precedentes, analisa-se o processo de transformação que, desde meados dos anos 1970, vem marcando a substituição da sociedade industrial pela sociedade da informação ou sociedade digital.

Concentra-se, então, o foco nos efeitos da terceira grande revolução tecnológica da história, ainda em curso, que, mediante o uso dos instrumentos digitais, vem provocando profundas mudanças estruturais nos diversos segmentos da economia e da sociedade, em escala internacional. Em síntese, verifica-se que o paradigma tecnológico da sociedade industrial vem dando lugar ao paradigma da tecnologia da informação, característico da sociedade pós-moderna.

Ressaltam-se as repercussões jurídicas desse salto tecnológico, sobretudo no âmbito contratual, particularizando-se o papel da Internet como instrumento verdadeiramente revolucionário capaz de transformar as práticas de uma das mais antigas atividades econômicas da humanidade, o comércio.

¹ Cf. MODENESI, Pedro. Função social dos contratos: questões polêmicas na doutrina e jurisprudência do STJ. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 39, jul./set., 2009, p. 208.

Registra-se, também, que, nessa fase, ocorre a chamada *segunda crise do contrato* ou a crise da *despersonalização extrema* do contrato, que se chega a qualificar como uma “mudança de paradigma” ou um “corte epistemológico” no campo do direito – na acepção original de Thomaz Kuhn.

Na segunda seção, apresentam-se os conceitos mais relevantes para o estudo dos aspectos jurídicos relacionados com o comércio eletrônico, sendo, também, destacadas as características que dele fazem uma espécie de comércio muito diferenciada do padrão histórico, que tem na presença física simultânea dos contratantes um de seus atributos mais distintivos.

A dogmática dos contratos eletrônicos de consumo é o tema da terceira seção, com destaque para a classificação das modalidades de contratação eletrônica mais difundida na literatura, a qual distingue as seguintes três categorias: a contratação intersistêmica, a contratação interpessoal e a contratação interativa. Traz-se, na seção seguinte, uma classificação dos contratos de adesão típicos da era virtual, em que se sobressaem os chamados *click-wrap-agreements*, categoria cada vez mais assimilada pela doutrina nacional e a que, por isso mesmo, vai-se dedicar mais atenção.

Finalmente, encerra-se o primeiro capítulo discutindo-se as questões relativas à formação dos contratos eletrônicos de consumo, temática que ganha relevo ao se tratar da contratação por via eletrônica, em virtude da mais acentuada fragilidade do consumidor na nova modalidade de contratação, tema constante dos dois outros capítulos desta dissertação, para os quais este primeiro constitui indispensável base introdutória.

No segundo capítulo, procura-se mostrar que as dificuldades e os desafios enfrentados na contratação por meio eletrônico são fatores que desencadeiam justificada insegurança por parte dos consumidores.

Assim, nele são analisados dois conjuntos de aspectos constitutivos dessa maior complexidade da contratação eletrônica para o cidadão comum, a saber: i) a despersonalização e a assimetria informacional e técnica; ii) a desmaterialização do meio, do objeto, dos vícios, bem como a desterritorialização da contratação eletrônica.

Esse é o pano de fundo da acentuada vulnerabilidade experimentada pelo consumidor em suas relações comerciais via Internet, assinalada, inicialmente, na segunda seção desse capítulo.

Na sua última seção, são apresentados os principais problemas do mercado eletrônico. Em primeiro lugar, descrevem-se as práticas comerciais desleais, enganosas e abusivas. Em seguida, analisam-se, especificamente, as questões relacionadas com a utilização da publicidade enganosa e abusiva na Internet. Por fim, se caracteriza a conseqüente desconfiança do consumidor, como resultado da complexidade, falhas e riscos da contratação eletrônica de consumo.

O objeto de análise do terceiro capítulo é o princípio da boa-fé, considerado o meio hábil para conduzir à solução de crescente número de conflitos de interesses no âmbito das relações de consumo eletrônicas, domínio que se ressentia, por diversas ordens de motivos, de um conjunto suficiente de normas específicas. Com a inexistência dessa regulamentação legal, atribui-se àquele princípio a função de assegurar a completude do ordenamento jurídico, na medida em que se recorre a ele como meio de solução de conflitos havidos na contratação eletrônica de consumo.

Antes de tudo, se explicita, na primeira seção, a necessidade de regulação do comércio eletrônico de consumo por meio de princípios jurídicos, em face da já mencionada ausência de regulamentação legal específica das relações comerciais via Internet. Feito isso, sublinha-se a grande relevância que, nesse sentido, assume a boa-fé em sua vertente objetiva.

Na segunda seção, expõe-se a evolução histórica do princípio da boa-fé no país, introduzido, pioneiramente, pelo Código Comercial, reafirmado, timidamente, pelo Código Civil de 1916 e, finalmente, consagrado pelo inovador Código de Defesa do Consumidor. É analisada, também, a positivação da boa-fé no Código Civil vigente.

A terceira seção é dedicada à análise das três funções da boa-fé: a função hermenêutica; a função criadora de deveres anexos ao contrato; e a função limitadora do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas.

Uma vez traçado esse quadro, sustenta-se, na seção 3.4, que a boa-fé é o princípio apto a suprir os instrumentos necessários para assegurar a regulação das

atividades de consumo por meio da Internet. Por sua precípua importância nesse âmbito, é dedicada especial atenção, na quinta seção, ao dever de informar na contratação eletrônica de consumo.

Finalizando, faz-se uma incursão num terreno ainda pouco explorado, mas que, inevitavelmente, deverá demandar crescente atenção por parte da doutrina, à medida em que a realidade fática for suscitando novos desafios, em decorrência das previsíveis mudanças a se verificarem na esfera da contratação eletrônica de consumo. Busca-se, assim, trazer algumas reflexões a respeito do papel que poderá desempenhar, em termos de proteção ao consumidor, o princípio da boa-fé em associação com instrumentos novos e/ou em gestação visando a regulação da contratação eletrônica de consumo no mercado globalizado.

1 CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA DE CONSUMO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E PANORAMA ATUAL

1.1 Revoluções tecnológicas e sociais e suas implicações jurídicas

A sociedade ocidental contemporânea, de forma bastante uniforme em termos geográficos, vive um período de profundas transformações tecnológicas, econômicas e sociais que, necessariamente, repercutem no Direito, pois este – no ensinamento de Miguel Reale – também é um fenômeno social, vale dizer, “não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”. Assim, sendo dotada de socialidade, a realidade jurídica “é um fenômeno histórico-social sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo”.²

Essas transformações podem ser atribuídas à terceira grande revolução tecnológica da história, a chamada *revolução da tecnologia da informação*. Nesse sentido, se pode falar que se está diante de uma revolução tecnológica, capaz de provocar profundas mudanças no plano das relações econômicas e sociais.

A relação entre as concepções jurídicas, políticas e ideológicas, de um lado, e o estágio de desenvolvimento tecnológico e econômico da sociedade humana, por outro lado, é tema desde muito tempo reconhecido como especialmente controverso.

Historicamente, Karl Marx destaca-se, nesse debate, com sua radical visão materialista da evolução da sociedade, segundo a qual o desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais de produção – a infra-estrutura econômica – *determina* a superestrutura da sociedade, isto é, suas concepções “das formas legais, políticas, religiosas, estéticas e filosóficas – em suma, ideológicas”, como explicado pelo autor no clássico prefácio à *Contribuição à crítica da economia política* (1859).³ O pensamento marxista ainda hoje se faz presente nas reflexões acadêmicas, no campo da sociologia do direito.⁴

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2 e 14.

³ De acordo com GALLIANO, A. Guilherme. *Introdução a sociologia*. São Paulo: Harbra, 1986 (?), 253. O autor, na mesma página, explica mais detalhadamente o pensamento marxista: “[o]s aspectos materialistas [do modelo

Análise mais moderada e, assim, menos controversa a respeito da relação entre o direito e a realidade econômica e social pode ser encontrada em autores considerados “clássicos”, como Konrad Hesse e, também, contemporâneos, a exemplo de Pietro Perlingeri.

Para esses autores, não há uma *relação de determinação* entre o sistema econômico e o ordenamento jurídico. Tratando, especificamente, da norma constitucional, Hesse defende a tese de que há recíproca influência, condicionamento, mas não, determinação da realidade de cada momento histórico em relação ao sistema jurídico – como se pode verificar no texto reproduzido a seguir:

[d]eterminada pela realidade social e, ao mesmo tempo, *determinante* em relação a ela, *não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente, separadas ou confundidas.* (...) Em síntese, pode-se afirmar: a constituição jurídica está condicionada pela realidade. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. (...) A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social (grifou-se).⁵

Semelhante concepção, sobre a relação entre o Direito e realidade econômica, é formulada por Pietro Perlingeri, nos seguintes termos:

(...) [d]ireito é o dever-ser. O Direito promove a mudança da realidade, e para tal, não pode sucumbir aos fatos. A primazia do direito é a primazia da decisão política face à natureza das coisas. Nem sempre o Direito fotografa a realidade, porque pretende mudá-la. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade. (...) A realidade é também econômica, mas não só econômica. A realidade econômica é

de mudança social de Marx] podem ser identificados ali onde a análise marxista distingue níveis de 'profundidade' na organização social. O nível mais profundo corresponde à base material da sociedade, isto é, ao grau de desenvolvimento das forças produtivas por cujo intermédio se realiza o 'metabolismo' do homem com a natureza. Sobre esse nível, organizando-o, erige-se o das relações de produção, ou seja, o das relações de propriedade ou não propriedade que os agentes sociais estabelecem com seus meios de produção. Em conjunto, as forças produtivas e as relações de produção constituem a infra-estrutura econômica da sociedade, que por sua vez *determina* as formas variáveis da super-estrutura política e ideológica" (grifou-se).

⁴ O caráter determinista do materialismo histórico é que torna a proposta de Marx mais polêmica e, sobretudo, questionável. Canut, por exemplo, a rejeita na seguinte advertência: "Inicialmente, é essencial deixar explícita uma questão que se torna pano de fundo para todo o debate presente neste trabalho e que, por vezes, não é apreendida por muitos autores que se dispõem a tratar da evolução humana. Desta forma, chama-se a atenção ao fato de que a relação entre tecnologia e sociedade tem um *caráter condicionante e não determinante* (Lévy, 1999, p. 25)" (grifou-se). Cf. CANUT, *op. cit.*, p. 27.

⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15 e 24. NEGREIROS, *op. cit.*, p. 81 cita parte da passagem reproduzida acima, ou seja, a contida na p. 15 da obra citada.

apenas um ponto de referência do que consiste a realidade para a construção jurídica (...)⁶

Antes, porém, de tratar da sociedade contemporânea, consideram-se, a seguir, as precedentes revoluções tecnológicas que conformaram os dois modelos precedentes de sociedade surgidos ao longo da história, a sociedade agrícola e a sociedade industrial.⁷

A primeira grande transição social verificou-se nos primórdios da humanidade, quando sociedades nômades, caracterizadas por um modo de vida fundamentado na caça, na pesca e em uma forte mobilidade territorial, começam a implementar técnicas de plantio, cultura e coleta de produtos agrícolas, bem como a domesticação de animais, possibilitando, assim, a fixação de grupos populacionais, num determinado território, nos limites dos quais organizam uma atividade produtiva permanente, visando a garantir sua subsistência. Passa-se, então, do nomadismo à sociedade agrícola, a partir do advento da *revolução agrícola* – compreendida como a primeira revolução tecnológica da humanidade.

Com os descobrimentos marítimos dos séculos XV e XVI e a conquista de novas colônias, as potências européias experimentaram um novo processo de transformações econômico-sociais caracterizando fenômeno histórico denominado *mercantilismo* ou a etapa de surgimento do capitalismo comercial.

Na segunda metade do século XVIII, tem início a gestação de nova revolução tecnológica, que iria promover intensas alterações econômicas, sociais e políticas, inicialmente, na Europa e, em continuação, em todo o resto do mundo. Essa segunda grande transformação nas técnicas de produção, a Revolução Industrial,

⁶ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998-1999, p. 65.

⁷ Cf. CANUT, *op. cit.*, cap. 1, p. 25-52. No primeiro capítulo, intitulado “A questão tecnológica e a sociedade”, há uma seção dedicada ao tema “As revoluções tecnológicas e as transições paradigmáticas”, em que se propõe a sucessão, adotada nesta dissertação, de quatro modelos históricos de sociedade, a saber: a sociedade nômade, a sociedade agrícola, a sociedade industrial e, finalmente, a sociedade digital. Essa é apenas uma alternativa de periodização da evolução da sociedade humana. Não é esse o recorte histórico adotado, por exemplo, por Zanellato, segundo o qual “[a] partir da revolução industrial, que se estendeu desde o princípio do século XVIII até o final do século XIX, surgiram três eras, verdadeiramente revolucionárias em termos de tecnologia, uma mais curta do que a outra, embora muito convulsivas: a *era eletrônica*, que durou quarenta anos (desde a Segunda Guerra Mundial até o início dos anos oitenta), em que surgiu e se massificou o PC (*Personal Computer*); a *era da informação* (do princípio dos anos oitenta aos primórdios dos anos noventa); por último, a em que estamos, a chamada *era digital*, caracterizada pela normalização de todo tipo de redes informáticas e pela aparição de uma nova sociedade, a digital, com uma *cyber* cultura, que, no dizer do filósofo francês Pierre Lévy, ‘encarna a forma horizontal, simultânea, puramente espacial, da transmissão’”. Cf. ZANELLATO, Marco Antônio. Condutas ilícitas na sociedade digital. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 44, out.-dez. 2002, p. 206.

tem como mais expressivo referencial, em sua primeira fase, o desenvolvimento da metalurgia, a substituição de utensílios e instrumentos manuais pelas primeiras máquinas e, em particular, a utilização da máquina a vapor e da fiadeira, tendo esta última transformado, radicalmente, o processos de fabricação de tecidos, que foi a atividade mais representativa da fase conhecida como *Primeira Revolução Industrial*.

Em seguida, na chamada *Segunda Revolução Industrial*, iniciada em meados do século XIX, destacaram-se como grandes inovações o aproveitamento industrial da energia elétrica, a utilização do motor de combustão interna, o aprimoramento da fabricação do aço, o surgimento de novos produtos químicos e, ademais, o avanço das tecnologias de comunicação, com a expansão das redes telegráficas e o surgimento do telefone.

Segundo Castells, com a Revolução Industrial uma “descontinuidade histórica fundamental irreversível foi introduzida na base material da espécie humana”.⁸

As inovações tecnológicas, intensificadas pela utilização de novas e mais eficazes fontes de energia, permitiram que as recém-inauguradas fábricas – importante fator de centralização e, pois, de melhor gerenciamento da atividade produtiva – alcançassem elevadas taxas de produtividade, permitindo ampliar a produção a custos relativamente mais baixos.⁹

Assim, o novo modo de produção resultava, por um lado, na ampliação da capacidade de produção e, por outro lado, na expansão da renda – sobretudo salários –, que se reverte em crescente poder de compra dos bens industriais lançados no mercado. A conjugação desses fatores constituiu a base sobre as quais se sustentou um dos mais longos períodos de crescimento econômico da história que consolidaram, em termos mundiais, o capitalismo industrial.

Desde meados do século XIX até pouco mais da metade do século XX, o modo de produção capitalista ensejou um longo ciclo, sem paralelo na história, de

⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide V. Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 53. Sobre o assunto, acrescenta o autor: “[e]m ambos os casos [primeira e segunda revolução industrial] testemunhamos o que Mokyr descreve como um período de ‘transformação tecnológica em aceleração e sem precedentes’ em comparação com os padrões históricos. (...) Foram, de fato, ‘revoluções’ no sentido de que um grande aumento repentino e inesperado de aplicações tecnológicas transformou os processos de produção e distribuição, criou uma enxurrada de novos produtos (...)”. Cf. *loc. cit.*

⁹ Cf. a respeito, CANUT, *op. cit.*, p. 38, em que também se afirma: “Fica claro, então, que a fábrica, ‘símbolo’ do paradigma industrial, já indica o fim da coincidência entre o local em que se vive e o local de trabalho (...). Com a utilização da energia nos processos produtivos, a força muscular é substituída, viabilizando a introdução da ‘produtividade’, ou seja, maior produção a menor custo”.

expansão não somente do mercado interno dos países líderes da industrialização, mas também, e de forma marcante, do comércio internacional.

O resultado é a formação de um mercado mundial de mercadorias em que se oferecem e se adquirem produtos industriais cada vez mais padronizados, configurando o fenômeno do *consumo de massa*. Eis o sentido de falar-se que, nesse contexto, surge um novo modelo social, o da sociedade industrial ou da sociedade de consumo de massa.¹⁰

O desenvolvimento baseado na industrialização prolonga-se até a segunda metade do século XX, caracterizando um extenso processo de modernização econômica, iniciado na metade do século XVIII.

Nesse largo lapso de tempo, verifica-se, no plano político, o fenômeno da unificação nacional e a posterior consolidação do estado moderno, o estado liberal e de direito, que tem nos conceitos de territorialidade, soberania e autonomia as bases de sua organização política e jurídica. A constituição do Estado nacional é tida como um antecedente histórico da industrialização.¹¹

Tendo como marcos históricos a inglesa Revolução Gloriosa de 1688-89 e a Revolução Francesa (1789), assiste-se, nos séculos XVII-XVIII, a afirmação do liberalismo como ideologia do futuro.¹² A visão de mundo liberal e individualista vai-se difundir e se consolidar, ao longo do século XIX, sendo positivada no Direito, primeiro, por intermédio do Código Civil editado por Napoleão, em 1805, e, bem depois, pelo Código Civil alemão (1896).

Na esfera política, substitui-se o Estado absoluto – cuja melhor representação é dada pela frase de efeito do rei da França Luís XIV, “L’ état c’est moi” – pelo Estado liberal de direito.

¹⁰ Cf. *loc. cit.*, em que se aduz: “Assim, na busca da ‘produtividade’ (...) introduzem-se os métodos de produção em massa (essência da sociedade industrial), inclusive o *fordismo* e o *taylorismo*. Os bens começaram a ser produzidos em grandes quantidade, havendo necessidade de incrementar o consumo, de forma que este também viesse a ser efetuado ‘em massa’.”

¹¹ “Que a unidade nacional – que é uma fase do processo de modernização – seja o pressuposto para a industrialização, é historicamente comprovado.” Cf. BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, N. e PASQUINO, G. Tradução de FERREIRA, J. (Coord.). 11. ed. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998, p. 626.

¹² Na verdade, “o liberalismo se manifesta nos diferentes países em tempos históricos bastante diversos (...) Com efeito, enquanto na Inglaterra se manifesta abertamente com a Revolução Gloriosa de 1688-1689, na maior parte dos países da Europa continental é um fenômeno do século XIX, tanto que podemos identificar a revolução russa de 1905 como a última revolução liberal”. Cf. Bobbio *et alli*, *op. cit.*, p. 687.

Nesse novo contexto histórico, o Direito passa a ter como seus fundamentos basilares o princípio da autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a obrigatoriedade do vínculo contratual. Na análise de Teresa Negreiros,

[s]upera-se o Estado absoluto; ergue-se o indivíduo absoluto. (...) A vontade passa a ser o cerne do contrato, e este, o cerne do Direito objetivo como um todo e do próprio Estado. O cenário jurídico-filosófico do século XVIII – o século das Luzes, da liberdade, do indivíduo e do contrato – vai espalhar-se na teoria jurídica desenvolvida ao longo do século XIX (...).¹³

O século XIX é o período de auge do direito civil codificado e, mais especificamente do contrato, que reinava absoluto como instrumento de realização de negócios jurídicos, sobretudo envolvendo relações patrimoniais.

Partindo do pressuposto da igualdade formal de todos diante da lei, o conteúdo dos contratos espelhava, exclusivamente, a vontade das partes signatárias, havendo, então, escassas restrições de ordem pública a serem observadas. “Em face da exacerbação da liberdade individual – como pontua Negreiros –, a intervenção estatal tendia a ser considerada arbitrária”.¹⁴

Na verdade, ideologia liberal repudiava a intervenção do Estado nas relações econômicas, considerada prejudicial ao bom funcionamento do sistema econômico, isto é, à maximização da satisfação dos interesses individuais e, inexoravelmente, do bem estar social, uma vez que este último seria a simples soma do bem estar ou da satisfação dos interesses individuais.

A exclusão do Estado como agente econômico está implícita no lapidar lema que expressa a ideologia individualista e liberal: “Laissez faire, laissez passer, le monde va par lui même” (Deixai fazer, deixai passar, o mundo se move por si mesmo). Deixai fazer, isto é, deixemos os indivíduos atuarem livremente, sobretudo no campo econômico.¹⁵

¹³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16 e 25.

¹⁴ *Ibidem*, p. 16.

¹⁵ O pensamento econômico liberal tem, quase consensualmente, como obra fundante o livro de Adam Smith intitulado “A riqueza das nações: uma investigação sobre sua natureza e suas causas”, publicado em 1776, na Inglaterra. Nele, se expressa a visão otimista que marcou o pensamento liberal, dando-lhe grande poder de persuasão, isto é, a proposição denominada “harmonia dos interesses individuais”, segundo a qual “[a]o perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo”. Está é a fundamentação ideológica do lema do “laissez faire, laissez passer”. Cf. NEGREIROS, *op. cit.* p. 26.

No estado liberal, o direito visava proteger o patrimônio, constituía o direito da classe burguesa, detentora do poder político e proprietária do capital ou dos meios de produção. Pouca preocupação havia com os direitos da pessoa humana, como registrado por Roberto Senise Lisboa:

[o] individualismo jurídico que caracterizou o direito moderno, consequência direta, no Ocidente, da proteção da propriedade individual como um direito absoluto, isto é, oponível *erga omnes*, valorizou de forma preponderante a proteção do patrimônio pessoal, e não propriamente da pessoa.¹⁶

1.1.1 A sociedade de consumo de massa e a primeira crise do contrato

Com o advento da produção em massa, a partir do final do século XIX, vai-se impor a necessidade de atualização da dogmática contratual, com a noção do princípio da boa-fé objetiva se contrapondo à concepção individualista e liberal do contrato e, assim, ensejando restrições à liberdade de contratar.¹⁷

Todavia, a relativização do caráter absoluto da autonomia da vontade, vai-se perfazer, por completo, somente no século XX. Essa visão é hoje, universalmente, aceita pela doutrina. Assim, segundo Claudia Lima Marques, “[c]om a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.”¹⁸

Mencione-se outro autor que compartilha o mesmo entendimento quanto à repercussão das transformações econômicas observadas nas décadas iniciais do

¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informática. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 61, jan.-mar. 2007, p. 206. Merece citar-se, adicionalmente, o seguinte trecho: “A autonomia privada conferia ao indivíduo a liberdade para contratar com quem quisesse o que necessitava e pelo conteúdo ou condições que melhor satisfizessem os seus interesses. (...) O direito clássico tornou-se explicitamente o direito da proteção do patrimônio individual. Era o direito dos proprietários, da burguesia. E, preferencialmente, dos titulares de bens corpóreos”. *Ibidem*, p. 205.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 57, jan.-mar, 2006, p.13.

¹⁸ *Ibidem*, p.13, nota 13. Acrescenta, ainda, a autora na mesma página: “Em muitos casos 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.”

século passado, em relação à prática contratual. Com efeito, afirma Ronaldo Macedo Júnior que “[o] efeito mais notável dessa nova forma de produção para o mercado de consumo foi a oferta de produtos padronizados produzidos em massa e vendidos também em massa, através de contratos de adesão”.¹⁹

Aprofundando a análise da evolução do Direito Civil, a partir da emergência da sociedade de consumo de massa, Cláudio Petrini Belmonte assinala que, no início do século XX, começa a perder força o princípio da autonomia da vontade sendo mantido, a partir de então, sob crescente questionamento.

Por outro lado, o contrato deixou de estar quase só adstrito à esfera da propriedade, para se tornar instrumento geral de regulação das atividades econômicas, que foram dinamizadas, tanto pela ampliação dos mercados em escala mundial, quanto pelas crescentes taxas de urbanização e de expansão do emprego industrial, nos países líderes da industrialização; e que foram promovidas pela iniciativa e o espírito empreendedor da classe capitalista, orientada pela busca da maximização de seus lucros.

Com isso, foi-se, por um lado, ampliando o campo de aplicação do contrato e, por outro lado, foram-se operando mudanças “na própria fisionomia dessa figura jurídica”, no dizer de Belmonte:

[s]abe-se que nos primórdios do processo de industrialização o mercado não possuía qualquer dinamismo negocial (...) [A partir do século XX] verificaram-se, além do aumento significativo do uso de instrumentos contratuais, mudanças na própria fisionomia dessa figura jurídica, sobretudo pela aceleração do processo produtivo e das relações comerciais, pelo acesso de setores cada vez mais alargados da população às relações de consumo, pela universalização do mercado, pela empresarialização da atividade econômica e pela concentração urbana.²⁰

Na sociedade de consumo de massa, vale dizer, da produção em série e da venda massificada, demanda-se do instrumento contratual o desempenho de “novas funções de estratégia empresarial”, que não poderiam ser alcançadas com o desenho clássico do contrato. Para atender às exigências do novo modelo

¹⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, out.-dez. 1999, p. 47-8.

²⁰ BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo: disposições contratuais abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, jul.-set. 2002, p. 134-5.

econômico, acabou-se por lançar mão das cláusulas contratuais gerais e dos contratos de adesão. Assim, se verifica a chamada primeira crise do contrato, da qual resulta o fenômeno denominado *despersonalização do contrato*.

Segundo Belmonte,

[a] partir desse contexto, o contrato assume novas funções de estratégia empresarial, visando resguardar a uniformidade e tipicidade das relações comerciais da empresa, o que, em face dessas novas funções por ele assumidas, *representa uma inadequação a seus recortes clássicos*. (...) Nesse prisma, o contrato moderno perfaz exigências objetivas de organização e funcionamento da economia moderna, e o fator que talvez mais contribua para tanto consiste na larga utilização de condições gerais e de contratos por adesão (grifou-se)²¹

Em síntese, com a constituição da sociedade de consumo de massa, tem-se, nas primeiras décadas do século XX, a primeira crise do contrato, na qual ficou evidente o desequilíbrio entre os contratantes com o conseqüente comprometimento dos pressupostos da autonomia, da liberdade e justiça contratuais.²² E, como conseqüência da crise verificou-se o primeiro episódio do fenômeno da despersonalização do contrato.

Para contornar essa crise lança-se mão do conceito de função social do contrato e do princípio da boa-fé objetiva, que valorizam antes os direitos da pessoa humana e da sociedade que os direitos patrimoniais. Na visão de Lima Marques,

[a] esta primeira crise do contrato, respondeu com honras o princípio da boa-fé objetiva que é um princípio repersonalizante (boa-fé objetiva é visualizar o “alter”, o outro, seus direitos e expectativas legítimas no contrato). Daí nasce a nova concepção social e atual do contrato de consumo.²³

Com o reconhecimento da função social dos contratos, a tutela dos interesses individuais passa a ser condicionada à observância e ao atendimento de interesses socialmente relevantes, em consonância com o entendimento de Pietro Perlingeri de

²¹ *Ibidem*, p. 136.

²² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 163.

²³ MARQUES, Proteção do consumidor ..., p. 13.

que “[n]o ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade”.²⁴

1.1.2 A sociedade digital e a segunda crise do contrato

Caracterizados, sinteticamente, os paradigmas sociais anteriores, passa-se a examinar o processo de transformação que, desde o último quartel do século passado, vem assinalando a substituição da sociedade industrial pela denominada sociedade da informação ou do conhecimento ou, ainda, sociedade digital.

Subjacente a essa mudança, tem-se uma nova revolução tecnológica que vem provocando profundas transformações estruturais nos diversos segmentos da economia e da sociedade, em âmbito mundial.

No dizer de Castells, “uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação está remodelando a base material da sociedade (...)”. Segundo o autor, a emergência do novo paradigma tecnológico tem como marco os anos 1970, em que as novas tecnologias “difundiram-se amplamente, acelerando seu desenvolvimento sinérgico e convergindo em um novo paradigma [tecnológico]”.²⁵

Como parte desse processo de mudança, assinala Castells: “economias por todo o mundo passaram a manter interdependência global, resultando uma nova forma de relação entre a economia, o estado e a sociedade”.²⁶

Adotando uma perspectiva tecnológica e econômica, Castells sintetiza seu entendimento de que, nas duas últimas décadas do século passado, surgiu uma

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121.

²⁵ Ainda de acordo com o autor: “O conceito de paradigma tecnológico, elaborado por Carlota Perez, Christopher Freeman e Giovanni Dosi, com a adaptação da análise clássica de Khun, ajuda a organizar a essência da transformação tecnológica atual na medida em que ela interage com a economia e a sociedade. (...) Nas palavras de Christopher Freeman: ‘um paradigma econômico e tecnológico é um agrupamento de inovações técnicas, organizacionais e administrativas inter-relacionadas cujas vantagens devem ser descobertas não apenas em uma nova gama de produtos e sistemas, mas também e, sobretudo, na dinâmica da estrutura de custos relativos de todos os insumos para a produção’. Cf. CASTELLS, *op. cit.*, p. 21, 58, 77,78. Observe que o conceito de paradigma tecnológico, fundamental na análise de Castells, é inteiramente distinto do conceito de paradigma científico de Thomaz Khun.

²⁶ CASTELLS, *op. cit.* p. 21.

nova economia que denomina informacional e global para identificar suas características fundamentais e diferenciadas e enfatizar sua interligação.²⁷

Em síntese, o paradigma tecnológico da sociedade industrial está dando lugar ao paradigma da tecnologia da informação, da sociedade pós-moderna.

Historicamente, a revolução informacional tem início na II Guerra Mundial, quando ocorreram invenções tecnológicas na área da microeletrônica – como o *chip*, o microprocessador e o *software* –, que possibilitaram a criação e o desenvolvimento dos primeiros computadores pessoais, mais conhecidos como PC (*personal computers*).²⁸

Nessa trilha de desenvolvimento tecnológico, chega-se à concepção da mais importante de todas as invenções no campo da informática: a Internet. Esta, segundo Guilherme Magalhães Martins, é

[u]ma rede de computadores ligados entre si, perfazendo-se a conexão e comunicação por meio de um conjunto de protocolos, denominados TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol),²⁹ de maneira que a identificação das suas fronteiras físicas se torna impossível, em virtude da sua difusão pelo planeta, atravessando várias nações como se fora um rio, tendo englobado milhares de outras redes ao redor do mundo, que passaram a adotar tais protocolos.³⁰

Ricardo Lorenzetti chama a atenção para uma das características fundamentais da Internet: a disponibilização – em escala planetária e com uma velocidade antes inimaginável – de dados e informações em um inusitado volume, que no passado era, simplesmente, impossível de ser processado. Segundo ele, a Internet é “uma rede internacional de computadores interconectados que permite a comunicação entre si de dezenas de milhões de pessoas, assim como o acesso a uma colossal quantidade de informações de todo o mundo”.³¹

²⁷ *Ibidem*, p. 87.

²⁸ Cf. CANUT, *Proteção do consumidor no comércio eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 40-42.

²⁹ Ver MARTINS, Guilherme. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 392. Segundo o glossário de termos técnicos de informática constante dessa obra, TCP/IP (que, em inglês, significa *Transmission Control Protocol/Interface Program*) é a denominação de um “[p]rotocolo de controle da transmissão/programa de interface, ou seja, um protocolo, orientado para a conexão, que utiliza DARPA para sua investigação de operações de interconexão de redes”.

³⁰ Cf. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

³¹ LORENZETTI, Ricardo. *Informática, Cyberlaw, e-commerce*. In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 423.

A rede das redes, como também é denominada a Internet, teve sua gênese nos anos sessenta do século passado, a partir do desenvolvimento de pesquisas concebidas por uma agência militar norte-americana de tecnologia informática – ARPA (*Advanced Research Project Agency*).

Dessa maneira, inicialmente, seu uso se restringiu ao ambiente militar, passando, posteriormente, a ser utilizada no meio acadêmico e, somente no ano de 1987, ela teve sua utilização comercial autorizada, o que proporcionou sua difusão mundial, a partir do início dos anos 1990.³²

A *World Wide Web*³³ (que se pode traduzir como rede de alcance mundial), também conhecida como WWW, pode ser considerada o sistema que confere o caráter prático da Internet, pois é por meio dela que se torna possível a *navegação* ou a utilização do principal ambiente do ciberespaço³⁴, que é a Internet.

A Internet revela-se um revolucionário veículo de comunicação, que constitui elemento fundamental do paradigma digital emergente, destacando-se, sobretudo, como uma plataforma para negócios, uma relevante ferramenta para a difusão do conhecimento e, igualmente, um ambiente (virtual) para o lazer e a diversão.³⁵ Assim, a rede mundial de computadores pode ser encarada como o símbolo maior da atual revolução tecnológica. Seus impactos e desafios são comparados, por Julius Genachowski (atual presidente da *Federal Communications Commission*³⁶), com aqueles vividos na época de desenvolvimento da eletricidade, no século XIX.³⁷

Em suma, presencia-se um período de transição marcado pela revolução tecnológica digital que vem sendo acompanhado por transformações econômico-social, jurídico e cultural, graduais, porém irreversíveis.

Não há a menor dúvida de que a tecnologia digital, em particular a Internet, vem operando, nas empresas de todos os ramos de atividade, radical transformação nos processos produtivos e gerenciais – por isso mesmo demandando mão de obra

³² OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 13.

³³ De acordo com MARTINS, *Formação dos contratos...*, p. 31: “A *World Wide Web* (Teia de Alcance Global) ou WWW, [...] consiste no serviço mais conhecido do grande público, muitas vezes confundido com a própria internet.”

³⁴ Compreende-se o ciberespaço “como o espaço criado de forma artificial, informaticamente, baseado em fluxos de informação (cibernéticos) em formato digital”. Cf. CANUT, *op. cit.*, p. 52-54.

³⁵ *Ibidem*, p. 54.

³⁶ *Federal Communications Commission* (FCC) é o órgão regulador da área de telecomunicações e radiodifusão dos Estados Unidos, criado em 1934. No Brasil, equivale à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

³⁷ Cf. *O exemplo lá do norte. O Globo*. Rio de Janeiro, 22 mar. 2010. Revista Digital. p. 6-8.

mais qualificada e, em particular, afeita aos meios informáticos –, bem como na forma de se relacionarem com seus consumidores, fornecedores, prestadores de serviços e, até mesmo, seus empregados. Mudanças que somadas resultam na consolidação de um novo padrão de produção e de consumo.

Em particular, “a Internet como meio de comunicação tecnologicamente avançado, propõe ao mercado novas formas de realização para as diversas atividades praticadas em nosso cotidiano, emprestando-lhes um caráter muito prático e dinâmico”.³⁸ Como resultado dessa maior praticidade e dinamismo da Internet, como meio de comunicação, ela contribui, também, para a ampliação e transformação das relações comerciais, determinando a necessidade de mudanças adaptativas na esfera jurídica. Na visão de Roberto Silva Rocha, “na prática comercial, notadamente, surgem inovações jurídicas decorrentes da alteração das relações de mercado, que ao longo do tempo vão sendo incorporadas ao direito privado comum”.³⁹

Teresa Negreiros faz a respeito da evolução do Direito Civil ao longo do século XX uma síntese em que alerta sobre os limites à liberdade contratual, sobretudo em face da necessidade de ampliação do conceito de ordem pública. Segundo a autora,⁴⁰

[e]specialmente no campo do direito contratual, a coerência interna da lógica individualista é incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas tão manifestas quanto profundas desigualdades sociais. (...) Com efeito, é hoje incontestado o fato de que o direito civil se mostrou tão suscetível às transformações econômicas, sociais e filosóficas quanto aos demais ramos do Direito. (...) Todos esses marcos do direito civil [direito subjetivo como poder de vontade; negócio jurídico como ativação da vontade autônoma das partes; propriedade como direito ilimitado]⁴¹ projetado nas codificações foram pouco a pouco sendo superados ao longo do século XX.⁴² (...) Neste sentido, fala-se hoje em “*limites*” à liberdade

³⁸ RIDOLFO, José Olinto de Toledo. Aspectos da valoração do estabelecimento comercial de empresas da nova economia. In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000, p. 262.

³⁹ ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 61, jan.-mar. 2007, p. 233.

⁴⁰ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5-7.

⁴¹ Nesse colchete, buscou-se resumir aquilo a que Negreiros se refere com a expressão “todos esses marcos do direito civil”. De acordo com a autora, são os principais conceitos que, segundo Franz Wieaker, caracterizam o direito civil tradicional, a saber: “[o] direito subjetivo como poder de vontade, o negócio jurídico como ativação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjetiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade (...) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas coletivas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas humanas (...)”. *Loc. cit.*

⁴² “A começar pela função social da propriedade, passando pela função social do contrato – os dois pilares conceituais e ideológicos do direito civil –, indo até o campo da responsabilidade por atos ilícitos, tendentes à objetivação, para não mencionar as mutações havidas no direito de família e a emergência e o desenvolvimento

contratual, ampliação do conceito de ordem pública, regimes “especiais” ou “excepcionais” de tutela da parte fraca em certas relações contratuais (...) (grifou-se).

Prosseguindo, Negreiros observa que, atualmente, “[a] desconstrução dos postulados que durante o século XIX estiveram na base de todas as análises do contrato (...) dá lugar a uma reconceituação do instituto, acompanhada, naturalmente, de uma nova principiologia”.⁴³

A necessidade de adaptação do direito às mutações históricas, em suas dimensões tecnológica, econômica e social, é sustentada, igualmente, por Gustavo Tepedino que entende ser o Direito um produto historicamente condicionado e, portanto, mutável ao longo do tempo, por definição.⁴⁴

A propósito, considere-se o duplo questionamento com que Negreiros procura instigar o interesse do leitor pelo tema. Em primeiro lugar, desafiadoramente indaga a autora: “[m]udam-se os tempos, mudam-se as vontades; como supor que também o Direito não mudasse”?⁴⁵

Para essa pergunta, a própria autora antecipa como adequada resposta a seguinte reflexão de Orlando de Carvalho:

[n]enhum direito ou ramo do direito admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação. Nenhum direito é definitivamente *factum*; é sempre alguma coisa *in fieri*.⁴⁶

A outra questão indaga: “o que há de tão extraordinário na afirmação de que o direito civil do início do século XXI está muito distante do direito civil codificado a partir do século XIX”?⁴⁷

Nesse caso, não adiantou a autora nenhuma resposta. Parece que, como tal, se poderia propor a reflexão de Tepedino, acerca da condição historicamente condicionada do Direito, que “rompe com o caráter absoluto dos institutos

dos direitos da personalidade, *por todos esses pontos de vista o direito civil refletiu a história do século XX e suas oscilações no que respeita à concepção do indivíduo frente à sociedade e ao Estado (grifou-se).*”

Cf. *loc. cit.*

⁴³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-200.

⁴⁵ NEGREIROS, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁶ *Loc. cit.* A fonte original da citação é: CARVALHO, Orlando. *Para uma teoria geral da relação jurídica*, v. 1, 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 50-51.

⁴⁷ *Loc. cit.*

jurídicos, obriga-nos a considerar *sempre em mutação nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas*” (grifou-se).⁴⁸

Ao finalizar sua análise sobre as atuais perspectivas de renovação do Direito Civil, revela Negreiros seu entendimento de que se vem presenciando, na área do Direito, uma “mudança de paradigma” ou um “corte epistemológico”, conforme a conceituação de Kuhn:

o que há de revelador, extraordinário e específico no panorama evolutivo do direito civil é a natureza e abrangência das mutações surgidas: seu âmbito é especialmente profundo – deslocamento do centro valorativo do sistema da liberdade do indivíduo em direção à dignidade da pessoa e à solidariedade social (..) Em uma palavra, assiste-se ao que a historiografia das revoluções científicas denomina “corte epistemológico” ou “mudança de paradigma” (grifou-se)⁴⁹

Antonio Junqueira de Azevedo explica que “o paradigma, na visão de Kuhn, é um modelo teórico que serve a um grupo que se dedica a algum tipo de conhecimento, para solucionar os problemas com que se defrontam”.⁵⁰

Para tornar mais clara sua exposição, Junqueira de Azevedo acrescenta que “o mundo intelectual caminha por mudanças de paradigma”, mencionando exemplos de mudanças paradigmáticas, em vários campos científicos, como o da física em que o paradigma de Aristóteles antecedeu o de Newton, substituído pelo da teoria da relatividade.⁵¹

Com esmerada didática, ensina que o paradigma fornece o meio de resolver os problemas em sua área específica, sendo socialmente reproduzido. Referindo-se ao direito, afirma Junqueira de Azevedo que “[o] professor transmite para o aluno; o aluno aprende e será operador do direito com o paradigma que recebeu”. A identificação com o paradigma pode revelar-se problemática quando ele já não está mais cumprindo eficazmente sua função, ou seja, quando entra em crise revelando a necessidade de sua substituição, já que muitos que o utilizam reagem contra as

⁴⁸ TEPEDINO, *op. cit.*, p. 199-200.

⁴⁹ NEGREIROS, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, jan./mar., 2000, p. 10.

⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

mudanças, sendo “preciso um grande esforço para mudar o tipo de pensamento que fundamenta o exercício da própria atividade”.⁵²

Segundo o autor, no Direito, dois paradigmas – o da lei e, depois, o do juiz – teriam precedido o atual, “da fuga do juiz” ou da “solução rápida do caso concreto”. No paradigma contemporâneo, “os conceitos jurídicos indeterminados (...) [função social, boa-fé, ordem pública e interesse jurídico] continuam a ser usados, mas, agora, no paradigma de hoje, o pós-moderno, com diretrizes *materiais* (grifo no original)”.⁵³

Com a consolidação da sociedade da informação ou digital, nas últimas décadas do século XX, vai-se verificar a chamada *segunda crise do contrato*, ainda em curso, que vem intensificando a tendência à *despersonalização do contrato*. Essa mudança é assim contextualizada por Lima Marques:

[a] segunda crise do contrato adveio da chamada pós-modernidade ou das mudanças da sociedade contemporânea, desde o fim da segunda guerra mundial, em que a pós-industrialização lançou o pós-fordismo, em que os bens juridicamente relevantes, ou a riqueza econômica, passaram a ser os bens móveis imateriais e os fazeres ou serviços de massa (...). Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do Direito Civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do Direito Civil, agora mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais do cidadão.⁵⁴

A autora reconhece que “os valores ou elementos da pós-modernidade são fluidos, os estudos jurídicos ainda incipientes”. Todavia, já admite o contrato celebrado a distância no comércio eletrônico como um bom exemplo de contrato pós-moderno.⁵⁵ Neste tipo de contratação identificam-se como desafios negativos – os quais serão alvo de detida análise no próximo capítulo – a desconstrução da dogmática contratual clássica; a despersonalização extrema e a desmaterialização do meio de contratação; a desumanização da relação jurídica; o surgimento de uma nova vulnerabilidade do consumidor; a desterritorialização e a desregulamentação, que, somados, acabam por transformar a crise da pós-modernidade em “uma crise

⁵² *Ibidem*, p. 9 e 10.

⁵³ *Ibidem*, p. 10 e 11.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 57, jan.-mar, 2006, p. 14-15.

⁵⁵ MARQUES, *Contratos ...*, p. 184.

de desconfiança no direito, em seus instrumentos e instituições (inclusive o contrato)”.⁵⁶

No entanto, a faceta jurídica da crise da pós-modernidade deve servir como combustível para a evolução de um movimento de renascimento, ou melhor, de uma “[r]eação de reconstrução, não só da dogmática do direito privado social, da proteção dos mais fracos nos contratos e nas relações desequilibradas, mas de um reforço nos paradigmas sociais já existentes”.⁵⁷

Em suma, parece de todo apropriado encerrar-se a análise do tema desta seção – destinada a tratar da relação entre as revoluções tecnológicas e socioeconômicas e as repercussões jurídicas delas decorrentes – com a seguinte conclusão de Arnoldo Wald: “Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, identificando suas implicações jurídicas e *adaptando, quando necessário, os parâmetros doutrinários ao novo contexto socioeconômico*” (grifou-se).⁵⁸

1.2 Comércio eletrônico: a revolução da Internet

Em consonância com o que foi concluído na seção anterior, Iain Ramsay afirma que, contemporaneamente, “[w]e live in both an information age and an age of globalisation”.⁵⁹ Segundo o autor, as características da era da informação implicam em um novo modo de desenvolvimento econômico capaz de ocasionar profundas alterações culturais e sociais.⁶⁰

⁵⁶ *Ibidem*, p. 195.

⁵⁷ MARQUES, Proteção do consumidor ..., p. 31. Analisando a crise da pós-modernidade em outra obra, Lima Marques afirma que “está na hora de uma reação, reação através do direito privado como instrumento de realização das expectativas legítimas do homem comum, o leigo, o consumidor”. Cf. MARQUES, *Contratos* ..., p. 195.

⁵⁸ WALD, Arnoldo. Um novo direito para uma nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade da informação*. São Paulo: RT, 2001, p. 15.

⁵⁹ RAMSAY, Iain. Consumer protection in the era of informational capitalism. In: WILHELMSSON, Thomas (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 45.

⁶⁰ *Loc. cit.*

Com efeito, as transformações decorrentes da tecnologia da informação e da globalização não se restringem apenas ao âmbito econômico, mas, igualmente, fazem-se sentir nas esferas jurídica e política.

No entanto, o escopo do presente trabalho será restrito, essencialmente, à análise das implicações jurídicas advindas do uso da Internet como novo meio para a realização de transações comerciais de consumo.

Antes, porém, de se analisarem as distinções entre o comércio tradicional e o comércio eletrônico, cabe destacar as particularidades desse novo meio de comunicação e comércio, que é a Internet.

Para Ricardo Lorenzetti, a Internet reúne algumas características dentre as quais se destaca o fato de ser uma rede aberta e interativa: basta o necessário aparato tecnológico para que o usuário possa trocar informações, nos mais variados formatos, com todos aqueles que também tenham acesso à Internet.

E, ainda segundo o autor, a Internet é dotada de forte caráter internacional,⁶¹ que provoca um abrandamento da relevância das fronteiras geográficas entre os países, com uma aparente diminuição das distâncias físicas.

Nessa linha, o autor espanhol Pedro Alberto de Miguel Asensio, já no ano de 2001, chamava a atenção para “el alcance mundial y abierto de Internet”⁶², ressaltando “la tendencia de este medio a difuminar las fronteras geopolíticas”.⁶³ Esse caráter transfronteiriço e sua velocidade de comunicação, apontados por diversos autores, fazem com que a Internet seja diferente de tudo aquilo já experimentado pelos consumidores, em termos de comunicação.

De tal modo que, como ressalta Cristina Coteanu, “consumers can access products and services throughout the world with the click of a mouse”.⁶⁴ Desse modo, a Internet – como um novo meio para a realização do consumo – apresenta

⁶¹ Para conhecer as demais características apresentadas pelo autor, consultar: LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25-26. E também: LORENZETTI, Ricardo L. *Informática, cyberlaw, e-commerce*. In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 423. Deve-se, ainda, observar que as particularidades da Internet delineadas por Ricardo L. Lorenzetti são igualmente assinaladas nas obras de outros autores, como: MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70 e CANUT, *op. cit.* p. 58.

⁶² Cf. ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho Privado de Internet*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 23.

⁶³ *Ibidem*, p. 26.

⁶⁴ COTEANU, Cristina. *Cyber consumer law and unfair trading practices*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 4.

novos desafios ao sistema legal de defesa dos consumidores, que serão devidamente analisados mais à frente.⁶⁵

John Dickie, professor da Universidade de Leicester, observa que a *Web* diferencia-se de outros meios de comunicação de massa, como a televisão e o rádio, tendo em vista que estes consistem, de maneira geral, no que ele denomina de “one-way communication”, enquanto a maioria dos *Websites* seriam vias comunicativas *ativas*, que permitem a troca de informações entre os dois pólos da relação comunicacional. O autor acrescenta, ainda, que a *Web* constitui, do ponto de vista comercial, a parte mais expressiva da Internet.⁶⁶

Ademais, o professor inglês realça três particularidades da Internet – as quais repercutem no plano jurídico – capazes de a distinguir de outros meios de comunicação.

A primeira, denominada em inglês “borderlessness”, pode ser traduzida como a ausência de fronteiras. Conforme o autor, por um lado, uma informação disposta em um *Website* é acessível, em princípio, de qualquer lugar do mundo. Por outro lado, no entanto, não há um método independente que permita ao usuário-padrão identificar a origem geográfica da transmissão dos dados recebidos. De modo que “a shop in Germany may maintain ‘.uk’ Website for the purposes of selling to UK consumers, but have no other link whatsoever to the UK. (...) The server from which the communications are made may be located anywhere in the world”.⁶⁷

A segunda peculiaridade, “transience”, pode ser entendida como transitoriedade ou efemeridade. É fácil reconhecer esse caráter transitório quando se constata que um *Website* capaz de alcançar milhões de internautas pode ser criado, alterado ou extinto em minutos, deixando pouco ou nenhum rastro de sua existência.⁶⁸ A transitoriedade representa uma porta para a utilização do anonimato, tendo-se em conta a natureza intangível das comunicações efetuadas via Internet

O último atributo da Internet, apresentado por John Dickie, refere-se à imensa extensão da rede mundial de computadores, característica esta que faz com que

⁶⁵ *Loc. cit.*

⁶⁶ DICKIE, John. *Producers and consumers in EU e-commerce law*. Portland: Hart Publishing, 2005, p. 7.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 7-8.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 8.

suas dificuldades e falhas tendam a ter significativamente amplificadas suas repercussões e consequências.⁶⁹

O livro do autor, publicado no ano de 2005, menciona uma pesquisa realizada em 2003 segundo a qual havia, então, mais de quarenta milhões de *Websites* em todo o mundo.⁷⁰ Essa estatística vem crescendo continuamente, nos anos mais recentes. Com base em uma pesquisa realizada em maio de 2010 – pela mesma empresa responsável pela divulgação dos dados anteriormente citados –, sabe-se que há, atualmente, mais de duzentos e seis milhões de *Websites* distribuídos pelo globo terrestre.⁷¹

A partir da exposição das peculiaridades da Internet, chega-se a duas conclusões muito relevantes para esta dissertação.

Em primeiro lugar, constata-se que a Internet constitui um meio de comunicação ímpar e diferenciado de todos os que o precederam.⁷² Em segundo lugar, a consequência imediata desse fato é que o comércio realizado via rede mundial de computadores possui uma *natureza particular*,⁷³ que o distingue do comércio em geral e, também, faz com que se torne um dos grandes desafios do mundo contemporâneo, principalmente, tendo-se em vista suas implicações no plano jurídico.⁷⁴

Além da Internet, um segundo conceito que tem relevância para os próximos capítulos desta dissertação é o de ciberespaço.

A definição do termo ainda suscita divergências. Há doutrinadores, como John Rothchild, que defendem a ideia de que “cyberspace is not a place, but rather an obfuscatory reference to a means by which people may communicate with each other”,⁷⁵ ao passo que há autores para os quais “cyberspace is becoming a real space”.⁷⁶

⁶⁹ *Ibidem*, p. 9.

⁷⁰ *Loc. cit.*

⁷¹ Disponível em: <<http://news.netcraft.com/archiveswebserversurvey.html>>. Acesso em: 14 jun. 2010. Atente-se que o número de *Websites* quintuplicou em apenas sete anos.

⁷² Nesse mesmo sentido, também, DICKIE, *op. cit.*, p. 10.

⁷³ DICKIE, *op. cit.*, p. 2-10, *passim*.

⁷⁴ Cf. EUROCOMMERCE. An european initiative in electronic commerce (Communication from the EU commission, 15.04.97), *Position paper*. Bruxelas, nov. 1997, p. 2.

Disponível em: <<http://www.eurocommerce.be/content.aspx?Pageld=40166>>. Acesso em: 2 ago. 2010. Nesse document, se lê: “[e]lectronic commerce is one of the major challenges facing commerce in the world”.

⁷⁵ ROTHCHILD, John. Co-regulating the internet. In: WILHELMSSON, Thomas (ed.). *Consumer law in the information society*. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 199.

⁷⁶ COTEANU, *op. cit.*, p. 4.

Para Ricardo Lorenzetti, o espaço cibernético (ou ciberespaço) configura-se como um *novo espaço*

distinto do espaço físico, com uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade, posto que [sic] qualquer um pode redefinir códigos e interagir, o que o converte num objeto inacessível e refratário às regras legais que levam em conta este elemento para determinar inúmeros aspectos jurídicos.⁷⁷

Não obstante essa falta de consenso doutrinário, o que importa ser salientada é a magnitude do impacto desse novo meio de comércio – denominado *e-commerce* ou comércio eletrônico –, tendo em vista estatísticas indicando que, já em 2005, um bilhão de pessoas estariam conectados à rede mundial de computadores.⁷⁸

O terceiro conceito importante para a pesquisa que ora se desenvolve é o de comércio eletrônico, que se baseia no processamento e transmissão eletrônicos de dados, incluindo texto, som e imagem.⁷⁹

De acordo com o texto da “Iniciativa Europeia para o Comércio Electrónico”, este tipo de comércio

abrange principalmente dois tipos de atividade: o *comércio electrónico indirecto* – encomenda electrónica de bens corpóreos, que continuam a ter de ser entregues fisicamente utilizando os canais tradicionais, como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso – e o *comércio electrónico directo* – a encomenda, pagamento e entrega directa em linha [*online*] de bens incorpóreos e serviços, como *software*, conteúdo recreativo ou serviços de informação à escala mundial (grifou-se).⁸⁰

Deve ser ressaltado que o comércio eletrônico não se restringe apenas àquele praticado via Internet. “Inclui uma ampla gama de aplicações em banda estreita (*videotex*), radiodifusão (televidas) e ambiente fora de linha (*off-line*)

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29-30.

⁷⁸ COTEANU, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS – OCDE. *Electronic commerce: opportunities and challenges for government*. Paris, 1997, p. 11.

No mesmo sentido, tem-se: UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Uma iniciativa para o comércio electrónico europeu. *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões*. Bruxelas, 15 abr. 1997, p. 7. Disponível em: <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2010.

⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Uma iniciativa para o comércio electrónico europeu. *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões*. Bruxelas, 15 abr. 1997, p. 8-9. Disponível em: <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2010.

(vendas por catálogo em CD-ROM), bem como redes específicas de empresas”.⁸¹ Cláudia Lima Marques corrobora esse entendimento, afirmando que o comércio eletrônico nada mais é que

o comércio “clássico” de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (*e-mail*, mensagem de texto etc), por Internet (*online*) ou por meios de telecomunicações de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares etc.).⁸²

Entretanto, a partir da expansão vertiginosa da Internet, combinada com sua capacidade altamente inovadora, verifica-se que é por meio dela que se realiza a esmagadora maioria das transações comerciais eletrônicas.

Por essa razão, o escopo deste estudo será restrito ao comércio via Internet e, por conseguinte, à contratação eletrônica de consumo – haja vista que este tipo de contratação é, sem dúvida, o mais verificado na rede mundial de computadores.

A contratação eletrônica, a despeito de representar um desafio para os consumidores, os governos e os juristas, proporciona vantagens para os dois pólos da relação de consumo realizada virtualmente. Possibilita a realização de negócios a baixos custos, mesmo que as partes contratuais estejam em diferentes cidades ou, até mesmo, em distintos continentes.

Cláudia Lima Marques salienta o fato de que 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.⁸³

Na contratação virtual de consumo, desponta uma nova figura denominada *ciberconsumidor*, que vem sendo empregada por alguns autores – como a

⁸¹ *Ibidem*, p. 8-9.

⁸² MARQUES, *Confiança...*, p. 35.

⁸³ MARQUES, *Confiança...*, p. 57.

portuguesa Elsa Dias Oliveira⁸⁴ – para referir-se, em termos gerais, ao “civil ou leigo” que adquire produto ou serviço, pela Internet, de um fornecedor (“empresário ou profissional”).⁸⁵

Na doutrina nacional, a referência ao termo é feita por Cláudia Lima Marques ao advertir que, para o autor francês Thibault Verbiest, a “contratação não-presencial”, via Internet, “importa em considerações especiais do fornecedor que sabe se tratar de um ‘*cyber-consumidor*’”.⁸⁶

Cabe assinalar que o termo *e-consumidor* também é comumente empregado em artigos e pesquisas da área informática como, por exemplo, na pesquisa intitulada *WebShoppers*, que em 2009 publicou sua 21ª edição.⁸⁷

Finalmente, mencione-se que é pacífico o entendimento de que os contratos realizados via Internet, entre consumidor e fornecedor, são contratos de consumo, aos quais se aplicam as normas protetivas do Direito do Consumidor.⁸⁸

1.3 Modalidades de contratação eletrônica

Embora o contrato eletrônico não seja regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ele é definido, pela majoritária doutrina nacional, como o acordo de vontades que utiliza o meio eletrônico ou digital para sua celebração ou execução.

⁸⁴ OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 57. De modo conciso, a autora afirma que aquele que “celebra contratos através da internet (...) [é] correntemente designado por consumidor internauta ou por *ciber-consumidor*”.

⁸⁵ Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 68..

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57. A autora indica, ainda, que a expressão “*cyber-consummateur*” integra o título da obra de VERBIEST, Thibault. *La protection juridique du cyber-consummateur*. Paris: Litec, 2002.

⁸⁷ *WebShoppers*. 21. ed. Disponível em: <<http://www.webshoppers.com.br/>>. Acesso em: 10 mai. 2010. Cabe dizer que a *WebShoppers*, que é uma iniciativa da empresa *e-bit*, “tem como objetivo difundir informações essenciais para o entendimento do comportamento de compras dos internautas brasileiros e sua relação com o *e-commerce*”.

⁸⁸ Citam-se, a seguir, alguns autores que partilham esse entendimento: LORENZETTI. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 362 e 387; MARQUES, *op. cit.*, p. 58; CANUT, *op. cit.*, p. 140.

Percebe-se, então, que a peculiaridade basilar dessa nova categoria encontra-se na aplicação do meio virtual para a conclusão do acordo entre as partes contratantes. Tanto assim é que Caitlin Sampaio Mulholland é taxativa a esse respeito: “não houve nova tipificação contratual, mas somente uma nova forma de realização, (...) [de] efetivação dos contratos”.⁸⁹

Em consonância com esse entendimento, o surgimento desse novo modo de contratar significa que contratos ditos “clássicos”, como a compra e venda e os de fornecimento de bens e serviços em geral, continuam a ser praticados, só que, agora, com uma particularidade adicional, o emprego da Internet.

De tal forma que Ricardo Lorenzetti assenta a questão afirmando que “o contrato eletrônico caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para seu cumprimento ou para a sua execução”.⁹⁰

Nessa linha, vale trazer, ainda, a conceituação feita por Sérgio Iglesias Nunes de Souza, segundo o qual

[o]s contratos eletrônicos são negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador e as novas tecnologias como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual”. (...) Portanto, a diferença entre o contrato eletrônico e os tradicionais está tão-somente no *meio utilizado para a manifestação da vontade* e na instrumentalização do contrato que assegura aos contratos eletrônicos características próprias” (grifou-se).⁹¹

A falta de regulamentação legal não impediu, todavia, que a doutrina realizasse uma sistematização das modalidades de contratação eletrônica, que permitisse destacar as particularidades de cada modalidade, relevantes para um melhor entendimento das questões jurídicas referentes a cada uma delas.

Isso foi feito por meio de uma categorização elaborada por Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi. Os autores adotam, como critério de classificação, a forma como as novas tecnologias de comunicação são utilizadas

⁸⁹ MULHOLLAND, *op. cit.*, p. 67. Nessa linha, Sheila do Rocio Leal afirma que os contratos eletrônicos, em virtude de não possuírem uma regulamentação legal específica, são espécies de contratos atípicos e de forma livre, ainda que o conteúdo desses contratos esteja previsto e disciplinado em lei, como no caso da compra e venda, da prestação de serviços, da locação etc. Cf. LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 82.

⁹⁰ LORENZETTI. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 285.

⁹¹ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49 e 51.

para fins de contratação. Por esse prisma, identificam três modalidades de contratação eletrônica, a saber: *intersistêmica*, *interpessoal* e *interativa*.

Santos e Rossi justificam a relevância de sua proposta de classificação, com a seguinte argumentação:

[e]m paralelo ao *exame das questões jurídicas* relativas ao comércio eletrônico e até mesmo *como base para sua melhor identificação e compreensão*, é importante visualizar as formas sob as quais as tecnologias de informação podem e são utilizadas para efeitos contratuais (grifou-se).⁹²

As categorias acima mencionadas são amplamente aceitas pela doutrina nacional, sendo encontradas nas obras de Sergio Iglesias Nunes de Souza, Sheila do Rocio Leal, Analice Castor de Mattos e Letícia Canut, entre outros autores.

Ressalte-se, ainda, que essa classificação já vem sendo adotada pelos tribunais como se mostra mais adiante (p. 42) ao se examinar a apelação cível 70013028261 julgada, em 30 de março de 2006, pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

a) Contratação intersistêmica

⁹² SANTOS, Manoel e ROSSI, Mariza. Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, 2000, p. 111.

A contratação intersistêmica é aquela na qual “a comunicação eletrônica se estabelece entre sistemas aplicativos previamente programados, estando ausente a ação humana” no momento em que os sistemas trocam informações.⁹³

Há, necessariamente, uma negociação prévia entre os contratantes antes das informações referentes ao contrato serem passadas aos respectivos sistemas computacionais. Assim, as empresas “precedentemente ao início das operações comerciais eletrônicas, já disciplinaram e detalharam os direitos e obrigações e as atribuições de cada parte”.⁹⁴ Constata-se, assim, que “a manifestação volitiva de cada parte envolvida nas operações efetuadas (...) ocorre no momento em que os sistemas aplicativos são programados para a realização de cada uma das comunicações eletrônicas”.⁹⁵

Uma vez criados os sistemas aplicativos necessários à realização das pretendidas transações comerciais, os computadores dos contratantes, conectados normalmente por meio de redes fechadas, trabalham autonomamente, não havendo, na efetivação de cada transação, qualquer manifestação de vontade humana.⁹⁶

Essa modalidade de contratação é verificada, basicamente, em transações comerciais de atacado realizadas por sociedades empresariais que, geralmente, já possuem um prévio relacionamento comercial.⁹⁷

É de se observar ainda que, nesse contexto,

destaca-se a utilização do Electronic Data Interchange (EDI), que permite o diálogo eletrônico entre sistemas aplicativos distintos, mediante a utilização de “padrões de documentos”, ou “padrões EDI”. Trata-se de programas específicos que transformam documentos convencionais (pedidos de cotação, tabelas de preço, ordens de fornecimento, faturas, ordens de pagamento, de transporte e outros) em formatos possíveis de serem compreendidos pelos diversos programas de computação utilizados.⁹⁸

b) Contratação interpessoal

⁹³ SANTOS E ROSSI, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁴ LEAL, *Contratos eletrônicos: validade...*, p. 83.

⁹⁵ SANTOS E ROSSI, *op. cit.*, p. 114.

⁹⁶ Nesse sentido: LEAL, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁷ Cf. SANTOS e ROSSI, *op. cit.*, p. 115.

⁹⁸ Para uma melhor compreensão do tema, remete-se a SANTOS E ROSSI, *op. cit.*, p. 113. Por outras palavras, pode-se afirmar que, na categoria em análise, a comunicação entre os sistemas aplicativos é feita comumente em redes fechadas de comunicação, destacando-se o emprego do Eletronic Data interexchange – EDI, “que permite a comunicação entre os diferentes equipamentos de computação das empresas, por meio de protocolos (padrões de documentos), mediante os quais serão processadas e enviadas as informações”. Cf. LEAL, *op. cit.*, p. 82.

A contratação interpessoal é, normalmente, realizada mediante a troca de *e-mails*. A característica principal desse modo de contratar reside no fato de que a ação humana é verificada tanto na emissão da proposta, quanto em sua resposta, ou seja, no momento do envio da aceitação.

Assim, segundo Santos e Rossi, “[a]s duas manifestações volitivas essenciais ao preenchimento dos requisitos de existência da relação jurídica ocorrem, cada uma ao seu turno, no momento em que seus atores transmitem a mensagem eletrônica”.⁹⁹ Seguindo essa linha, identifica-se similitude entre esta categoria e o contrato epistolar, realizado mediante o intercâmbio de cartas, sendo que, tanto um quanto o outro, são considerados contratos realizados à distância.

Sheila Leal, ao tratar da presente modalidade de contratação, acrescenta que esta pode realizar-se, também, por meio de videoconferência ou em salas de conversação *online* (denominadas de *chats*) – nas quais a comunicação se dá em tempo real.¹⁰⁰

Os contratos celebrados via videoconferência ou por qualquer outro meio eletrônico que possibilite um intercâmbio de informações *online* ou em tempo real – como por exemplo os via *chats* –, são considerados contratos simultâneos e, por conseguinte, concluídos entre presentes; sujeitando-se às previsões legais da seção referente à formação dos contratos, presente no diploma civil.¹⁰¹

Mencione-se, a propósito, que o Desembargador Dálvio Teixeira faz menção expressa à modalidade de contratação, ora em exame, na redação de seu voto proferido nos autos da apelação cível 70013028261, julgada pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Na ementa do julgado há, ainda, interessante ressalva sobre a desnecessidade de forma especial para a formação do vínculo contratual, como pode-se comprovar *in verbis*:

Em se tratando de *contrato eletrônico interpessoal*, no qual as partes interagem na manifestação de suas vontades, para a formação do próprio vínculo,

⁹⁹ SANTOS e ROSSI, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁰ LEAL, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰¹ Quanto a esse ponto, confira LEAL, *op. cit.*, p. 86.

independentemente de forma especial, não há como exigir-se a apresentação do contrato por parte da demandada, até porque a própria demandante demonstra que os termos do contrato foram livremente deliberados mediante proposta e aceitação por meio de correio eletrônico (grifou-se).¹⁰²

Note-se que a contratação interpessoal celebrada por *e-mail*, em que não há simultaneidade na troca de informações, dá origem aos contratos entre ausentes, sujeitos à aplicação dos artigos 428 e seguintes do Código Civil.

Por fim, vale lembrar que as modalidades de contratação examinadas até aqui constituem parcela menor do mercado eletrônico de consumo, destacando-se, em contrapartida, a forma interativa, apresentada a seguir.

c) Contratação interativa

Na contratação eletrônica interativa, há comunicação entre uma pessoa e um sistema aplicativo previamente programado e disponibilizado em *sites*, que representam “lojas” virtuais em que se faz a oferta de produtos, serviços e informações.¹⁰³ Esta categoria representa o modo de contratação mais comum no mercado de consumo virtual e, por esse motivo, é a que será mais explorada no presente trabalho.

Nesse caso, a interação entre as partes contratantes é imediata ou simultânea, “considerando-se o momento de formação do contrato o instante em que o usuário manifestou sua vontade, aceitando a proposta, utilizando o botão ‘concordo’ ou aceito”.¹⁰⁴

Os contratos eletrônicos interativos são uma modalidade de contrato de adesão, sendo essa característica de fundamental interesse para este trabalho, uma vez que ela é responsável por alguns dos principais desafios no que concerne à

¹⁰² TJRS. 12ª Câmara Cível. Apel. n. 70013028261. Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Julg. em 30.03.2006.

¹⁰³ LEAL, *op. cit.*, p. 86-87.

¹⁰⁴ MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. *Internet e direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2002, p. 70.

proteção do *ciberconsumidor*. Para Caitlin Mulholland, os contratos eletrônicos de consumo são contratos de adesão,

na medida em que se constituem por intermédio de um simples clicar de botão, *uma adesão a um esquema contratual já predisposto e eletronicamente fornecido* pelo fornecedor ao consumidor, devendo, portanto, ser analisados estes contratos de acordo com os princípios estabelecidos para a proteção e defesa do consumidor (grifou-se).¹⁰⁵

Corroborar esse entendimento Elsa Dias Oliveira, segundo a qual “na Internet, as propostas difundidas são, por regra, em face do volume potencial de contratação e da necessidade de os fornecedores preverem possíveis vicissitudes decorrentes da contratação, expressas em cláusulas contratuais gerais”.¹⁰⁶

A propósito, vale lembrar o disposto no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, o qual define o contrato de adesão como aquele cujas condições gerais são elaboradas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, “sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

O fenômeno dos contratos de adesão relaciona-se, intimamente, com outra questão que constitui relevante desafio para a proteção dos *ciberconsumidores*, qual seja, o desigual poder de barganha entre consumidor e fornecedor *online*.¹⁰⁷ Segundo Cristina Coteanu, “[t]he major part of the doctrine described unequal bargaining power as including two major aspects: *unfair standardised terms* and the ineffectiveness of consumers redress mechanisms” (grifou-se).¹⁰⁸

Importante destacar, ainda, que os contratos de adesão *online* possuem peculiaridades frente aos contratos de adesão que se podem denominar tradicionais. O magistério de Cristina Coteanu é claro nesse sentido, *in verbis*:

[n]otwithstanding similarities existing between the standardisation of traditional contracts and of online contracts, *the standardisation of online contracts presents*

¹⁰⁵ MULHOLLAND, *op. cit.*, p. 67. Com idêntico entendimento, Elsa Dias Oliveira afirma que, na internet, “tudo está ao alcance de um ‘clique’ num quadrado de ecrã que diz algo como ‘Aceito’ ou ‘Concordo’”.

Cf. OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 29-30.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁷ Na mesma página, a autora complementa a afirmação citada: “[t]he lack of bargaining power was compared with the phenomenon of ‘standards contracts’ or ‘contracts of adhesion’”.

Cf. COTEANU, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁸ *Loc. cit.*

specific peculiarities: its content are prepared by business and imposed on consumers worldwide via a "durable medium"; standardised terms and conditions relating to a certain product or services are incorporated into a web page or floppy disk (...) [T]hese peculiarities bring up a large number of issues with regard to the implication of standardised online contracts on the balance of power between consumer and trader. (grifou-se).¹⁰⁹

No próximo capítulo, os problemas e as questões relacionadas às peculiaridades e às disparidades existentes no comércio eletrônico de consumo, em geral, serão analisadas.

Finalmente, observe-se que, não obstante os desafios que suscitam, os contratos eletrônicos interativos são, do ponto de vista do fornecedor, um legítimo meio para comercializar produtos e serviços via Internet, tendo em vista que fazer a negociação dos termos e condições contratuais, de maneira individualizada com cada consumidor, tornaria praticamente inviável a realização da operação de consumo eletrônica.

1.4 Contratos de adesão típicos da era virtual

Na presente seção, o objeto de análise são as três categorias de contratos de adesão típicos da era virtual, sendo que em um deles, o chamado *shrink-wrap agreement*, o consentimento do consumidor aos termos contratuais não é manifestado via Internet, o que, no entanto, verifica-se nos casos do *browse-wrap agreement* e do *click-wrap agreement*.

Ponto basilar dessa análise diz respeito à executoriedade dos contratos de adesão, levando-se em consideração que, nesses acordos, não há negociação de termos e condições contratuais.

Além disso, são reportadas relevantes decisões judiciais estrangeiras, que constituem casos exemplares em se tratando de conflitos decorrentes de contratos

¹⁰⁹ COTEANU, *op. cit.*, p. 46-47.

de adesão. Nessa exemplificação, estão presentes circunstâncias concretas que, num mundo globalizado, se repetem no mercado nacional.

a) *Shrink-wrap agreements*

A primeira categoria a ser analisada designa-se *shrink-wrap agreement*, que, numa tradução literal, significaria algo como *acordos embalados à vácuo*. Esses contratos são comumente utilizados na venda, em lojas físicas, de pacotes de *softwares* para computadores.

Nesses casos, a embalagem que protege o *software* contém um aviso ao consumidor de que o uso do *software* está sujeito aos termos e condições contratuais gerais contidos dentro do respectivo invólucro. O contrato de licença de uso geralmente explica que, caso o consumidor não queira realizar aquela contratação, deve devolver o produto para que o valor pago seja reembolsado. Todavia, ressalta-se que, para isso, há um prazo que, caso não observado, implica em assentimento aos termos do contrato.¹¹⁰

É importante notar que os *shrink-wraps agreements* são espécies de contrato de adesão nos quais a aceitação não é verificada por meio da assinatura num instrumento contratual, mas é deduzida a partir da conduta do consumidor.

Um caso concreto ocorrido nos Estados Unidos reportado por Cristina Coteanu, ilustra bem as principais questões jurídicas envolvidas em um contrato *shrink-wrap*.

No caso identificado como *ProCD Inc. versus Zeidenberg*, a empresa chamada *ProCD Inc.* criou um *software* que reúne uma enorme quantidade de informações referentes a números telefônicos e desenvolveu um mecanismo de busca que facilita o acesso ao banco de dados. Ademais, a *ProCD*, como é de praxe no comércio de *softwares*, praticava a chamada discriminação de preços, distinguindo a venda para o uso comercial da venda para usuários particulares –

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

cobrando um determinado preço das empresas e um preço menor dos usuários domésticos.

Um consumidor individual, identificado como Zeidenberg, adquiriu o *software*, de acordo com os termos e condições contratuais referentes ao uso doméstico. Entretanto, ele ignorou suas condições de uso, passando a disponibilizar comercialmente, pela Internet, as informações constantes do banco de dados.

No julgamento de primeira instância, decidiu-se que o contrato não era obrigatório, porque o adquirente não teve a oportunidade de tomar conhecimento de seu conteúdo antes ser concluída a venda.

Todavia, essa decisão foi alterada na instância superior, ao determinar-se o estrito cumprimento do contrato *shrink-wrap*. Tal julgamento teve como fundamento o fato de que o consumidor havia manifestado seu assentimento aos termos contratuais. Haja vista que a licença de uso foi impressa no guia do usuário do CD-ROM e aparecia na tela do computador toda vez que o programa era utilizado.

Assim, de acordo com a instância superior, o contrato foi aceito quando o consumidor consentiu com os termos contratuais, em seu computador, ao utilizar o produto. Um juiz foi claro, ao concluir que

[a] vendor, as master of the offer, may invite acceptance by conduct, and may propose limitations on the kind of conduct that constitutes acceptance. A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognize the existence of such a contract.¹¹¹

A decisão prolatada em segunda instância foi no sentido de que se verificou a aceitação do contrato, por parte do adquirente, não ao comprar, mas ao *utilizar* o *software*, depois de ter tido a oportunidade de ler os termos da licença de uso. É o que entendeu Cristina Coteanu:

[f]inally, it was considered that the consumer did not accept the terms of the contract by purchasing the software, but *he accepted the terms by using the software*. The court's decision was founded on the option of returning the software within thirty days of sale" (grifou-se).¹¹²

¹¹¹ *Ibidem*, p. 50-51.

¹¹² *Ibidem*, p. 51.

Na decisão final do caso *ProCD*, o tribunal identificou – como forma de contrabalançar o desigual poder de barganha entre os contratantes – três condições a serem observadas pelas empresas fornecedoras, com vistas a assegurar a executoriedade dos contratos *shrink-wrap* e *click-wrap*.

A primeira é que os produtos venham acompanhados de uma bem visível advertência quanto à existência da licença de uso no interior da embalagem. A segunda deveria ser a inclusão no *software* de uma rotina de manifestação de concordância com os termos contratuais, ao início da utilização do programa. A terceira seria dar oportunidade de devolução do produto, em prazo razoável, assegurando, nessa hipótese, o reembolso integral do preço pago pelo consumidor.¹¹³

Com base no exemplo exposto, verifica-se que há um entendimento, na jurisprudência norte-americana, no sentido de que, em tese, os contratos *shrink-wrap* são passíveis de execução. Como adverte, no entanto, Coteanu, cabe dúvida se a questão da executoriedade poderá ser definitivamente resolvida com base nas três condições de executoriedade acima mencionadas.

Na realidade, a observância dos três referidos requisitos parece não equalizar o desigual poder de barganha entre fornecedor e consumidor, quando realizam contratos *shrink-wrap*. De forma que, mesmo sendo atendidas as condições citadas anteriormente, nada garante a certeza quanto à executoriedade e à validade deste tipo contratual característico da era virtual.

Acredita-se que, para minimizar a desigualdade de forças entre as partes contratantes em um contrato *shrink-wrap* e, conseqüentemente, conferir uma real e efetiva proteção ao consumidor em negócios típicos da era digital, alguns procedimentos devem ser adotados pelas empresas que desbravam esse novo nicho de comércio.

Uma das medidas a serem tomadas pelos fornecedores nessa direção deveria ser a disponibilização dos termos gerais da licença de uso na parte externa da embalagem do *software* ou até mesmo possibilitar o envio, ao possível adquirente, de uma cópia da licença para que esta pudesse ser lida antes da efetivação do acordo, isto é, antes de sua utilização.

¹¹³ *Ibidem*, p. 52.

Como o mercado contemporâneo é altamente globalizado – sendo que esta característica é acentuada quanto aos produtos e serviços relativos ao mercado informático –, todas as informações concernentes ao contrato e ao produto devem ser redigidas no idioma dos países nos quais tais produtos sejam comercializados, ou seja, toda informação referente ao produto vendido deve estar acessível na língua natal do consumidor.

Além da possibilidade de leitura dos termos contratuais antes da efetivação da compra, acredita-se que os termos e condições de uso do produto deveriam ser expostos na tela do computador do consumidor, quando do início da utilização do produto, e serem submetidos à aceitação pelos usuários.

Ademais, as empresas fornecedoras de *software* não deveriam confiar em uma imposição de regras legais sem qualquer conexão com o país destinatário de seus produtos. Muito pelo contrário, deve-se ter sempre em conta o arcabouço jurídico do país do consumidor, uma vez que esse é que deverá ser utilizado no julgamento dos conflitos oriundos dessas contemporâneas modalidades de contratação de consumo. Seguindo essa linha de raciocínio, Caitlin Sampaio Mulholland afirma que

os conflitos que porventura surjam de uma relação contratual eletrônica de consumo deverão ser solucionados com base na sistemática do direito do consumidor e do direito constitucional internos, deixando-se de lado a possibilidade de aplicação de uma *lex mercatoria* a estes contratos e de uma normativa estrangeira que afronte os princípios e valores tutelados em nossa Carta Magna.¹¹⁴

Por último, conforme já foi sustentado, o consumidor deve ter a possibilidade de obter um reembolso do valor pago pelo produto, caso discorde de seus termos e condições de uso.

Cabe coligir, a partir das sugestões expostas acima, que o dever de informação constitui fundamento básico para um reequilíbrio do poder de barganha entre os contratantes e, por conseguinte, é instrumento essencial para a defesa do consumidor.

¹¹⁴ MULHOLLAND, *op. cit.*, p. 55.

A lição de Claudia Lima Marques não deixa dúvidas quanto a isso: “[d]aí ser o dever de informar, dever oriundo da boa-fé e altamente valorado na complexa *sociedade de riscos e da informação contemporânea*, uma maneira de o direito reequilibrar a relação de consumo” (grifou-se).¹¹⁵

Esse entendimento já foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo diploma legal de proteção aos consumidores (Lei n. 8.078/90 – o CDC). O dever de informar é destacado como sendo essencial para a harmonia das relações de consumo e a preservação dos direitos básicos dos consumidores, na forma do artigo 6º, III do CDC.¹¹⁶

Vai mais além o CDC, detalhando o conteúdo do dever de informar, ao estabelecer que, além de respeitar outras qualificações, as informações devem ser claras, ostensivas e em português, conforme se pode verificar no *caput* do artigo 31 o qual preceitua, *in litteris*, que

[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 (...).

b) *Browse-wrap agreements*

Essa segunda categoria de contrato de adesão típico da era virtual é, de fato, uma espécie de contrato eletrônico, em que se utiliza a Internet como “meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes”.¹¹⁷

São os *browse-wrap agreements*, que, segundo Cristina Coteanu, consistem em acordos celebrados por meio da utilização de um *hyperlink* hospedado em um *site* na Internet.¹¹⁸

¹¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 772.

¹¹⁶ *Loc. cit.*

¹¹⁷ LEAL, *op. cit.*, p. 79.

O que deve ser ressaltado, em primeiro lugar, com relação a esse tipo de acordo é o fato de que neles os consumidores podem se obrigar sem terem expressado consentimento ou, até mesmo, sem saber da existência do contrato.¹¹⁹

Com efeito, os contratos *browse-wrap* podem ser formados por uma simples ação não intencional do consumidor. Bastaria, por exemplo, acessar um *Website*, com a mera intenção de conhecê-lo, para se configurar uma obrigação contratual, a despeito de não ter havido negociação entre as partes e, em alguns casos, nem mesmo a intenção de contratar.

Cabe ressaltar que os contratos *browse-wrap* diferem tanto dos *shrink-wrap*, vistos anteriormente, quanto dos *click-wrap*, que são analisados a seguir. De fato, diferentemente dos *browse-wraps*, os outros dois tipos de contratos mencionados exigem dos consumidores uma atitude ou uma ação capaz de expressar, de alguma forma que se possa considerar clara, o consentimento indispensável à celebração do contrato.

Identificada essa fundamental distinção entre os contratos *browse-wrap*, de um lado, e os *shrink-wrap* e os *click-wrap*, de outro lado, desponta a seguinte questão: o contrato *browse-wrap* pode ser considerado obrigatório, apesar de não ter havido uma ativa e deliberada concordância do consumidor aos termos contratuais?

Percebe-se, logo de imediato, que essa complexa questão tem como fulcro o dever de informação que, como visto anteriormente, é direito básico do consumidor e dever essencial do fornecedor – o *expert* na relação jurídica em causa – perante o consumidor, considerado o leigo ou a parte vulnerável.¹²⁰

Para melhor aclarar a hipótese em comento, serão exploradas duas decisões judiciais comentadas na obra de Cristina Coteanu.

No primeiro caso, vale ressaltar a fundamentação utilizada pelo tribunal para rechaçar a executoriedade de um acordo *browse-wrap*. De acordo com o juízo, os termos do contrato de uso do *site Ticketmaster* (no Brasil o endereço é

¹¹⁸ COTEANU, *op. cit.*, p. 55. “The ‘browse-wrap’ agreement refers to any substantive agreement that is accessible by means of a hyperlink from a website’s home page”.

¹¹⁹ *Loc. cit.* “These agreements could result in a non-negotiable contract simply by the consumer’s action of accessing a product. Thus, consumers may be bound by a contract without giving their assent or without knowing about the existence of this contract”.

¹²⁰ MARQUES, *Contratos ...*, p. 772.

<www.ticketmaster.com.br/>), não eram, por si mesmos, suficientes para configurar um contrato obrigatório entre o *site* e o usuário dele. No julgado, assim se explicava o seu fundamento: “[i]t cannot be said that merely putting the terms and conditions in this fashion necessarily creates a contract with anyone using the website”.¹²¹

Ressalvou-se, no entanto, que outra hipótese seria a de haver fatos indicativos de que o usuário (réu) tinha conhecimento dos termos do contrato, somados à presunção de que houve consentimento implícito ao acordo.

Mencione-se que, no caso em questão, o *site* da *Ticketmaster*, à época, não exigia que o usuário expressasse assentimento aos termos contratuais, clicando em um ícone virtual nominado “Eu Aceito/Concordo”, antes de celebrar o acordo.

Ao contrário, os termos e condições do contrato eram dispostos de modo que o usuário deveria rolar para baixo a *Webpage* para que, somente assim, pudesse localizar e tomar conhecimento de tais termos “obrigatórios”. O comportamento que se exigia dos consumidores, sabe-se ser muito difícil de acontecer, na prática. A maioria dos consumidores, ao invés de efetuar a pesquisa em busca dos termos contratuais – muitas vezes dispostos em letras miúdas e no fim das páginas *Web*, quando não em outra *home page* ligada por um *hiperlink* –, vai direto à página *Web* (ou aos tópicos dela) que dizem respeito ao seu interesse.

A seguir se menciona outro processo bastante ilustrativo da forma como a jurisprudência norte-americana vem interpretando os contratos *browse-wrap*. Nesse segundo caso relatado por Coteanu, concluiu-se que o contrato objeto do litígio deveria ser considerado válido e obrigatório, apesar de não ser exigida para o acesso às informações constantes do *site* (entendido como o serviço prestado) nenhuma manifestação de assentimento por parte dos usuários.¹²²

Numa situação diametralmente oposta à do exemplo dado anteriormente, no caso em tela, o dever de bem informar o consumidor foi pelo juízo considerado devidamente cumprido por parte do fornecedor. Em realidade, os termos contratuais poderiam ser vistos em uma *Webpage* que possuía ligação com a *home page* da empresa fornecedora das informações. Assim, o reconhecimento judicial da validade e da obrigatoriedade dos termos contratuais foi fundamentado com base na constatação de que havia uma notificação, constante da *home page* da empresa

¹²¹ COTEANU, *op. cit.*, p. 56.

¹²² *Loc. cit.*

fornecedora, alertando que a utilização do *Website* estava sujeita aos termos de licença de uso.¹²³

c) *Click-wrap agreements*

Por fim, se examina a categoria dos *click-wrap agreements*, destacando-se que estes, segundo Cesar Viterbo Matos Santolim, são a forma mais típica de contrato eletrônico.¹²⁴ Sua utilização vem crescendo de forma acelerada no país acompanhando a rápida expansão do consumo por intermédio da Internet.

De acordo com a da última edição do *WebShoppers* – relatório semestral da *e-bit*, empresa que monitora os dados e a evolução do mercado eletrônico de consumo –, segundo a qual o *e-commerce*, no Brasil, cresceu 30%, em 2009, atingindo um faturamento de R\$ 10, 5 bilhões, gerado pelas compras realizadas por 17,6 milhões de *ciberconsumidores*.¹²⁵

Cesar Santolim explica que “[e]m razão do contrato se formar através de vários ‘clicks’ do *mouse* do computador do consumidor, mediante vários passos do processo de compra *online*, esses acordos são conhecidos como ‘contratos por clique’”.¹²⁶

Essa categoria é largamente reconhecida pela doutrina nacional¹²⁷, sendo considerada por Sergio de Souza como um contrato eletrônico por adesão, no qual os consumidores “com um simples ‘clique’ no *link* da tela do computador sobre o termo ‘aceito’ demonstram sua manifestação de vontade”.¹²⁸

¹²³ *Loc. cit.*

¹²⁴ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 55, p. 63, jul./set. 2005.

¹²⁵ Disponível em: <<http://www.webshoppers.com.br/>>. Acesso em: 2 jun. 2010. Esse relatório foi objeto de reportagem intitulada “É clicar e levar”, publicada na Revista O Globo do jornal *O Globo*, do dia 24 de janeiro de 2010.

¹²⁶ SANTOLIM, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁷ Cf. LEAL, *op. cit.*, p. 87 e 105; e CANUT, *op. cit.*, p. 139.

¹²⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.57.

Os *click-wrap agreements* são realizados por intermédio da modalidade de contratação interativa, descrita no item 1.3 letra c.

Na discussão doutrinária, destaca-se o professor argentino Ricardo Lorenzetti, ao não subescrever a categorização que aqui se adotou, distinguindo *shrink-wrap*, *browse-wrap* e *click-wrap agreements*. Ele assume posicionamento dissonante, frente ao da maioria dos autores, sustentando o ponto de vista de que se deve admitir apenas uma grande categoria englobando todas as três espécies citadas – sendo denominada de *wrap agreements*.¹²⁹

Cristina Coteanu chama a atenção para uma característica importante do *click-wrap agreement*, qual seja: a exigência de manifestação de assentimento por parte do consumidor, mediante o clique do seu *mouse* no “botão” ou ícone virtual, que normalmente é identificado pela expressão “Eu Concordo/Aceito” – de modo que o produto ou serviço não pode ser obtido a menos que o ícone seja previamente clicado pelo usuário.

As questões concernentes ao modo de verificação do consentimento e quanto à vinculação do consumidor aos termos contratuais são as mais relevantes, no tocante aos contratos por clique.

Ricardo Lorenzetti também recorre a decisões judiciais estrangeiras para melhor explicar a modalidade especial de contratação ora comentada. Segundo suas próprias palavras, “[a] jurisprudência norte-americana considerou legal este tipo de contratação de adesão, bem como as cláusulas empregadas”,¹³⁰ ressaltando em seguida alguns desses julgamentos.

É exatamente o que será feito aqui, porém tomar-se-á como fonte Cristina Coteanu, que apresenta um rol maior de decisões e de modo mais detalhado do que o autor argentino.

A autora analisa ao todo seis decisões judiciais, sendo que, deste total, três sustentam a executoriedade dos termos contratuais, ao passo que outras três negam a obrigatoriedade dos contratos submetidos a julgamento.

¹²⁹ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 329.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 334.

Interessante exemplo do primeiro grupo é a decisão do caso *Caspi versus Microsoft Network*. O tribunal determinou a manutenção e a obrigatoriedade de uma cláusula de eleição de foro com base nos argumentos a seguir expostos.

Havia, no contrato por adesão, uma notificação a respeito da cláusula de eleição de foro; as condições contratuais foram devidamente apresentadas na tela do computador do usuário – antes de este manifestar assentimento, clicando com seu *mouse* no ícone “aceito”.

Com base nessas circunstâncias fáticas, o juízo concluiu que a referida cláusula não foi apresentada de maneira desleal. Reconheceu-se, pois, que ela era válida e obrigatória.¹³¹

Visando fazer um contraponto com o exemplo anterior, convém dar conhecimento de um caso em que a mesma questão, a controvérsia sobre obrigatoriedade de cláusula de eleição de foro, foi considerada não obrigatória.

Para tanto, passa-se a aludir à decisão do caso *America Online, Inc. versus Superior Court*, na qual se determinou a não executoriedade da referida cláusula, uma vez que esta foi considerada desleal e injusta.

Dos argumentos apresentados pelo tribunal, para justificar sua decisão, valem ser citados os seguintes: a cláusula constava de um contrato padronizado, de maneira que não se verificou a livre negociação de seu conteúdo entre as partes; a cláusula de eleição de foro constava de um pequeno texto posicionado no final do contrato, não podendo ser, portanto, facilmente identificado pelo consumidor.¹³²

Da consideração da jurisprudência americana, percebe-se que a validade e a consequente executoriedade dos contratos por clique só podem ser determinadas a partir de um criterioso exame das circunstâncias concretas de cada caso. Para isso, devem ser devidamente averiguados tanto o modo pelo qual se dá o consentimento, quanto a maneira como são apresentados os termos e as condições contratuais.¹³³

Observe-se que o desenvolvimento do mercado eletrônico de consumo – realizado com base em transações comerciais em massa – favorece, *rectius*,

¹³¹ COTEANU, *op. cit.*, p. 54.

¹³² *Ibidem*, p. 55.

¹³³ *Cf. loc. cit.*

necessita de uma padronização dos termos e instrumentos contratuais, possibilitada pelo emprego dos contatos de adesão.

Todavia, constata-se uma diferença entre a contratação por adesão eletrônica e a contratação por adesão *off-line* ou tradicional. A doutrina especializada postula que essa distinção diz respeito muito mais ao método de formação do contrato do que ao seu conteúdo ou sua substância.

Esse é o pensamento de C. Reed, sintetizado na forma abaixo: [w]hat is different (between online contracts and those made by traditional methods) is the method by which those contracts are formed" (...). [I]t becomes obvious that *the process of contract formation is not so straightforward as in the physical world* (grifou-se).¹³⁴

Cristina Coteanu subescreve esse entendimento, quando afirma que: “[w]hilst from a ‘substance’ perspective, the online standard contracts seem to be identical to the traditional standardised contracts, *from a ‘method’ form, the online contracts and specially mass-market licenses are different from negotiated licenses*” (grifou-se).¹³⁵

1.5 Formação dos contratos eletrônicos

Como já se observou, o novo contexto tecnológico vem trazendo inovações no campo da dogmática contratual. Em realidade, no mercado eletrônico de consumo, surge nova maneira de se verificar o consentimento necessário à formação do acordo. Muito pertinentemente, diz-se que, no mercado eletrônico, opera-se “a transition from the *contract-as-consent* model to the model of *contract-as-technological assent*”.¹³⁶

Segundo Enzo Roppo, “a formação do contrato consiste num *processo*, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si” (grifo

¹³⁴ Cf. *ibidem*, p. 62.

¹³⁵ *Loc. cit.*

¹³⁶ COTEANU, *op. cit.*, p. 63.

original).¹³⁷ Ainda de acordo com o mestre italiano, o consenso contratual resulta da manifestação e do encontro das vontades das partes, que, na maioria das vezes, ocorre ao redigir-se um instrumento contratual.¹³⁸

Contudo, lembre-se que manifestar a vontade mediante a redação de um instrumento contratual é apenas um dos possíveis modos de realizar um acordo. Admite-se que, validamente, pode-se manifestar a vontade de contratar mediante um *comportamento concludente*, o qual é entendido como uma ação ou conduta humana, mesmo silenciosa, capaz de “denunciar de forma inequívoca, *no quadro das circunstâncias existentes*, a vontade de concluir o contrato” (grifou-se).¹³⁹

Assim, percebe-se que contratos são reputados concluídos, válidos e obrigatórios quando as circunstâncias concretas – baseadas em práticas costumeiras ou nos usos do comércio – permitirem a verificação da manifestação de vontade mediante a prática de determinada ação ou atitude dos sujeitos contratantes.

Compreendido que a formação do contrato é um *processo* que pode realizar-se de distintas maneiras – desde que seja possível identificar a vontade do sujeito de aceitar vincular-se¹⁴⁰ –, é forçoso admitir-se que o surgimento daquilo que Cristina Coteanu chama de “contract-as-technological assent” é, perfeitamente, admissível no âmbito do direito contratual.

Assim, se especifica que passam a ser admitidos como comportamentos concludentes – aptos a tornar obrigatório e perfeito um contrato – atitudes e ações humanas expressadas com a utilização de tecnologias informáticas como a Internet. É nessa linha o entendimento de Coteanu, ao declarar que “[t]echnological assent’ may encompass the whole range of ‘clicking or breaking’ (...) clicking on a button, breaking the shrink-wrap or commencing to use information”.¹⁴¹

Entretanto, deve-se advertir que o entendimento exposto acima de maneira alguma pretende diminuir a importância do assentimento na formação contratual, muito pelo contrário, pois sabe-se que o mútuo assentimento – “a fusão das

¹³⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 85.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 93.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 94.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 95.

¹⁴¹ COTEANU, *op. cit.*, p. 63.

vontades das partes”¹⁴² – é a pedra fundamental de todo e qualquer contrato que pretende ser reconhecido e legitimado pelo Direito.¹⁴³

Reafirme-se que é, justamente, a admissão do *consentimento tecnológico* (“technological assent”) – como, por exemplo, a conclusão de um contrato mediante o clique do consumidor em um “botão” virtual nominado “Aceito” – que permite que o fenômeno da contratação por adesão seja aproveitado pelo mercado eletrônico de consumo.

Negar que um comportamento concludente – como o clicar de um *mouse* em um ícone virtual que autoriza o pagamento do preço de um produto ou serviço, após a devida leitura dos termos e condições contratuais – possa formar um contrato seria dizer, por via indireta, que a contratação eletrônica de consumo não é possível, ou seja, é defeituosa, por faltar-lhe elemento essencial à formação do contrato.

Quando precedido pelo adequado conhecimento dos termos contratuais, propostos pelo fornecedor, o consentimento tecnológico do consumidor é um modo inquestionável de comportamento concludente, constituindo, pois, uma forma válida de manifestação da vontade de contratar.

Por fim, lembre-se que o comércio eletrônico de consumo já é um fato no Brasil e em diversos outros países do mundo, podendo-se mesmo dizer que é uma realidade global. O Direito deve acompanhar o desenvolvimento de novas tecnologias que repercutem seus efeitos sobre a economia em geral e o comércio, em particular, pois, como já foi dito, a realidade jurídica – por ser um fenômeno histórico-social – está sempre sujeita a mudanças e transformações ao longo do tempo.¹⁴⁴

Sendo assim, com relação ao ponto em análise, o que cumpre ser enfrentado pelos acadêmicos e operadores do direito em geral é a questão do desequilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, que é agravado pelas peculiaridades do mercado eletrônico.

¹⁴² ROPPO, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴³ Cf. COTEANU, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁴ Sobre o caráter historicamente condicionado do Direito e, pois, a necessidade de evoluir em consonância com a realidade socioeconômica, ver REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14. E, também: TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-200.

Com apoio na argumentação de Cristina Coteanu, sublinhe-se que as consequências decorrentes do desigual poder de barganha, em uma relação eletrônica de consumo, diferem profundamente daquelas observadas no comércio de consumo dito tradicional ou *off-line*.

O mercado eletrônico potencializa a superioridade do fornecedor frente ao *ciberconsumidor*, possibilitando uma utilização indiscriminada e, por vezes, desleal de termos e condições contratuais padronizados, caracterizando a ocorrência de falhas no mercado eletrônico. Desse modo, Coteanu conclui que

[t]he standardisation of online contracts is synonymous with *electronic market failure*. (...) The emergence of the electronic marketplace enhances the ability of traders to decide on dominant standardised terms and conditions. In this context, consumers do not have the possibility to make online transactions regarding comparable products and services on the basis of different terms and conditions. (grifou-se).¹⁴⁵

Assim sendo, essa falha do mercado eletrônico – consistente numa mais acentuada desigualdade do poder de barganha entre os contratantes – merece a devida atenção, a fim de que seja possível se não eliminá-la ir reduzindo-a progressivamente.

Não obstante os desafios e falhas do comércio eletrônico só venham a ser devidamente explorados no próximo capítulo, cabe desde já sinalizar que, no comércio de consumo via Internet, corresponder à confiança dos consumidores deve constituir um dos principais alvos a serem alcançados pelos fornecedores.

Estimular a confiança dos consumidores nas transações *online* é mais do que uma questão de “boas práticas comerciais”.¹⁴⁶ No caso brasileiro, assegurar a existência de métodos de contratação *online* seguros, confiáveis e, sobretudo, equitativos é, na verdade, dar consequência prática à principiologia constante da legislação consumerista consubstanciada no CDC.

Com efeito, dentre os fundamentos do diploma de proteção do consumidor, merecem destaque os princípios básicos da transparência, da confiança, da equidade e da boa-fé objetiva, sendo que este último será mais à frente objeto de análise mais detida, tendo em vista que, na ausência de regulamentação específica

¹⁴⁵ COTEANU, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 64.

das contratações eletrônicas, ele assume fundamental importância como instrumento para desestimular e corrigir práticas comerciais desleais e abusivas.

2 COMPLEXIDADE E DESAFIOS DA CONTRATAÇÃO NA INTERNET: VULNERABILIDADE E DESCONFIANÇA DO CONSUMIDOR

2.1 Complexidade da contratação eletrônica

2.1.1 Despersonalização e assimetria informacional e técnica

A maneira tradicional de contratar – normalmente mediante a presença física e relacionamento interpessoal entre os contratantes, na língua natal e, mais comumente, por meio de instrumentos contratuais impressos – difere muito da contratação eletrônica.¹⁴⁷ Esta nova modalidade de celebrar acordos, realizada *on-line*, “é efetivamente complexa e diferente”¹⁴⁸ daquela considerada clássica, concretizada *off-line*.

Cláudia Lima Marques apresenta as seguintes particularidades dessa nova maneira de contratar:

a distância entre fornecedor e consumidor, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, assim como da contratação em si, a desterritorialidade da contratação, realizada em “território” virtual, a imaterialidade da execução à distância e a objetividade ou “autonomia” das duas vontades exteriorizadas.¹⁴⁹

A Internet possibilita que se realize uma contratação não-presencial à distância peculiar que, comumente, assume caráter internacional e conjuga a imaterialidade do meio e, às vezes também do próprio objeto contratual, com uma atemporalidade. Peculiaridades essas que fazem com que a aplicação de alguns

¹⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 58.

¹⁴⁹ *Loc. cit.*

mecanismos tradicionais de proteção aos consumidores seja dificultada.¹⁵⁰ Mas não é só.

No meio virtual, o desequilíbrio identificado nas relações de consumo ganha novos contornos, assumindo características muito peculiares, merecendo ser objeto de especial atenção por parte da doutrina e da jurisprudência.

É inegável que, quando essas relações se perfazem na *World Wide Web*, o domínio e o conhecimento técnico e tecnológico representam mais uma vantagem do fornecedor frente ao consumidor, o que é capaz de aumentar a assimetria entre as partes.¹⁵¹ Ricardo Lorenzetti, ao tratar das relações contratuais eletrônicas de consumo, sustenta que hipossuficiências estruturais, como *disparidades econômicas, tecnológicas e de informação* são exacerbadas no mundo virtual.¹⁵²

Assim, a *disparidade econômica* – que, nas relações de consumo tradicionais, foi uma das razões a justificar a criação das normas de proteção ao consumidor – também é verificada no comércio eletrônico, sendo considerada uma das causas do desigual poder de barganha e negociação entre as partes.¹⁵³

Por sua vez, as *disparidades tecnológicas*, por óbvio, são acentuadas no comércio eletrônico. Como é sabido, o desenvolvimento da tecnologia se dá, cada vez mais, de maneira exponencial, sendo que – por mais que os consumidores busquem acompanhar e aprender as novas formas de comunicação, de envio de informações e de realização de pagamentos etc. – se constata, na prática, que há uma evidente discrepância de conhecimento sobre o meio tecnológico utilizado.¹⁵⁴

Destarte, a técnica necessária à execução de um “negócio jurídico de consumo no comércio eletrônico” é a cada dia mais complexa, sendo possível se dizer que muitas das facetas tecnológicas inerentes ao mercado eletrônico só são identificáveis e bem compreendidas pelos fornecedores e por profissionais da área informática.¹⁵⁵

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 57-59.

¹⁵¹ “O ofertante da contratação eletrônica é um profissional que possui um grau de conhecimento específico que o distancia do aceitante, pois este não tem exata noção se o meio tecnológico o vincula”. Cf. LORENZETTI, *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 309.

¹⁵² *Ibidem*, p. 362-363.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 363.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 364.

¹⁵⁵ Expressão cunhada por Cláudia Lima Marques. Cf. MARQUES, *Confiança no comércio...*, p. 43.

Seguindo essa linha de entendimento, Cristina Coteanu realiza um cotejo entre a assimetria de informação e o que ela designa como “domínio da informação tecnológica” (“dominance of technological information”). Segundo a autora, esse domínio se caracteriza, no mercado eletrônico, pela conduta de fornecedores que – se valendo de métodos tecnológicos distintos dos normalmente empregados por concorrentes leais – acabam por controlar o comportamento dos consumidores, caracterizando, assim, um processo de concorrência desleal.^{156, 157}

O mau uso do domínio tecnológico por parte dos fornecedores pode ser visualizado, por exemplo, nas hipóteses em que estes coletam e controlam grandes quantidades de informação a respeito dos consumidores sem que, no entanto, a coleta e a guarda desses dados sejam do conhecimento dos consumidores. Tais bases de dados podem ser utilizadas como instrumento de controle e, até mesmo, de manipulação do comportamento do consumidor, constituindo mais um fator de assimetria no comércio eletrônico.

A tecnologia eletrônica também possibilita a prática de discriminação de preços ou comportamentos concorrenciais predatórios, que permitem aos fornecedores facilmente alterar o preço de produtos e serviços oferecidos aos consumidores na rede mundial de computadores.¹⁵⁸

Ross Anderson acrescenta que os recursos tecnológicos disponíveis na Internet tornam cada vez mais fácil a prática das chamadas “vendas casadas”¹⁵⁹ que, no ordenamento jurídico nacional, são consideradas práticas comerciais abusivas e, assim, proibidas pelo disposto no artigo 39, I do CDC, *in verbis*: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I – condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.”

Pela exposição acima, se pode dizer, em suma, que há suficiente evidência empírica e ponderáveis razões doutrinárias para se concluir que, no comércio

¹⁵⁶ COTEANU, Cristina. *Cyber consumer law and unfair trading practices*. Aldershot: Ashgate, 2005, p.128. No original: “In the electronic market, a possible definition of the ‘dominance of technological information’ is relating to the behavior of those traders that influence the structure of the market by using technological methods different from those which are employed for a normal competition and which control the consumer’s behaviours and thus impair the fair competition in the electronic market”.

¹⁵⁷ A concorrência desleal é disciplinada, no ordenamento jurídico nacional, pela denominada Lei de Propriedade Industrial, a Lei n. 9.279/96.

¹⁵⁸ COTEANU, *op. cit.*, p. 129.

¹⁵⁹ ANDERSON, Ross. *Cryptography and competition policy – Issues with “trusted computing”*. Disponível em: <http://www.cpppe.umd.edu/rhsmith3/papers/Final_session1_anderson.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2010.

eletrônico, “a tecnologia aumenta a vulnerabilidade dos consumidores, instaurando uma relação que não lhes é familiar” (grifou-se).¹⁶⁰

As *disparidades de informação* são compreendidas no presente trabalho como grandes responsáveis pelo agravamento da situação do consumidor, sendo consideradas como um dos maiores desafios decorrentes da contratação eletrônica de consumo. No mercado eletrônico, reafirme-se, as contratações dão-se à distância, sem que o consumidor tenha contato com o objeto desejado, não havendo igualmente qualquer tipo de relação interpessoal entre os contratantes.

Pelo contrário, no mercado eletrônico, o consumidor vive uma experiência verdadeiramente peculiar.

Por um lado, o consumidor é alvo de uma enxurrada de dados e mensagens – nos mais variados formatos, como imagens, sons, ícones e botões virtuais, textos interativos, hiperlinks etc. – e, sobretudo, de um marketing agressivo, em geral direcionado, especificamente, para o seu perfil de consumo. Por outro lado, sua atuação se dá de maneira silenciosa ou “muda” de frente para uma tela ou um monitor de vídeo, em qualquer tempo e idioma, com qualquer idade e mediante senhas e assinaturas eletrônicas.¹⁶¹

A disparidade informacional é questão de fundamental importância para o bom desenvolvimento do mercado eletrônico, por várias razões.

Ao contratar via Internet, o adquirente, para tomar conhecimento sobre o produto ou o serviço desejado, depende das informações disponibilizadas e selecionadas pelo fornecedor.

Quando o objeto do contrato é um produto ou serviço típicos da sociedade do conhecimento, como os constituídos por informação, despontam particularidades e diferenças inéditas. Com efeito, esses produtos são, frequentemente, intangíveis e mutáveis, podendo ser enigmáticos e refratários à averiguação de sua qualidade e confiabilidade – de modo que o produto, por si só, já “é um verdadeiro desafio para o consumidor”.¹⁶²

¹⁶⁰ LORENZETTI, *Comércio...*, p. 365.

¹⁶¹ Nesse sentido, vale conferir MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico...*, p. 63.

¹⁶² LORENZETTI, *op. cit.*, p. 363-364.

As informações relevantes para uma escolha racional não se restringem, apenas, às características do objeto contratual, mas dizem respeito, também, aos modos de pagamento, às modalidades de garantia, à existência de canais de comunicação para orientação do consumidor no período pós-venda, entre outras.

Larabie-LeSieur faz interessante observação ao conjugar os efeitos econômico e jurídico advindos da assimetria de informação. Segundo o autor, uma informação incompleta ou falsa relativa a um produto ou serviço, ao ser introduzida no mercado, gera uma distorção que prejudica tanto consumidores – que deixam de realizar decisões informadas de compras que atendam às suas reais necessidades –, quanto fornecedores honestos, aos quais é negada a possibilidade de competir em igualdade de condições.¹⁶³

Dessa maneira, os custos e perdas sobrevindos de condutas abusivas e enganosas, decorrentes de falhas de informação típicas do mercado eletrônico, são difusos, ou seja, acabam sendo repassadas para todos os *ciberconsumidores*, enquanto os benefícios econômicos concentram-se apenas para aqueles fornecedores sem escrúpulos – que veiculam informações distorcidas ou falsas – ou, na melhor hipótese, incompetentes para informar devidamente os consumidores.

Note-se ainda que, no mercado eletrônico, os efeitos adversos derivados dessas falhas de informação são potencializados. Haja vista que, muita das vezes, o baixo valor das transações eletrônicas de consumo não compensam a busca pela reparação de direitos violados, por intermédio de caros procedimentos judiciais.

A assimetria informacional concretiza-se, comumente, no mercado eletrônico de consumo mediante a dificuldade do consumidor em obter informações claras e precisas a respeito dos seguintes tópicos: custos incidentes sobre a transação como taxas de entrega ou de devolução do objeto contratual; condições de exercício do prazo de reflexão e dos direitos de arrependimento e de garantia, proteção contra o uso não autorizado ou fraudulento de seu cartão de crédito, entre outros.¹⁶⁴

Como consequência de suas características acima mencionadas, o advento do comércio eletrônico enseja o segundo episódio de *despersonalização do contrato*. Tratar-se-ia da segunda crise do instrumento contratual, sendo que a primeira se

¹⁶³ Cf. COTEANU, *op. cit.* p. 127.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 128.

deu em face da massificação das relações contratuais, que demandou a utilização dos contratos de adesão e das condições gerais contratuais.¹⁶⁵

O surgimento da contratação eletrônica proporciona a segunda crise, a da “despersonalização extrema”, em que se chega a verificar uma espécie de “desumanização do contrato” – segundo expressão de Giorgio Oppo, em italiano: *disumanizzazione del contratto*.¹⁶⁶

Marques explica que, no mercado eletrônico, o tráfego negocial se dá por um

tipo de contrato pós-moderno, em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação de massa se reúnem: do contrato de adesão, e das condições gerais contratuais, ao *marketing* agressivo, à catividade do cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, e à distância entre o fornecedor e o consumidor.¹⁶⁷

Assim, a autora, com apoio na doutrina italiana, ressalta que, na relação contratual eletrônica, haveria certa interação entre as partes – por meio de cliques em ícones e imagens virtuais –, todavia ela seria desprovida de um diálogo propriamente dito.

Nesse modo de interagir, a parte fornecedora perde seu “rosto” ou, melhor dizendo, fica sem identidade, pois não mais, necessariamente, desponta ou vem ao mundo real, podendo até mesmo não existir, física ou territorialmente.

De acordo com Marques, “[a] verdade é que o consumidor ficou desprovido da possibilidade de ‘dialogar’ com o fornecedor ou seu vendedor sobre suas necessidades e desejos por esta nova forma de ‘negociação unilateral’ em silêncio e visual”.¹⁶⁸

Merece, ainda, ser salientado um atributo relativo ao modo de comunicação na Internet, que é identificado por diversos autores.

Com efeito, afirma-se que a *linguagem virtual*, utilizada nas ofertas eletrônicas, representa uma nova espécie de pressão ou influência sobre a já

¹⁶⁵ MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico...*, p. 64.

¹⁶⁶ A expressão “despersonalização extrema” (de Cláudia Lima Marques) é encontrada, juntamente com a expressão de Giorgio Oppo, em MARQUES, *op. cit.*, p. 64-65.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 66-67.

vulnerável parte consumidora, destacando-se que “a linguagem eletrônica domina, conduz e reduz as possibilidades do consumidor”, de modo que

[se] entrando no mundo virtual dos *sites* (imagens), o caminho é repleto de imagens (e linguagens) e um simples tocar no teclado significa aceitação; um simples continuar um caminho virtual de imagens, sons e de mínimas palavras, significa uma declaração de vontade tácita; um simples continuar no *site*, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva.¹⁶⁹

Sendo assim, percebe-se que, no meio eletrônico, os “*atos negociais conclusivos*” ou “condutas sociais típicas”, no dizer de Lima Marques, ou, nos termos de Enzo Roppo, o *comportamento concludente* (exposto seção 1.5) ganham destacada relevância. Com efeito, é por meio desse tipo de atos, condutas e comportamentos que, usualmente, se confirma a aceitação contratual e, por conseguinte, concluem-se negócios jurídicos na Internet.¹⁷⁰

Caminhando no sentido de uma síntese, ressalte-se que o desenvolvimento dos conhecimentos técnico-[científicos](#), de maneira geral, traz ganhos e vantagens para a sociedade.

Com efeito, o *ciberconsumidor* é favorecido, pelos avanços tecnológicos incorporados ao mundo virtual, podendo-se salientar, dentre todos os proveitos potenciais e reais, o aumento de seu poder de escolha e uma “nova liberdade de contratar a qualquer hora, em qualquer lugar, no espaço privado ou no espaço público, nacional ou internacionalmente, da forma mais ampla (e democrática) possível”.¹⁷¹

No entanto, se constata que esses benefícios – verificados com o desenvolvimento e a crescente utilização da Internet – não vêm desacompanhados, pelo contrário trazem, também, algumas, inconveniências, dificuldades e problemas; e, no limite, até algumas eventuais desvantagens em relação ao comércio tradicional.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 67. Mais adiante observa que “[a] forma de contratar na Internet exclui as tratativas e o verdadeiro diálogo”.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 70-71.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 71. Confira também LORENZETTI, *op. cit.*, p. 43-44.

Ricardo Lorenzetti constata que, na Internet, “[a] *vulnerabilidade* do indivíduo é *incrementada* (grifou-se)”, sustentando que particularidades e assimetrias próprias da rede mundial de computadores – como, por exemplo, o emprego de uma linguagem virtual técnica e complexa – fazem com que o internauta, ao percorrer e participar do mundo virtual, visando a compra de produtos e serviços, experimente uma situação específica de debilidade.¹⁷²

Vários autores nacionais e estrangeiros reconhecem essa *especial vulnerabilidade* do consumidor internauta.

No plano nacional, merece menção Cláudia Lima Marques, que identifica, nas transações de consumo *online*, elevado *déficit informacional*, da parte compradora em relação à vendedora, e, conseqüentemente, maiores riscos – para a segurança e a privacidade dos consumidores –, ensejando transações comerciais complexas, em que o elemento básico da confiança resta extremamente ameaçado e reduzido.¹⁷³

A assimetria informacional entre consumidor e fornecedor é agravada no ambiente virtual da Internet.

Nas relações eletrônicas de consumo, o domínio da informação concentra-se, ainda mais, no pólo fornecedor, considerado a parte *expert* da relação jurídica. Diz-se que o consumidor, na Internet, passa por diversos “momentos de vulnerabilidade”¹⁷⁴ – nos quais pode, por exemplo, não saber a verdadeira identidade e o endereço de um fornecedor, bem como desconhecer a autoria de uma oferta recebida por *e-mail* – o que provoca, frequentemente, perguntas como: “aquele que se apresenta como um banco é, *mesmo*, um banco?; a página que diz ser de uma companhia de turismo pertence, realmente, a ela?”.¹⁷⁵

Pode-se, pois, coligir que “[a] rede dilui a potencialidade dos processos de identificação e de autoria”,¹⁷⁶ fazendo com que a assimetria informacional entre consumidor e fornecedor seja agravada no ambiente virtual da Internet.¹⁷⁷

Com base no exposto, conclui-se que o mercado eletrônico é caracterizado por uma exacerbada assimetria informacional e por um desequilíbrio de

¹⁷² LORENZETTI, *Comércio...*, p. 46-47.

¹⁷³ MARQUES, *Confiança...*, p. 72.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 73.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 86.

¹⁷⁶ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷⁷ COTENAU, *op. cit.*, p. 128. No dizer da autora: “in the online environment, the assymetry of information is more exacerbated than in the off-line environment”.

conhecimentos tecnológicos que implicam em um desigual poder de barganha, em prejuízo do consumidor. Assim, o fornecedor dotado de maiores conhecimentos e habilidades técnicas é capaz de controlar o acesso do consumidor à informação, bem como influenciar, em seu próprio proveito, as decisões de compra do consumidor.¹⁷⁸

2.1.2 Desmaterialização do meio, do objeto, dos vícios e desterritorialização da contratação eletrônica

A contratação realizada no mercado eletrônico apresenta uma outra dificuldade própria do meio virtual, qual seja, o fenômeno da desmaterialização do instrumento contratual, do meio de realização do acordo e, em alguns casos, do próprio objeto contratual. Fato esse que torna possível o aparecimento de vícios desmaterializados decorrentes, seja da não conformidade da coisa contratada com as fundadas e razoáveis expectativas do consumidor, seja da ocorrência de defeito ou de falha no cumprimento da prestação devida.¹⁷⁹

A *desmaterialização do meio* virtual permite que o contrato eletrônico seja celebrado sem que, necessariamente, tenha que assumir uma forma física, podendo jamais vir a existir no mundo material.

Em realidade, o contrato é realizado mediante um “*iter* virtual de contratação”, o que enseja, basicamente, duas questões relacionadas entre si. Primeiro, como garantir o prévio e efetivo conhecimento (e informação) por parte do consumidor sobre qualidades e características essenciais do serviço ou do produto a ser adquirido.

E, segundo, como assegurar o conhecimento a respeito do próprio conteúdo do contrato¹⁸⁰ – sendo que essa condição é uma exigência para que os contratos obriguem os consumidores, conforme a disposição constante do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

¹⁷⁸ Com a mesma visão, tem-se, também, Cristina Coteanu. Cf. *ibidem*, p. 130.

¹⁷⁹ MARQUES, *Confiança...*, p. 78-87, *passim*.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 81.

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 (grifou-se).

Essa questão se liga, intimamente, ao problema do real e concreto entendimento e compreensão da parte do consumidor acerca, sobretudo, da seriedade e dos efeitos da transação a ser efetuada.¹⁸¹

A imaterialidade do meio (Internet) faz com que a comunicação no mercado eletrônico se perfaça por intermédio de uma linguagem (virtual) multimídia, bem distinta daquela utilizada nas transações comerciais tradicionais. A linguagem virtual possibilita uma maior incidência de erro durante o processo de formação contratual.

Em particular, é frequente a ocorrência de erro na declaração de vontade, haja vista que no meio eletrônico, como já foi evidenciado, os negócios jurídicos são usualmente concluídos mediante a prática de “condutas sociais típicas” ou “atos negociais conclusivos” (ou, ainda, “comportamentos concludentes”).¹⁸²

É oportuno lembrar que, de acordo com a sistemática do Código Civil (artigo 138), “[s]ão anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial”, sendo que este se verifica quando (artigo 139):

- I – interessa à natureza do negócio, ao *objeto principal* da declaração, ou a alguma das *qualidades a ele essenciais*;
- II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;
- III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico (grifou-se).

De modo que “[o] fornecedor no comércio eletrônico deve estar atento a isto e permitir ao consumidor facilmente corrigir seu erro e desfazer o negócio”.¹⁸³ Devendo ser advertido que o prazo de reflexão (de sete dias a contar da conclusão do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço) e o direito de arrependimento concedidos ao consumidor pelo artigo 49, *caput* e parágrafo único

¹⁸¹ *Loc. cit.*

¹⁸² *Ibidem*, p. 82.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 83.

do CDC são aplicáveis à hipótese de contratação via Internet, uma vez que essa é considerada realizada fora do estabelecimento comercial.

A desmaterialização do meio eletrônico enseja a atualização da noção de objeto contratual, ao exigir que se revise a categoria de bens imateriais, inaugurando-se uma nova espécie, a dos produtos ou serviços digitais. Com isso, surge uma nova problemática concernente aos vícios desses novos objetos contratuais.

Vale lembrar uma vez mais que, segundo o texto da “Iniciativa Europeia para o Comércio Electrónico”, este compreende, basicamente, duas modalidades de comércio, correlacionadas com duas categorias de bens. Tem-se o chamado *comércio eletrônico indireto*, em que há a venda de bens corpóreos ou materiais, que necessitam ser entregues pelos serviços postais ou por outros modos de transporte. E o *comércio eletrônico direto*, no qual o objeto contratual é produto ou serviço digital que dada sua natureza intangível, é entregue *online*, diretamente no computador do adquirente.¹⁸⁴

Na doutrina nacional, Cesar Viterbo Matos Santolim aborda a distinção entre os *bens digitais* e os *bens convencionais*, afirmando que, na aquisição dos primeiros, o consumidor utiliza o meio eletrônico, tanto para o aperfeiçoamento do acordo, quanto para a execução ou o cumprimento da prestação contratual.

Já na hipótese dos bens convencionais, “embora o aperfeiçoamento do contrato se faça por meio eletrônico, a sua execução opera-se pela tradição, através do encaminhamento físico do ‘bem’”.¹⁸⁵

Na doutrina estrangeira, Benoît De Nayer afirma que o comércio eletrônico direto, i.e., de bens intangíveis, é mais suscetível de criar novos problemas para o consumidor, sustentando que “‘intangible’ electronic transactions blur the traditional distinctions between local and international transactions. The consumer is not really

¹⁸⁴ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Uma Iniciativa europeia para o Comercio Electrónico. *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho [da União Europeia, ao Comitê Económico e Social e ao Comitê das Regiões]*. COM (97) 157. 34p. Bruxelas, 15.04.1997, p.8.

Disponível em: <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomp.pdf>. Acesso em: 23 maio 2010.

¹⁸⁵ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 55, jul./set. 2005, p. 61-62.

able to determine the identity of actors and to localize where commercial transactions take place”.¹⁸⁶

Zheng Sophia Tang, em seu livro *Electronic consumer contracts in the conflict of laws*, publicado em 2009, ao abordar a questão da venda de produtos no comércio eletrônico, sustenta que “[d]efining the nature of intangible goods is controversial”.¹⁸⁷

Segundo a autora, em países que possuem um já desenvolvido mercado de consumo eletrônico como Estados Unidos, Alemanha e Suíça já se verificaram algumas decisões judiciais nas quais se consideram os produtos intangíveis como “bens” (*goods*).

Esse entendimento jurisprudencial, contudo, não é aceito por uma corrente de autores que insistem em preservar a acepção original do termo, considerando que ele se refere tão somente a objetos com substrato físico ou coisas corpóreas. Recusam-se, pois, a aceitar a proposta de que o conceito de bem possa ser estendido, por exemplo, a um *software* transferido por intermédio de uma linha telefônica.

Se não se enquadram na categoria de bens, pode-se entendê-los como integrantes da categoria de “serviços” – proposta de uma outra corrente doutrinária.

Há, ainda, um posicionamento que defende que a comercialização de produtos digitais não se enquadra na categoria de *venda de bens*, nem na categoria de *prestação de serviços*, citando W. Hellerstein que descreve “digital products and intangible supplies as something other than goods”.¹⁸⁸

Finalizando sua análise, Zheng Tang antecipa que, com o desenvolvimento da moderna tecnologia digital, o conceito de bens deverá abranger as categorias de produtos materiais e de produtos imateriais, destacando-se, dentre estes últimos, a energia elétrica, a calefação, a distribuição de gás e os produtos digitais.

Tang sustenta, também, que a entrega *online* de produto imaterial não se distingue da venda e transferência de produtos digitais realizadas por intermédio de

¹⁸⁶ DE NAYER, Benoît. *The consumer in electronic commerce: beyond confidence*. In: WILHELMSON, TUOMINEM and TUOMOLA (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer law international, 2001, p. 117.

¹⁸⁷ TANG, Zheng Sophia. *Electronic consumer contracts in the conflicts of law*. Oxford: Hart, 2009, p. 44.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 44-45.

meios físicos como CD, DVD, BD (*Blu-ray Discs*) etc. Segundo as palavras da própria autora: “[t]he transaction of e-book, music and standard software in the form of *digital products is the sale of goods (grifou-se)*”.¹⁸⁹

Percebe-se que a posição de Zheng Sophia Tang, anteriormente exposta, coincide com a linha de opinião da consumerista brasileira Cláudia Lima Marques, ao asseverar que a maior parte dos contratos realizados no comércio eletrônico compreende obrigações de dar, sendo que muitos deles são contratos de compra e venda de produtos imateriais ou digitais, como músicas, e-books, dados e informações contidos em suporte digital, não palpável.

Apesar da fluidez conceitual – seja de produto e serviço, seja de obrigação de dar e obrigação de fazer – decorrente da desmaterialização do meio virtual e da imaterialidade do objeto contratual, pode-se sugerir que “há no comércio eletrônico um forte *revival* da obrigação de dar”.¹⁹⁰

O elevado grau de desmaterialização do objeto contratual observado no comércio eletrônico – a partir da venda de bens imateriais, da prestação de serviços ou do cumprimento de obrigações de fazer – traz consigo mais um desafio peculiar ao mercado eletrônico: a *desmaterialização dos vícios*.

Recorde-se, brevemente, que vício é um defeito capaz de comprometer um negócio jurídico, podendo verificar-se, por exemplo, na desconformidade do objeto – material ou imaterial – com a informação previamente fornecida pelo vendedor ou, ainda, na frustração da expectativa legítima e razoável do consumidor em relação ao objeto da transação.¹⁹¹

Sabe-se que, de acordo com o artigo 30 do CDC, toda e qualquer informação ou publicidade veiculada mediante qualquer meio de comunicação – incluído o meio eletrônico – sobre produtos (materiais ou imateriais) e serviços de consumo, vincula e obriga o fornecedor que dela se utilizar, integrando o contrato e devendo ser cumprida.

Assim, caso a prestação anunciada e devida não corresponda à oferta ou às informações fornecidas, há desconformidade e, por conseguinte, vício que, sendo desmaterializado, pode implicar em dificuldades de percepção, de identificação, de

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁹⁰ MARQUES, *Confiança...*, p. 85.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 86.

reconhecimento e, afinal, de prova – uma vez que “[a] dificuldade está em identificar esta desconformidade em um meio desmaterializado e sobre um objeto imaterial, ou um fazer tópico e fluido como os do comércio eletrônico”.¹⁹²

Por fim, mencione-se Cláudia Lima Marques que faz uma distinção importante, ao identificar duas modalidades de vícios.

A primeira é a desconformidade já mencionada, que a autora denomina *vício da informação stricto sensu*. A segunda, o chamado *vício do produto informacional ou eletrônico* que, sendo inerente ao próprio produto ou ao serviço objeto do interesse do consumidor, frustra a motivação que o levou a adquirir o bem, tornando, assim, sem sentido a compra realizada. Essa distinção é assim feita pela autora:

há dois tipos desmaterializados de vícios da informação: o vício da informação stricto sensu (aquele identificado pelo CDC, por exemplo, no art. 18, in fine, e 20, in fine, do CDC), referente à disparidade entre a informação pré-contratual da oferta ou publicidade e o “produto” ou “serviço” efetivamente prestado ou o contrato ou manual técnico enviado no comércio eletrônico; e o vício do produto informacional ou eletrônico, um vício de qualidade ou de quantidade do produto ou serviço, que quebra a confiança do consumidor (por exemplo, rapidez do serviço, atualização das informações ou dados, segurança dos dados etc.) vício agora também desmaterializado, o que pode bem trazer muitos problemas de prova (grifou-se).¹⁹³

A Internet tem como uma de suas características mais marcantes e fundamentais sua natureza global, sendo considerada “um fenômeno mundial avassalador e que pode ter quebrado muitos de nossos paradigmas territoriais, jurídicos e políticos”.¹⁹⁴

De modo que o comércio eletrônico é compreendido como “uma realidade em si transfronteiriça”, que, para ser devidamente estudada e entendida, “não pode ser delimitada por barreiras fictícias, sejam nacionais, regionais ou internacionais”.¹⁹⁵

Como se sabe, o comércio via Internet é um dos grandes responsáveis pela atual “banalização da contratação internacional de consumo”, a qual desafia não só

¹⁹² *Loc. cit.*

¹⁹³ *Ibidem*, p. 86-87.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 91.

¹⁹⁵ Cf. CANUT, Letícia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 19.

o Direito do Consumidor – que permanece com sua base estatal e nacional –, mas afronta, outrossim, o Direito Internacional Privado e suas conexões clássicas, estritamente territoriais. Chegando alguns autores a asseverar que, no comércio eletrônico, há a *desterritorialização* ou a “desnacionalização dos negócios jurídicos”.¹⁹⁶

Especificamente quanto ao comércio eletrônico de consumo, observa-se que a internacionalidade das relações (e de suas decorrências) vem-se juntar às já conhecidas vulnerabilidades informacional, técnica, jurídica e econômica dos consumidores.

Nesse contexto, tornar efetiva a soberania estatal-jurídica e a regulamentação estatal por meio da manutenção da competência das jurisdições nacionais e da defesa dos valores constitucionais e das normas imperativas de proteção do consumidor – é bem problemático e complexo.¹⁹⁷ Fato que, no Brasil, é agravado pela ausência de regulamentação legal própria à defesa dos consumidores que contratam à distância no mundo cibernético.

2.2 A acentuada vulnerabilidade do *ciberconsumidor*

O mercado eletrônico de consumo, sem dúvida alguma, traz benefícios aos consumidores ao possibilitar o acesso quase irrestrito – que pode ser feito de casa, no trabalho, no trânsito ou no aeroporto – à diversificada gama de produtos e serviços por um menor custo. No entanto, riscos e perigos são igualmente verificados nesse novo e rápido meio de contratação, pois, como já foi visto, a moderna tecnologia empregada cria novos e específicos problemas para seus usuários.

A intensa vulnerabilidade do *ciberconsumidor* é reconhecida pela maioria da doutrina que se dedica ao estudo da contratação eletrônica de consumo. Segundo

¹⁹⁶ MARQUES, *Confiança no comércio...*, p. 88-90.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 89, 90 e 93.

Lorenzetti, as disparidades de informação e tecnológicas somadas às econômicas, entre fornecedores profissionais e consumidores leigos, amplificam a vulnerabilidade dos últimos. Conclui, então, o autor que é inafastável “a necessidade de desenvolvimento do princípio protetivo no âmbito da economia da informação e da tecnologia digital”.¹⁹⁸

Nessa linha, Cláudia Lima Marques reconhece que, no mercado eletrônico, “a distância física, a imaterialidade do meio eletrônico, a atemporalidade e a internacionalidade eventual da contratação, dificultam a eficácia do uso dos instrumentos tradicionais de proteção dos consumidores”, concluindo pela “importância de revisitar as linhas da boa-fé no comércio e adaptá-las ao comércio eletrônico”. Segundo Lima Marques, na Internet “a vulnerabilidade do consumidor aumenta”, em razão de profundo déficit de informação, da complexidade das negociações e da diminuição da privacidade, da segurança e da confiança.¹⁹⁹

A autora assevera, ainda, ao tratar da extrema vulnerabilidade do consumidor em matéria de serviços financeiros e bancários *online*, que “não se trata de um problema do terceiro mundo ou do nível educacional dos indivíduos, mas sim do meio” pelo qual esses atos negociais se realizam.²⁰⁰

Nesse sentido, já decidiu a Segunda Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que “a exigência de utilização de correio eletrônico como única via de requerimento de reembolso e de contato efetivo não leva em consideração a *debilidade acentuada* da maioria da população com as *atividades informatizadas*” (grifou-se).²⁰¹

Para completar o painel de doutrinadores que identificam a vulnerabilidade do consumidor eletrônico, trazem-se, ainda, outros autores como Sérgio Iglesias Nunes de Souza, o qual admite que a vontade nas negociações virtuais fica mais vulnerável diante da facilidade de engano de uma das partes.²⁰²

E, finalmente, Sheila do Rocio Cercal Santos Leal, quem afirma sofrer normalmente o internauta uma deficiência informativa quanto a vários aspectos do

¹⁹⁸ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 363-365.

¹⁹⁹ MARQUES. Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 236.

²⁰¹ TJRJ. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis. Rec. n. 2008.700.041214-2. Rel. Juiz André Luiz Cidra. Julg. em 15.09.2008.

²⁰² SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133.

meio virtual, como a tecnologia, a linguagem, a solvência do ofertante e a segurança do sistema, os quais incrementam a condição de hiposuficiência do *ciberconsumidor*.²⁰³

Os efeitos negativos merecem especial atenção para que se viabilize uma adequada proteção aos consumidores, de modo que eles possam desenvolver e ampliar a confiança nesse novo contexto de realização de transações comerciais. Nessa linha, são as palavras de Per Eklund: “there is a risk that the new communication situation may give rise to *some detrimental effects* for the consumer to some extent, *wich may call for special attention*” (grifou-se).²⁰⁴

As especiais características da Internet – como sua rapidez de comunicação, sua volatilidade e a facilidade que proporciona ao usuário de, por exemplo, mediante um simples clique em um ícone, ingressar em uma obrigação contratual –, demandam dos empresários e fornecedores, que tiram proveito dessa tecnologia, uma maior e mais cautelosa consideração sobre esses peculiares aspectos do mercado eletrônico.²⁰⁵

A Internet proporcionou a concepção e o desenvolvimento de um mercado de consumo radicalmente novo, que traz para o consumidor implicações efetivamente distintas daquelas decorrentes dos tradicionais meios e modos de realizar negócios. O método de vendas eletrônicas – muitas vezes feitas mediante comunicações comerciais automaticamente customizadas, a partir de uma anterior navegação do consumidor no *site* do fornecedor – é mais intenso, rápido e intrusivo, o que pode ocasionar maiores riscos de engano e confusão para o usuário.²⁰⁶

Especificamente quanto à comercialização e ao marketing eletrônico dirigido a crianças e jovens, Per Eklund defende que especiais cuidados devem ser tomados, tendo em conta que a publicidade eletrônica interativa é mais que uma simples apresentação de produto ou serviço.²⁰⁷

²⁰³ LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148-149.

²⁰⁴ EKLUND, Per. Electronic marketing from a consumer law perspective. In: WILHELMSONS, Thomas; TUOMINEM, Salla; and TUOMOLA, Heli (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer law international, 2001, p. 84.

²⁰⁵ Cf. *loc. cit.*, em que se lê: “[t]he special character of the internet and the possibility of a quick and easy response to na Internet commercial by simply clicking on an icon, e.g., which may, in principle, be sufficient for entering into a contract, makes it incumbent upon advertisers and marketers to take due and special consideration of this aspect”.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 85.

²⁰⁷ *Loc. cit.*

Novas técnicas publicitárias como, por exemplo, os *advergames* – “jogos eletrônicos criados para funcionar como ferramenta de marketing”²⁰⁸ – são um perigo a mais para o consumidor pois, freqüentemente, a mensagem publicitária está disfarçada ou oculta.

Hipótese que contraria o princípio da identificação obrigatória da mensagem publicitária previsto no artigo 9º do Código de Auto-regulamentação Publicitária e, também, no artigo 36 do CDC, o qual preceitua, *in verbis*, que: “[a] publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Esse princípio é, usualmente, verificado no direito comparado e “tem como fim tornar consciente ao consumidor – comprador potencial – que ele é o destinatário de uma mensagem publicitária, patrocinada por um fornecedor com o intuito de promover a compra de seu produto”.²⁰⁹ Desse modo, proíbe-se a publicidade oculta e a propaganda subliminar, que visa atingir o subconsciente do consumidor.

Todavia, apesar das previsões constantes do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Auto-regulamentação Publicitária, parece que a publicidade ainda navega sem limites no território livre da Internet, onde grandes empresas – como *Google*, *Yahoo!* e *Microsoft* – reinventam a relação do marketing com os consumidores, ao desenvolver novas ferramentas que permitem maior integração da propaganda ao conteúdo e ao próprio destinatário.

A situação pode ser ilustrada por intermédio do caso da Google que oferece, no Brasil, o serviço de disponibilização de mapas nos *links* patrocinados durante a utilização pelo consumidor de seu serviço de buscas. A empresa integra o *link* patrocinado ao serviço de buscas e, assim, “a publicidade nem parece publicidade”, confundindo-se com o serviço, haja vista que o recurso disponibiliza endereço com localização no mapa, telefones e até descrições e resenhas de livrarias, lojas virtuais, restaurantes etc.²¹⁰

²⁰⁸ Cf. *Publicidade em jogo*. *O Globo*. Rio de Janeiro, 09 abr. 2010. p. 30. Na reportagem noticia-se o crescimento do uso dessa ferramenta de marketing no Brasil. Nela, Klaus Demecke, professor de comunicação digital da ESPM-Rio, afirma que “[o] *advergame* não é necessariamente uma forma mais barata de anunciar, mas tem custo-benefício interessante por permitir o direcionamento”, haja vista que as campanhas podem ser orientadas por segmentos de consumo, o que possibilita que a empresa tenha acesso a estatísticas de uso e consumo.

²⁰⁹ MARQUES. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 785-786.

²¹⁰ Uma nova publicidade na internet. *O Globo*. Rio de Janeiro, 07 mar. 2010. p. 36.

Benoît De Nayer destaca que, no mercado eletrônico, o equilíbrio entre consumidor e profissional está mais do nunca em jogo, uma vez que no ambiente virtual o profissional domina e controla os aspectos essenciais da transação – o que pode ensejar o aparecimento de novas falhas de mercado, tais como práticas comerciais e publicitárias abusivas e desleais.²¹¹

Segundo o autor, no *e-commerce* o consumidor assume uma posição mais fraca, *rectius*, vulnerável *vis-à-vis* à do fornecedor, que normalmente domina as informações sobre o produto ou o serviço que vende e, também, possui amplo conhecimento acerca dos meios tecnológicos necessários à realização da transação.

O funcionamento de assinaturas e certificados digitais, o modo pelo qual dados e informações são transmitidos e armazenados nas redes, entre outros aspectos, são verdadeiros mistérios para a maioria dos consumidores que buscam realizar seus hábitos de consumo por meio desse novo e complexo sistema de redes eletrônicas.²¹²

De Nayer observa que, no mundo real ou *off-line*, o consumidor dedica sua atenção, única e exclusivamente, ao próprio contrato, uma vez que os meios de concretização do negócio (documentos escritos e assinaturas manuais) há muito fazem parte, universalmente, do cotidiano da sociedade.

Conclui o autor que “parece óbvio que o advento do comércio eletrônico acrescenta um nível de complexidade às transações realizadas entre consumidores e fornecedores”.²¹³ O desequilíbrio informacional entre consumidor e fornecedor – que sempre foi considerado uma das principais falhas do mercado de consumo a justificar uma intervenção protetiva – tende, com a utilização das novas tecnologias, a agravar-se nas relações de consumo *online*.

O fornecedor, a partir de seu endereço eletrônico, estabelece uma presença virtual capaz de ocultar informações essenciais, como sua real localização e o lugar de suas principais atividades, bem como sua situação financeira, por exemplo.²¹⁴

²¹¹ DE NAYER, Benoît. *The consumer in electronic commerce: beyond confidence*. In: WILHELMSONS, Thomas; TUOMINEM, Salla; and TUOMOLA, Heli (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer law international, 2001, p. 118. Na expressão do autor, “the balance between consumers and professionals is more than ever at stake”.

²¹² *Ibidem*, p. 119.

²¹³ Tradução da seguinte sentença: “[i]t seems obvious that the advent of the electronic commerce adds a level of complexity to transactions between consumers and sellers”. Cf. *loc. cit.*

²¹⁴ Nesse sentido: DE NAYER, *op. cit.*, p. 122.

A partir das circunstâncias delineadas anteriormente, é de se prever que o crescimento do comércio eletrônico será, inevitavelmente, acompanhado de um aumento das práticas comerciais desleais e enganosas contra os consumidores.²¹⁵

O meio eletrônico, a Internet, não equaliza os desequilíbrios de informação e de poder. Pelo contrário, tem justamente o efeito oposto: o de aumentar o desigual poder de barganha entre fornecedores e consumidores, realçando a vulnerabilidade do consumidor no comércio eletrônico.

Também é razoável se acreditar que a expansão do comércio *online* continuará a suscitar problemas específicos para os consumidores, nos próximos anos. De modo que se defende, no presente trabalho, que as peculiaridades do comércio eletrônico de consumo exigem soluções igualmente particulares, as quais podem diferenciar-se das já existentes e previstas para regular as relações consumeristas passadas no mundo *off-line*.²¹⁶

Em resumo, percebe-se, por um lado, que a contratação eletrônica apresenta riscos e ameaças suscitando desafios para o comércio, os consumidores, os governos e os juristas e, por outro lado, que ela é capaz de proporcionar vantagens para os dois pólos da relação de consumo realizada virtualmente, permitindo a realização de negócios a baixos custos, mesmo que as partes contratuais estejam em diferentes cidades ou, até mesmo, em diversos continentes.²¹⁷

²¹⁵ ROTHCHILD, John. Co-regulating the internet. *In*: WILHELMSSON, Thomas (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 180. Cf as palavras do autor: "The growth in online commerce will inevitably be accompanied by a rise in deceptive marketing practices directed at consumers".

²¹⁶ Cf. HOWELLS, Gary. Series editor's introduction. *In*: COTÉANU, Cristina. *Cyber consumer law and unfair trading practices*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. vii.

²¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Uma Iniciativa europeia para o Comércio Eletrónico. *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho [da União Europeia], ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões*. COM (97) 157. 34p. Bruxelas, 15.04.1997, p.8.

Disponível em: <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomp.pdf>. Acesso em: 23 maio 2010.

2.3 Principais problemas do mercado eletrônico

2.3.1 Práticas comerciais desleais, enganosas e abusivas

Com a forte expansão do consumo de massa, no século XX, verificaram-se diversas falhas de mercado prejudiciais ao consumidor. Dentre elas, duas são de fundamental importância para justificar a base lógica do sistema de proteção do consumidor.

Em primeiro lugar, destaca-se a necessidade de informação adequada sobre todos os aspectos da transação, como dados sobre o objeto contratual, bem como a respeito dos termos e condições contratuais. Em segundo lugar, identifica-se a dificuldade de dar cumprimento e tornar efetivos os direitos dos consumidores, majoritariamente leigos em termos de conhecimentos de informática.

Essas falhas de mercado permanecem relevantes nos dias atuais em que se inauguram novas formas de contratar e realizar negócios de consumo.²¹⁸ “A era digital abre campo para o desenvolvimento de uma diversidade de novas práticas comerciais, no âmbito do comércio eletrônico”.²¹⁹

Especificamente nos contratos eletrônicos, pode-se identificar um extenso rol de falhas e condutas abusivas e desleais no atendimento ao consumidor, sendo mais frequentes as seguintes:

a não entrega, ou entrega em endereço errado, as taxas não especificadas de correio ou de recebimento, o retardo na entrega, a falta de sanção pelo retardo na entrega, a falta de garantia para o produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento (produto aberto, *software* já enviado, endereço incongruente ou incompleto), a lei aplicável e a jurisdição competente, por vezes até uma jurisdição arbitral compulsória, a venda casada, a recusa de venda, a falha na segurança com

²¹⁸ COTEANU, Cristina. *Cyber consumer Law and unfair trading practices*. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 17.

²¹⁹ Cf. CANUT, Letícia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 168. No mesmo sentido: MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

os dados do consumidor, dados privados e dados sensíveis, como o seu número de cartão de crédito, a falha na cobrança do cartão de crédito (cobrança a mais, cobrança antes da entrega etc.), as diferenças entre as fotografias do *site* e os produtos recebidos, a compra involuntária ao apertar o ícone, o erro não sanável na contratação etc.²²⁰

O comércio eletrônico – por ser um fenômeno internacional que se verifica em um mundo altamente globalizado como o atual – partilha características, condições, efeitos e falhas de maneira também igualmente planetárias.

Assim, deficiências com que se defrontam os consumidores norte-americanos ou europeus afetam também consumidores brasileiros. Isso se comprova mediante o exame da relação das falhas e condutas abusivas e desleais mais comuns na contratação eletrônica, verificadas universalmente, que, segundo Cristina Coteanu, seriam as seguintes:

late delivery, non-delivery, non-conformity of the goods or the service purchased, excessive delivery costs, absence of information on possible associated costs, non-reimbursement of goods returned as non-payment for goods or services, misrepresentations, breach of the privacy policy, breach of security of confidential information.

Dentre toda a relação de falhas do mercado eletrônico de consumo, o retardo na entrega de produtos comprados *online* é uma das mais frequentes. A jurisprudência nacional não deixa dúvidas quanto a isso, como se pode comprovar a partir dos seguintes trechos da ementa do Recurso Inominado 2008.700.018409-1 julgado, em maio de 2008, pela Quarta Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Três multiprocessadores de R\$29,99 cada (totalizando R\$89,00) adquiridos em 17/09/07 pela Internet, com frete pago pela consumidora. Promessa de entrega das mercadorias em três dias úteis, fl. 11. Produtos expedidos em 18/09/07 e entregues, somente, em 01/10/07, fl. 15, quando deveriam ter sido entregues até 21/09/07. Atraso de dez dias que frustrou a finalidade a qual se destinavam as mercadorias. (...) Provimento parcial para condenar a 1ª ré, Sociedade Comercial Importadora Hermes S/A (Comprafácil), a pagar R\$1.500,00, com correção e juros do art. 406 do CC/02, a

²²⁰ MARQUES, *Confiança no comércio...*, p. 206-207.

partir da publicação do acórdão, como *compensação pelo desgaste, desconforto, constrangimento e frustração experimentados em razão do atraso de dez dias na entrega dos produtos, o que esvaziou a finalidade para a qual foram adquiridos, qual seja, a autora presentear conhecidos no dia 22/09/07*, o que justifica a rescisão do contrato por culpa do empreendedor, atraindo a necessidade de responsabilização do fornecedor, em busca do caráter pedagógico-preventivo da indenização. (Grifou-se).²²¹

Outro interessante exemplo consta do Recurso Inominado 2009.700.029947-9 julgado, em junho de 2009, pela Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Juitça do Estado do Rio de Janeiro. Neste caso houve a conjugação de duas falhas do mercado eletrônico de consumo, quais sejam: a não entrega da mercadoria e o não estorno do valor pago pelo consumidor.

Ressalte-se que segundo o entendimento do Juiz Relator, o descumprimento do prazo de entrega do produto adquirido via Internet configura dano moral. Veja-se os próprios termos da ementa:

(...) Alegação da parte autora de que efetuou a *compra de um aparelho, via Internet*, para pagamento em 06 parcelas no valor de R\$74,83, no cartão de crédito. Esclarece que a ré não entregou o aparelho na data aprazada. Notícia que aguardou novo prazo e mais uma vez, *o aparelho não foi entregue em sua residência*. Pondera que, *insatisfeita com os serviços, solicitou o cancelamento da compra em 28/10/2007*. Aduz que no dia seguinte do cancelamento, a ré compareceu em sua residência para a entregar [*sic*] do aparelho, o qual não foi aceito. Sustenta que a ré informou do prazo de 48h para o estorno do valor da compra de seu cartão de crédito. Acrescenta que não foi autorizada a compra de novo aparelho em seu cartão de crédito pois não possuía limite, devido à ré não ter estornado o valor da compra. *Por fim, diz que a ré se mantém inerte em relação ao estorno da compra cancelada*. (...) *Quem celebra contrato de compra e venda e não recebe o bem, no prazo acordado, experimenta dano moral*. Não foi mero aborrecimento. Insatisfação do consumidor que culminou no cancelamento do contrato. *Dever de indenizar*. Arbitramento que se mostra justo na quantia de R\$3.000,00, com base nos critérios punitivo, pedagógico e compensatório. (Grifou-se).²²²

Reportagem recente do jornal *O Globo* corrobora e completa a lista de problemas levantados pela doutrina, os quais já vêm sendo objeto de análise por parte do Judiciário nacional.

Segundo o registro jornalístico, as queixas dos consumidores são várias e referem-se a “produtos que não são entregues ou que só chegam depois de meses;

²²¹ TJRJ. 4ª Turma Recursal Cível. Rec. Inom. n. 2008.700.018409-1. Juiz Rel. Flavio Citro Vieira de Mello. Julg. em 06.05.2008.

²²² TJRJ. 3ª Turma Recursal Cível. Rec. Inom. n. 2009.700.029947-9. Juiz Rel. Paulo Roberto Sampaio Jangutta. Julg. em 02.0.2009.

aparelhos que vêm quebrados e sem nota fiscal; dificuldade na hora da troca e para falar com Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), cujas ligações não são gratuitas como a lei determina”.²²³

As imperfeições que, atualmente, se observam no mercado eletrônico podem ser exemplificadas com base em dois depoimentos de consumidores lesados por fornecedores, reproduzidos nessa matéria jornalística.

No primeiro caso, uma consumidora adquiriu um celular MP9 (com câmera, TV e tela sensível ao toque), a partir de um *site* que vende produtos eletrônicos importados de Hong Kong.

De acordo com o depoimento da consumidora, o aparelho apresentou defeito um mês após seu recebimento e apesar de a consumidora ter enviado 28 *e-mails* e ter gasto mais de duzentos reais em ligações para o fornecedor, ela continua sem qualquer resposta sobre a possibilidade de troca do produto ou de devolução do dinheiro pago.

Suas palavras ilustram bem a situação experimentada pelos consumidores nas compras *online*: “[c]aí como um patinho. Fui atraída pelo visual bonito da página e pelos preços baixos. (...) Eu só não imaginava que daria defeito tão rápido e que seria impossível falar com a empresa depois”.²²⁴

Em outro caso, a consumidora recebeu apenas parte do que havia comprado em um site chamado *compredachina.com*: o cartão de memória chegou; o celular não.²²⁵

A empresa Fênix do Oriente Prestadora de Serviços Ltda., responsável pelos sites *compredachina.com* e *mptudo.com*, é ré em 152 processos perante o Poder Judiciário fluminense sendo 143 deles por danos morais. O Ministério Público do Rio de Janeiro instaurou dois inquéritos civis públicos para investigar a referida empresa – um sobre a falta de informações em relação a taxas cobradas dos consumidores e outro acerca da não emissão de nota fiscal.

Ao final, a matéria jornalística cita o Promotor Rodrigo Terra, titular da 2ª Promotoria de Defesa do Consumidor, esclarecendo que a loja virtual que não emite

²²³ *Importação de dor de cabeça 'made in China'*. O Globo. Rio de Janeiro, 27 jun. 2010. p. 34.

²²⁴ *Loc. cit.*

²²⁵ *Loc. cit.*

nota fiscal pratica sonegação tributária e crime na relação de consumo, uma vez que o consumidor fica impossibilitado de fazer prova da existência da relação consumerista.²²⁶

Na contratação eletrônica de bens imateriais ou informacionais como os programas de computador, *e-books*, músicas, filmes e acesso a informações e a bancos de dados, as falhas mais usuais referem-se às “próprias condições de uso do bem transmitido (cópia, *download* etc.)”, aos empecilhos e obstáculos para fazer a devolução do próprio bem e para efetuar o direito de arrependimento (art. 49 do CDC) e, ainda, à imprecisão das informações e dados disponibilizados a respeito dos produtos oferecidos.²²⁷

A desterritorialização do comércio eletrônico também pode propiciar uma falha capaz de enganar e prejudicar o consumidor na busca por efetivação de seus direitos. O endereço de um *site* na Internet ou seu URL (*Uniform Resource Locator*) pode ser diferente do verdadeiro nome da empresa, o que, juntamente com a ausência de estabelecimento físico, pode inviabilizar ou prejudicar a defesa dos direitos do consumidor.²²⁸

O pagamento por meios eletrônicos, como o realizado mediante cartões de crédito ou de débito, está diretamente relacionado com a questão da confiança do consumidor no mercado eletrônico. Nos dias de hoje – apesar de toda a expansão do comércio eletrônico – ainda há muita desconfiança e relutância dos consumidores em realizar transações *online*.

Especificamente quanto aos sistemas eletrônicos de pagamento, o temor costuma vir de possíveis falhas ocasionadas por intervenção humana como, por exemplo, pela ação de um *hacker* visando obter senhas e dados bancários de consumidores.

As falhas, também, podem ser de natureza tecnológica, como no caso de o consumidor receber um cobrança extra e indevida na fatura de seu cartão de crédito, após efetuar uma compra em uma loja virtual. Esta última hipótese é agravada pelo fato de que os problemas técnicos virtuais permanecem sob o domínio do fornecedor

²²⁶ *Loc. cit.*

²²⁷ MARQUES, *Confiança...*, p. 209.

²²⁸ COTÉANU, *op. cit.* p. 25.

(i. e., em sua rede e sistemas computacionais), sendo, assim, muito difíceis de serem provados pelo consumidor lesado.²²⁹

Além disso, a complexidade presente nos sistemas de segurança e pagamentos *online* faz com que um número muito restrito de consumidores seja capaz de compreender os meios disponíveis, seus níveis de segurança, suas vicissitudes e suas vulnerabilidades.

Não é muito comum que consumidores compreendam, efetivamente, recursos de segurança, como a criptografia,²³⁰ o que faz com que a maioria deles seja incapaz de determinar em que medida certo sistema de pagamento e transação *online* é mais seguro e confiável do que outro. Segundo Cristina Coteanu “there is a natural propensity not to be confident in electronic payment over the Internet due to the fact that consumers are not capable of understanding the significance of secure payment systems and their vulnerabilities”.²³¹

Sendo assim, com o passar do tempo e o aumento da diversidade dos sistemas tecnológicos, fica cada vez mais patente a necessidade de se reforçar a confiança do consumidor nas técnicas utilizadas em transações *online*.

No país, isso será possível a partir de uma maior observância de princípios – integrantes da Política Nacional das Relações de Consumo – como, por exemplo, os constantes do artigo 4º, IV e VIII do CDC, que prevêm a educação, informação e o estudo constante das modificações do mercado de consumo como essenciais para a transparência e harmonia das relações de consumo.

Assim, é possível aumentar a confiança dos consumidores no comércio eletrônico a partir, por exemplo, de cartilhas de conscientização nas quais as tecnologias, as peculiaridades e as vulnerabilidades próprias do mercado eletrônico sejam devidamente explanadas para que, desse modo, o consumidor possa facilmente interar-se do tráfico virtual e, assim, tomar decisões refletidas e racionais.²³²

²²⁹ *Ibidem*, p. 32.

²³⁰ MARTINS, Guilherme. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 385. Segundo o glossário de termos técnicos de informática constante dessa obra, criptografia “[é] considerada uma ramificação da criptologia que torna possível o envio de mensagens codificadas, incompreensíveis para um terceiro que eventualmente venha a interceptá-las, mas que poderão ser lidas pelo destinatário, que conhece o critério para decifrar o texto”.

²³¹ COTEANU, *op. cit.*, p. 32.

²³² Mencione-se, a propósito, que duas cartilhas de conscientização, visando intensificar a educação para o consumo foram lançadas, no mês de março de 2010, pelo Fórum Estadual de Defesa do Consumidor (Rio-Con)

Ainda com referência às falhas de mercado relacionadas com o desequilíbrio informacional típico do comércio eletrônico, cumpre destacar a prática negocial consistente em disponibilizar diversas páginas com informações sobre os termos do negócio, sobre a política de privacidade e os sistemas de segurança adotados, entre outras. Dessa forma, para que o consumidor possa decidir entrar ou não no *site*, ou concluir ou não o negócio, há a necessidade de que ele leia uma grande quantidade de textos e documentos disponibilizados *online*, os quais, muitas das vezes, são excessivos, desnecessários e empregados com o intuito de enganar o consumidor impondo-lhe ônus e restrições a seus direitos.²³³

Segundo a interpretação de Fernanda Nunes Barbosa, a informação que não acrescenta ou aquela redundante “poderá configurar até mesmo fuga do dever imposto pelo ordenamento jurídico, na medida em que, ao informar em excesso, acaba desinformando”.²³⁴

Particularmente quanto ao conteúdo do dever de informar exigido em ofertas e apresentações de produtos ou serviços, mencione-se o *caput* do artigo 31 do CDC, o qual preceitua que as informações devem ser corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa. Donde se extrai que “o modelo da transparência implica não só a difusão da informação, mas também a eficiência da mensagem informativa”.²³⁵

Desse modo, nas comunicações e mensagens veiculadas na Internet, alguns requisitos do dever de informar assumem relevância, destacando-se a precisão – que se concretiza por meio do atendimento do princípio da economia da mensagem – e a adequação, prevista no artigo 6º, III do CDC, que se verifica mediante a compatibilidade dos meios de informação com o produto ou serviço oferecidos e o consumidor destinatário típico.²³⁶

A divulgação de informações no caso específico do mercado eletrônico tem como uma de suas principais razões informar o consumidor sobre características do produto ou serviço, preço, termos e condições, visando diminuir a distância física

– formado por Procon-RJ, Ministério Público, Defensoria Pública, Ipem-RJ e Inmetro. *Direitos do consumidor em HQ. O Globo*. Rio de Janeiro, 21 mar. 2010. p. 28.

²³³ Sobre essa questão, ver COTEANU, *op. cit.*, p. 21.

²³⁴ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

²³⁵ *Loc. cit.* Todavia, ressalta a autora que “[p]or outro lado, tampouco deve ser rechaçada, de todo, a informação redundante, uma vez que, em alguns casos, o excesso de ‘novidade’ pode tornar incompreensível a mensagem, cuja eficácia, então, somente se obterá do equilíbrio entre a originalidade e a redundância”.

²³⁶ *Ibidem*, p. 61-62.

que separa o consumidor tanto do objeto contratual quanto do contato e do diálogo com o fornecedor.

No presente trabalho, a divulgação das informações no meio *online* será abordada de acordo com duas perspectivas (cf. seção 3.5): uma, a do conteúdo e a outra, a da forma.²³⁷ Algumas dessas práticas comerciais são coibidas pelo CDC, como se passa a explicitar.

Designadamente, os artigos 36 e 37 proíbem as formas de publicidade abusiva e enganosa, os artigos 39 e 51 – por meio da apresentação de um rol meramente exemplificativo – vedam, respectivamente, práticas comerciais e cláusulas abusivas.

Os artigos 30 e 31 tratam das informações e da publicidade que – veiculadas por qualquer forma – obrigam o fornecedor e integram o contrato.

Já os artigos 33 e 49 versam sobre a hipótese de comércio à distância. O primeiro determina que o nome do fabricante e seu endereço devem constar na embalagem, publicidade e em qualquer impresso utilizado na transação. Por seu turno, o artigo 49 regula o importantíssimo direito de arrependimento, que poderá ser exercido no prazo de sete dias a contar do ato de recebimento do produto ou serviço – sendo que os valores pagos devem ser devolvidos de imediato.

Por sua vez, o artigo 43 e seus parágrafos disciplinam a coleta e registro de dados pessoais e de consumo, prescrevendo que a abertura de cadastros deve ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não for por ele solicitada – hipótese a que se conforma a utilização de *cookies* por parte dos fornecedores virtuais, com vistas a identificar as preferências e hábitos dos *ciberconsumidores*.

Cite-se, finalmente, o artigo 42 e seu parágrafo único que disciplina a cobrança de débitos, prescrevendo que “[o] consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro que pagou em excesso (...)”.

Sublinhe-se que as normas acima mencionadas devem ser observadas nas transações comerciais eletrônicas sempre que, por haver um consumidor brasileiro na relação, for aplicável a normativa nacional. Pois, como é sabido, no ordenamento

²³⁷ Essa abordagem é proposta em COTEANU, *op.cit.*, p. 116-126, *passim*.

brasileiro, a proteção do consumidor é constitucionalmente tutelada por meio do artigo 5º, XXXII, CF, o qual inclui a defesa dos consumidores no rol das garantias fundamentais, que têm por escopo basilar a tutela da dignidade da pessoa humana e demais valores existenciais.

Tratando-se de comando constitucional, a defesa do consumidor brasileiro “não pode comportar qualquer mitigação, seja fundada em razões econômicas ou de eficiência técnica, dentre outras”,²³⁸ o que permite concluir que o sistema de defesa do consumidor – em consonância e de acordo com a axiologia e principiologia constitucional – merece observância devendo ser privilegiado quando houver conflito com uma normativa estrangeira.²³⁹

2.3.2 Publicidade enganosa e abusiva na Internet

A Internet como fenômeno interativo de alcance mundial e aberto, veloz e efêmero determina relevantes *diferenças qualitativas* entre a publicidade veiculada por meios tradicionais – como a radiodifusão, a teledifusão e as mídias impressas – e a chamada *web-publicidade*, que

é realizada por inúmeros meios e quase pode ser considerada sinônimo de toda e qualquer “informação” comercial, “comunicação” comercial ou comunicação institucional, gráfica ou de marca, que utilizar o meio eletrônico (ícones, marcas no *site*, *banners* estáticos, *banners* interativos, textos publicitários, mensagens em *e-mails*, *spam*, *website sponsoring*, ofertas etc.)²⁴⁰

²³⁸ MARTINS, G. A defesa do consumidor como direito fundamental na ordem constitucional. In: MARTINS, Guilherme M (coord.). *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 13.

²³⁹ É como leciona MULHOLLAND: “Neste sentido, quando estiver em questão a proteção dos direitos do consumidor brasileiro, não haverá dúvidas de que, por tratar-se a defesa do consumidor de matéria constitucionalmente tutelada e por ingressar a mesma em um ordenamento jurídico em que se privilegia a igualdade substancial – através da consideração da pessoa humana e de sua dignidade – e a justiça distributiva – através da realização da solidariedade contratual –, os conflitos que porventura surjam de uma relação contratual eletrônica de consumo deverão ser solucionados com base na sistemática do direito do consumidor e do direito constitucional internos, deixando-se de lado a possibilidade de aplicação de uma *lex mercatoria* a estes contratos e de uma normativa estrangeira que afronte os princípios e valores tutelados em nossa Carta Magna”. Cf. MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

²⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 162.

Segundo De Miguel Asensio, a diferença marcante entre a publicidade tradicional e a *web-publicidade* reside, principalmente, no *caráter interativo* proporcionado pela mídia virtual. Na *Web*, a propaganda comercial multimídia transforma a mera difusão de informações, comum nos meios tradicionais de comunicação, em verdadeiras experiências lúdicas, interativas e sensitivas aptas a proporcionar um *efeito imediato*.

Esse caráter interativo possibilita um *diálogo online* entre o anunciante e o destinatário da propaganda, que, mediante *poucas etapas* e alguns *cliques* passa, de modo *quase instantâneo*, para a condição de adquirente de produtos e serviços.²⁴¹

Note-se que a *velocidade* e a *facilidade* das práticas de *marketing online* fazem com que o processo negocial – que vai desde a difusão das ofertas e comunicações comerciais na rede até a aquisição do produto ou serviço – seja extremamente *curto e breve*.

De modo que a rapidez e a comodidade proporcionadas pelo meio eletrônico fazem da *web-publicidade* uma ferramenta extremamente eficiente. Segundo Asensio, quanto menor o número de etapas e cliques necessários para a concretização do negócio, menor é o risco de que o potencial cliente desista da transação.²⁴²

Semelhantemente a Asensio, Lima Marques sublinha, por sua vez, que a especialidade da *web-publicidade* deve-se, mesmo, ao fato de que ela é a um só tempo “*meio de atração, caminho ou link para a plataforma de compras e meio informacional* (por vezes o único que o consumidor lerá, apesar de bater no ícone que leu e estar de acordo com as condições gerais da venda!)”.²⁴³

Alguns autores, diante das especificidades acima delineadas, sustentam que a publicidade na Internet “tem um efeito exponencialmente mais agressivo”.²⁴⁴

Na realidade, pesquisas confirmam a percepção dos autores mencionados de que essa nova modalidade é, consideravelmente, mais eficiente do que outras

²⁴¹ ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho Privado de Internet*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 155.

²⁴² *Loc.cit.*

²⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio...*, p. 165.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 163.

formas de publicidade, inclusive a televisiva.²⁴⁵ Coteanu destaca, como uma das razões dessa maior eficiência, o fato de que na *Web* os consumidores são atingidos pelas peças publicitárias diretamente no mesmo meio que serve para efetuar a compra dos produtos ou serviços. Se a publicidade convence, a compra se efetiva imediatamente. Com efeito, no comércio via Internet, reduz-se o tempo de reflexão e, conseqüentemente, a chance de o consumidor desistir da compra.

De fato, no comércio eletrônico, gasta-se muito menos tempo na hora da tomada de decisões, pois, como se sabe, dos contratos celebrados a partir de publicidade *online*, a grande maioria é composta de *click-wrap agreements*, espécies de contratos interativos (descritos no primeiro capítulo desta dissertação), nos quais basta um clique em um *link* para que o consumidor se conecte à loja virtual e se veja comprando.

Ainda no que se refere às especificidades anteriormente delineadas, designadamente a efemeridade e a velocidade típicas do meio virtual, alega-se que elas dificultam o funcionamento efetivo dos mecanismos tradicionais empregados para o controle da atividade comercial publicitária.²⁴⁶

Cabe lembrar que à *web-publicidade* aplicam-se as normas gerais sobre publicidade e as disposições pertinentes do Código de Defesa do Consumidor como, por exemplo, o artigo 36, que prevê o princípio da identificação da mensagem publicitária. Aproveitando a oportunidade, mencione-se que esse princípio também é previsto pelo artigo 6º da Diretiva 2000/31/CE da Comunidade Europeia, conhecida como diretiva sobre comércio eletrônico.²⁴⁷

Cite-se, também, o artigo 30 do CDC, que versa sobre o caráter vinculativo da oferta. Quanto a este último dispositivo legal, registre-se que o Poder Judiciário nacional já vem reconhecendo sua aplicação às práticas comerciais eletrônicas – sem, todavia, estabelecer um entendimento pacífico quanto à força vinculante da oferta de preços na Internet.

É o que se pode inferir das decisões judiciais a seguir comentadas.

²⁴⁵ Segundo Alex Banks, vice-presidente para América Latina da *comScore*, “a internet já deixou de ser um canal alternativo, com mais aplicações. Percebemos em pesquisas que campanhas de marca feitas na internet têm mais impacto entre os consumidores do que as feitas na televisão”. Cf. *O GLOBO. Uma nova publicidade na internet*. Rio de Janeiro, 07 mar. 2010, p. 36.

²⁴⁶ Ver a respeito: ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho Privado de Internet*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 155.

²⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [8 jun. 200]. Disponível em: <http://europa.eu/index_pt.htm>. Acesso em: 8 ago. 2009.

A primeira – prolatada, em 27 de maio de 2008, nos autos do recurso inominado 71001490614, pela Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – tem a seguinte ementa:

Contrato eletrônico. Compra e venda. Preço. Dano moral. Não caracterização. 1. Evidenciado que o preço fixado no site se encontra equivocado em face dos demais produtos, mostra-se possível o não acolhimento do negócio realizado. 2. A boa-fé deve ser exercida por ambas as partes do contrato, impossibilidade do contrato gerar locupletamento de uma das partes. Recurso provido para julgar improcedente a ação (grifou-se).²⁴⁸

Com base na leitura do voto proferido pelo juiz relator, verifica-se que houve a divulgação equivocada do preço de um piano, no *site* da ré (Lojas Americanas), ressaltando-se que o preço divulgado era inferior àquele cobrado para os pedais do piano.

Segundo o relator do acórdão, houve um evidente equívoco na fixação e divulgação do preço, que restava claro em razão da enorme desproporção entre o preço veiculado na peça publicitária e o preço corrente do produto no mercado. Assim, segundo o acórdão “para evitar o enriquecimento do comprador sem a devida causa, mostra-se necessário acolher a possibilidade da recorrente [Lojas Americanas] ter desistido do contrato”.

Destarte, nota-se que, no julgado em análise, a força vinculante da publicidade e da oferta de preços – prevista no artigo 30 do CDC – não foi devidamente observada pelos julgadores, que, assim, admitiram o não cumprimento da oferta e do contrato celebrado eletronicamente.

Como uma segunda decisão, essa em sentido contrário ao da anteriormente mencionada, tem-se a relatar a proferida pela Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos autos da apelação cível 2008.001.56762, em 14 de janeiro de 2009, cujos principais trechos da ementa são transcritos a seguir:

²⁴⁸ TJRS. 3ª Turma Recursal Cível. Rec. Inom. n. 71001490614. Rel. Des. Eduardo Kraemer. Julg. em 27.05.2008.

(...) Cancelamento unilateral por parte do réu/agravante de *compra realizada via Internet*, sob alegação de *erro no preço divulgado devido a uma falha sistêmica. Caráter vinculativo da oferta de preços.* (...) Típica relação de consumo regida pela Lei no. 8.078/90, uma vez que as partes enquadram-se nas definições de consumidor e fornecedor insculpidas nos artigos 2º e 3º do citado diploma legal. *Publicidade veiculada por qualquer meio de comunicação*, relativa a produtos oferecidos, que *obriga o fornecedor, integrando o contrato* que vier a ser celebrado, *conforme o artigo 30 do CDC.* Falha sistêmica na divulgação do preço que se constitui em risco do empreendimento, o que não pode ser repassado ao consumidor (...) (grifou-se).²⁴⁹

No caso em tela, um *ciberconsumidor* (autor/apelado) adquiriu um microcomputador e um monitor em uma loja virtual, efetuando o pagamento, por meio de boleto bancário, do preço ofertado pelo fornecedor (réu), no montante de R\$ 822,20 (oitocentos e vinte e dois reais e vinte centavos).

Não obstante isso, o fornecedor cancelou a transação de forma unilateral, alegando que teria havido erro material na divulgação do preço da oferta, que seria “erro perceptível a qualquer consumidor, uma vez que qualquer busca de preços na Internet permite constatar que o produto adquirido tem valor de mercado quatro vezes maior do que o constante no *site* (grifo original)”.²⁵⁰

No entanto, note-se que, diante desse quadro, os desembargadores integrantes da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiram pela declaração de validade do negócio jurídico em questão. Dessa forma, condenaram o fornecedor a entregar ao *ciberconsumidor* o microcomputador e o monitor nos moldes da oferta veiculada *online*.

O acórdão possui fundamento legal no artigo 30 do CDC, o qual preceitua que a publicidade veiculada por qualquer meio de comunicação obriga o fornecedor, integrando o contrato que vier a ser celebrado. Atente-se, ainda, para o fato de que, segundo entenderam os magistrados “o alegado erro sistêmico na divulgação do preço não desobriga o cumprimento da oferta, na medida em que se constitui em risco do empreendimento, o que não pode ser repassado ao consumidor”.²⁵¹

²⁴⁹ TJRJ. 14ª. Câmara Cível. Apel. n. 2008.001.56762. Rel. Des. Ismenio Pereira de Castro. Julg. em 14.01.2009.

²⁵⁰ *Loc. cit.*

²⁵¹ *Loc. cit.* Nesse mesmo sentido, confira o Recurso Inominado 2006.700.011967-7 julgado, em 31.03.2006, pelo Conselho Recursal do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa transcreve-se a seguir: “Compra e

Além da publicidade que desrespeita o princípio da identificação da mensagem publicitária – contido no artigo 36 do CDC (que foi devidamente analisado na seção 2.2.) –, outra espécie de *web-publicidade* também merece atenção por ser considerada prática abusiva prejudicial aos *ciberconsumidores*.²⁵²

O *spam* ou *spamming* caracteriza-se como o envio massificado de *e-mails* não solicitados, contendo comunicações comerciais e publicitárias.²⁵³ Pode-se dizer que esse método de *marketing online*, muito conhecido pelos consumidores nos dias de hoje, “foi o primeiro grande problema diretamente ligado à questão da publicidade surgido no seio da Internet”.²⁵⁴

De acordo com a compreensão de Jean Jacques Erenberg, é *publicidade extrinsecamente abusiva*, dada sua maneira de abordagem – isto é, não autorizada – do destinatário, configurando-se extremamente invasiva.²⁵⁵

O caráter abusivo da mensagem comercial não solicitada é reforçado quando nela não houver opção, facilmente identificável, de remoção do endereço eletrônico do destinatário da *mailing list* ou banco de dados do fornecedor, de modo a interromper imediatamente o envio de mensagens indesejadas.²⁵⁶

Segundo Cláudia Lima Marques, identifica-se, na jurisprudência brasileira, uma inclinação a considerar o *spam* uma prática abusiva, consoante o artigo 39, III do CDC. Nesse sentido, a autora cita a seguinte ementa:

venda via internet. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Princípios da boa-fé objetiva e da confiança (art. 4. do CDC). Redução de preço com valor mínimo de aquisição. Cupons de desconto. Oferta que integra o contrato, vinculando o fornecedor (art. 30, 31 e 48 do CDC). Negócios jurídicos perfectibilizados. Correção da publicação que não atinge os atos jurídicos perfeitos. Cancelamento unilateral dos conflitos sob fundamento de erro de cálculo por evidente desproporcionalidade dos descontos (conduta arbitrária vez que fazem parte do cotidiano os grandes abatimentos de preço). Débitos em cartão de crédito do 1. Autor que são efetivados com posterior restituição de valor, sendo cabível exigir-se do consumidor perceber eventual erro escusável. Aproveitamento de oportunidade pelos usuários das lojas virtuais que não pode servir como penalidade quando na verdade é uma resposta positiva à venda promocional. Estratégia de marketing equivocada do fornecedor que não justifica o inadimplemento contratual. Afirmação de má-fé e deslealdade do consumidor como forma de afastar a falha na prestação do serviço. Erro que não encontra respaldo no lastro probatório. Empresa-ré que atinge o objetivo de atrair grande universo de dentro do espírito da competição virtual de consumidores a sua oferta. Expectativa frustrada do consumidor. Caráter pedagógico, preventivo e punitivo do dano moral. Sentença que se reforma integralmente”.

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 169.

²⁵³ Cf. ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 58. E também: MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 168.

²⁵⁴ ERENBERG, *op. cit.*, p. 58.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 51.

²⁵⁶ Cf. *Ibidem*, p. 58 e 60.

Ação cautelar inominada – Proibição de envio de mensagens eletrônicas – *Spam mail*. Não havendo prova nos autos do agravo que permita concluir no sentido da presença do *fumus boni juris*, ou seja, de que as mensagens eletrônicas *não caracterizam spam mail, razão por que não podem ser coibidas*, a liminar cautelar pretendida para vê-las liberadas, mostra-se inviável (TJRS, 11ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70003519782, rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. 09.03.2002)²⁵⁷

Mencione-se a existência do sistema denominado *opt-out* ou *de opção negativa* – adotado pelo legislador europeu no artigo 10, 2, da Diretiva 97/7/CE²⁵⁸ –, segundo o qual a mensagem publicitária pode ser enviada para o consumidor desde que este não tenha manifestado oposição a tal prática. Por outro lado, tem-se o sistema *opt-in* ou *de opção positiva* – no qual a comunicação comercial só pode ser enviada ao consumidor caso este tenha, prévia e expressamente, autorizado seu envio.²⁵⁹

Jean Jacques Erenberg sustenta que, na sistemática do CDC, foi adotado o sistema *opt-in* e que, por isso,

independentemente de a mensagem conter ou não forma de solicitar a remoção do usuário da lista, ou do fato de ser única, será extrinsecamente abusiva se não foi previamente autorizada, por violar os princípios da autodeterminação e boa-fé e a garantia constitucional de privacidade.²⁶⁰

Atualmente, há diversos projetos de lei tramitando no Legislativo nacional que, de alguma forma, abordam o envio de *spam*: PL 4.187 de 2008, PL 3.095 de 2008, PL 1.227 de 2007, PL 169 de 2007, PL 4.562 de 2004, PL 3.872 de 2004, PL 3.731 de 2004, PL 2.423 de 2003, PL 2.186 de 2003.

O novo canal de publicidade constituído pelo uso da Internet pode ser um excelente instrumento para o fornecimento de informações úteis, precisas e

²⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio...*, p. 285.

²⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [20 maio 1997]. Disponível em: <http://europa.eu/index_pt.htm>. Acesso em: 22 jul. 2009.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 147.

²⁶⁰ EREBERG, *op. cit.*, p. 62-63. Confira a propósito, MARQUES, *Confiança no comércio...*, p. 171: “Melhor seria assegurar aos consumidores o direito de não receber publicidade não solicitada por *e-mail*, como a regra do direito de *opt-in*, isto é, somente com a manifestação expressa do consumidor é que os fornecedores podem enviar as mensagens publicitárias [*sic*] não solicitadas”.

completas, permitindo ao consumidor tirar proveito de vantagens do meio eletrônico, ao efetuar aquisições de bens e serviços de que necessite. Desse modo, a *web-publicidade* serviria para a concretização do básico direito do consumidor à informação, conforme estabelece o artigo 6º, III do CDC – que se reverte como um dos mais relevantes deveres do fornecedor no mercado de consumo virtual.

Entretanto, na prática, muitos fornecedores veiculam publicidades enganosas, abusivas e desleais em seus *sites* e enviam *e-mails* contendo mensagens publicitárias não solicitadas pelos consumidores. Quando uma empresa se utiliza de prática comercial enganosa – mesmo que por omissão, conforme artigo 37, §§ 1º e 3º do CDC – e agressiva, a fim de obter lucro ou manter fração do mercado de consumo, há concorrência desleal, cujas consequências econômicas adversas serão sentidas tanto por consumidores quanto por fornecedores.²⁶¹

No mercado eletrônico global, a capacidade do consumidor de tomar decisões informadas e refletidas é, substancialmente, menor do que nos meios tradicionais de comunicação. O habitual desequilíbrio de informação, entre anunciante e consumidor, é potencializado pela complexa tecnologia empregada e pelo uso de comunicações comerciais não solicitadas.²⁶²

Ademais, no comércio eletrônico, a substituição de elementos materiais por outros virtuais justifica a imposição de *obrigações específicas de informação*, em favor dos potenciais consumidores, que deverão ser incluídas nas páginas dos *sites* dos fornecedores.²⁶³

Desse modo, vale mencionar que o artigo 4º do projeto de lei nº. 1.589, de 1999, em tramitação no Congresso Nacional, prevê que “a oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre”: o nome do ofertante e seu número de inscrição no cadastro do Ministério da Fazenda; endereço físico do estabelecimento; meio de contatos do ofertante, inclusive correio eletrônico; o arquivamento do contrato eletrônico pelo ofertante, bem como instruções para seu arquivamento pelo aceitante; e sobre os sistemas de segurança utilizados na transação.

²⁶¹ A propósito, veja-se: COTEANU, Cristina. *Cyber consumer law and unfair trading practices*. Aldershot: Ashgate, 2005, p.137.

²⁶² *Ibidem*, p. 139.

²⁶³ ASENSIO, *op. cit.*, p. 156.

O caráter global do comércio eletrônico faz com que se observe uma homogeneidade nas falhas, problemas e desafios que, necessariamente, determina que haja uma similitude nas propostas legislativas de sua regulamentação. Assim, a previsão constante do projeto de lei nº. 1.589/1999, relativa às informações prévias necessárias para a contratação eletrônica, é, praticamente, idêntica ao disposto no artigo 5º e alíneas da Diretiva 2000/31/CE da Comunidade Europeia.

Há dois fatores que dificultam a aplicação e o cumprimento de normas jurídicas, regras e códigos de conduta, no âmbito do comércio eletrônico, que serão analisados no capítulo a seguir: o caráter global do mercado eletrônico e as limitações dos sistemas de auto-regulação, apontados como possível solução.

Essa última relevante questão desponta da necessidade de garantir-se eficácia à normativa protetiva do consumidor. Segundo Cristina Coteanu, na Internet – onde há a prevalência de sistemas de auto-regulação²⁶⁴ – pode haver dificuldade de controle de condutas e de aplicação das normas pertinentes. Isso por que a auto-regulação consiste na elaboração e aplicação de normas e diretrizes de conduta por parte dos próprios interessados, sem a ingerência de terceiros, mais especificamente de entidades governamentais.²⁶⁵

A auto-regulação é um instrumento de descentralização do poder que transfere o comando e o controle exercidos por Estados e governos para atores privados.²⁶⁶ A fim de evitar que esse movimento descentralizador prejudique a eficácia regulatória necessária para bom desenvolvimento do comércio eletrônico, desponta como alternativa o fortalecimento da cooperação internacional.

O estabelecimento de redes de cooperação legal é uma forma de contrabalançar os impactos negativos da globalização. Como exemplo, cite-se que, em 2004, o Departamento de Indústria e Comércio do Reino Unido, o *Office of Fair Trading* – OFT e o *Information Commissioner* – ICO dos Estados Unidos assinaram um memorando de entendimentos com a Federal Trade Commission – FTC norte-americana juntamente com a *Australian Communications Authority* – ACA e a *Australian Competition and Consumer Commission* – ACCC, o qual tem o objetivo de prestar mútua assistência para o cumprimento de leis sobre *spam*.

²⁶⁴ COTEANU, *op. cit.*, p. 148.

²⁶⁵ CANUT, *op. cit.*, p. 188.

²⁶⁶ COTEANU, *op. cit.*, p. 148.

Esse esforço cooperativo internacional pode-se apresentar como uma solução para o problema da eficácia (aplicação e cumprimento) da normativa atualmente existente sobre publicidade enganosa, pois ele possibilita que consumidores façam valer seus direitos contra este tipo de publicidade surgida além de suas fronteiras nacionais.²⁶⁷

Entretanto, a eficiência do quadro legal existente é questionável uma vez que o fenômeno mundial Internet não é regulado por uma autoridade única e central. Quanto à publicidade – que é regulamentada tanto pelo Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária quanto pelas normas gerais sobre publicidade constantes, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor –, acredita-se que, se por um lado a aplicação e cumprimento das normas constantes do sistema de auto-regulamentação pode ser difícil, por outro lado, o estabelecimento de uma rede de cooperação nos âmbitos jurídico e legal pode afigurar-se como um meio de compensação dos efeitos nocivos da globalização, a partir de uma aplicação efetiva da normativa referente à publicidade enganosa, ofensiva e abusiva veiculada na Internet.²⁶⁸

De acordo com Cristina Coteanu, nesse sentido, muitas providências teriam que ser adotadas pelos governos nacionais, destacando-se o aperfeiçoamento e a simplificação do processo de homologação de sentença estrangeira. Em suas palavras:

[i]n this context, national governments should clarify that the basic principle of enforcement in the global electronic market requires the recognition of legal actions of consumers in cross-borders cases, specification of documentary evidence that should support a claim, details on the possibility of the contestation of a defendant, the extension of the enforceability of a judgement delivered in a foreign country and the improvement and simplification of the *exequatur* process.²⁶⁹

²⁶⁷ *Loc. cit.*

²⁶⁸ Esse tipo de proposta é feito em: COTEANU, *op. cit.*, p. 150.

²⁶⁹ COTEANU, *op. cit.*, p. 150.

2.3.3 Desconfiança do consumidor: complexidade, riscos e falta de regulamentação da contratação eletrônica

A natureza global, a desmaterialização do meio de contratação, do objeto e dos vícios, a despersonalização das partes contratantes e seu anonimato, a desterritorialização, a distância, a desregulamentação legal e a complexidade tecnológica – fazem com que o consumidor experimente acentuada desconfiança ao contratar via Internet.

Para Ricardo Lorenzetti “[o]s sistemas de informática, a rede global e a economia da informação constituem um ‘sistema especialista’”, que é indestrinchável, tendo em conta sua exacerbada complexidade técnica e sua obscuridade. Assim, as condutas dos sujeitos contratantes, no meio virtual, “mudam substancialmente, afastando-se dos modelos de escolha racional que inspiraram as legislações codificadas”.²⁷⁰

Nessas circunstâncias, emerge a questão da confiança, como explica Lima Marques:

*[n]o 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 sua parte, que seus interesses econômicos serão preservados e que também seus direitos da personalidade e sua privacidade continuarão a ser protegidos (grifou-se).*²⁷¹

Pode-se dizer, portanto, que é próprio das relações eletrônicas de consumo, a conduta do consumidor ser fundamentada na *confiança* – que, segundo António Menezes Cordeiro, “exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras,

²⁷⁰ LORENZETTI, R. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 282.

²⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 96-97.

que tenha por efectivas”²⁷² –, a qual se constitui a partir da *aparência* suscitada pelo meio eletrônico e sua linguagem virtual.²⁷³

O consumidor, no mundo cibernético, atua e toma suas decisões apoiado em um “conhecimento indutivo débil”, que é formado a partir de breves buscas sobre informações.²⁷⁴

Havendo fortes distinções entre a contratação tradicional e a virtual, não se pode admitir que a atuação típica de um *ciberconsumidor*, baseada na confiança ou fundada na aparência, seja considerada negligente a partir da aplicação de uma norma contratual clássica.

Como afirma Lorenzetti, “não se trata de um problema de negligência, mas sim, de uma necessidade, pois *caso tivesse que razoavelmente verificar cada ato seria impossível viver*, e os custos de transação seriam altíssimos (grifou-se)”.²⁷⁵

Guilherme Martins corrobora esse entendimento, afirmando que “[o]s dias de hoje trazem a idéia da *confiança* como uma fé no conhecimento de sistemas tecnológicos e especializados, acompanhada da ignorância do leigo acerca de seu funcionamento (grifou-se)”,²⁷⁶ donde se infere que a confiança possibilita o relacionamento interpessoal e comercial na sociedade da informação, a qual se caracteriza por uma forte impessoalidade e complexidade.

Lima Marques elege a confiança como o paradigma ou o princípio jurídico apto a proteger as legítimas expectativas dos desconfiados consumidores nesse novo ambiente de comércio, que é a Internet – chegando mesmo a defender que é

²⁷² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1234.

²⁷³ Cf. LORENZETTI, *op. cit.*, p. 283. Cabe advertir que, para Menezes Cordeiro, “a realidade da confiança como um dos factores materiais da boa fé” já é assente. Cf. CORDEIRO, *op. cit.*, p. 1251. Todavia, o autor questiona a conexão entre a doutrina da aparência e a ideia de confiança. Em seus termos: “[r]ejeita-se, para traduzir a realidade em causa, a locução ‘aparência’, corrente na literatura alemã do princípio do século e mantida, até hoje, no espaço latino: apenas interessa considerar a aparência que tenha repercussões humanas, enquanto por outro lado, ela não é necessária para provocar a adesão a representações que constitui o cerne do tema em causa”. Cf. *Ibidem*, p. 1234. Encontra-se observação no mesmo sentido em: MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 64, out./dez. 2007, p. 46. Lê-se ali: “[i]ndo além dos parâmetros da boa-fé objetiva, a confiança, em outros casos, se funda em uma aparência de legitimidade jurídica, o que a doutrina denomina *teoria da aparência*”.

²⁷⁴ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 282.

²⁷⁵ *Loc. cit.* O autor defende ainda que “[a] conduta individual tende a ser simplificada, reduzindo-se os custos e o esgotamento psicológico que significaria pretender entender cada um dos sistemas com os quais o indivíduo interage”, exemplificando que, caso contrário, “deveríamos subir num avião acompanhados de um engenheiro, de um piloto, de um advogado e de um cozinheiro”.

²⁷⁶ MARTINS, *Confiança...* p. 45.

possível “adaptar nosso atual Direito do Consumidor a este novo modo de comércio” mediante a adoção do paradigma em referência.²⁷⁷

Ressalte-se que o *princípio da confiança*, conforme o caso, tem sua aplicação fundamentada no princípio da boa-fé objetiva ou na teoria da aparência, sendo que, nesta última hipótese, para que o consumidor possa ter seus legítimos interesses e expectativas respeitados, há necessidade de comprovação de seus requisitos (como, por exemplo, a boa-fé do terceiro contratante e uma aparência suficientemente forte), haja vista que, de acordo com competente doutrina, a teoria da aparência – por ser considerada sub-princípio da confiança – faz jus tão somente a aplicação em caráter residual, pois é solução excepcional.²⁷⁸

Pode-se dizer que, de todo o *iter* virtual de contratação, o pagamento por meio de cartões de crédito ou por qualquer outra forma de débito eletrônico é uma das etapas em que a desconfiança dos consumidores é maior. Como se sabe, essas formas de pagamento verificam-se mediante o envio não só de informações relevantes sobre o próprio consumidor como, também, a partir da transmissão de dados e senhas bancárias.

Assim, o paradigma de colaboração entre os sujeitos contratantes introduzido pelo princípio da boa-fé objetiva faz com que a proteção e o cuidado com as informações e os dados do consumidor, bem como o estabelecimento de ambientes e conexões seguras, sejam requisitos básicos e fundamentais a serem observados pelos fornecedores que atuam no mercado eletrônico de consumo.

²⁷⁷ MARQUES, *Confiança...*, p. 94.

²⁷⁸ MARTINS, *Confiança...* p. 46-68, *passim*. O autor observa, ainda, que a autonomia da aparência enquanto princípio é questão cercada de polêmica e debate na doutrina, ressaltando que doutrinadores como Vicente Ráo e Angelo Falzea defendem a autonomia do princípio jurídico da aparência. Por outro lado, Martins adverte que mais razoável parece ser a posição de Claus-Wilhelm Canaris “para quem a responsabilidade pela aparência seria apenas um das possíveis aplicações do princípio da confiança (sub-princípio), não lhe podendo ser reconhecida autonomia, em virtude da sua estreita generalidade e do seu peso jurídico normalmente fraco”. Cf. p. 61-62.

3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: MEIO DE PROTEÇÃO DO CIBERCONSUMIDOR

3.1 Da necessidade de regulação do comércio eletrônico de consumo mediante princípios jurídicos

Inicialmente, deve-se relembrar que o Direito, como instrumento de regulação das relações sociais, “está em permanente aperfeiçoamento”²⁷⁹ e “nunca é [o] resultado de uma descoberta, mas sim de um processo de construção”.²⁸⁰

O surgimento e o desenvolvimento, como prática social, de relações comerciais por intermédio da tecnologia digital constitui um fenômeno novo, a demandar uma abordagem jurídica, sendo inconteste “que sem esse elemento fundamental estará abortada a possibilidade de que o uso deste instrumento tecnológico possa ser feito”.²⁸¹

Desse original modo de comércio, surgem novas e relevantes questões dentre as quais se destacam: a desterritorialização e a despessoalização das relações comerciais; a desmaterialização do objeto e dos vícios contratuais; uma nova situação de vulnerabilidade para o consumidor.

Essas, muitas das vezes, não se encaixam nas “categorias tradicionais nas quais se baseia o Direito”, gerando “a convicção sobre a necessidade de um tratamento diferenciado daquele que se fez no passado, em relação a outras inovações tecnológicas”.²⁸²

Baseando-se no descompasso entre as novas práticas comerciais, sociais e jurídicas – surgidas com o mercado eletrônico – e a realidade legislativa vigente,

²⁷⁹ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 55, jul./set. 2005, p. 53.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 54.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 53.

²⁸² *Ibidem*, p. 54.

considerável parcela da doutrina brasileira defende a necessidade de elaboração de legislação específica para regular o comércio eletrônico.²⁸³

Esse ponto de vista pode ser confirmado na prática pela existência de algumas propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional. Dentre essas, destaca-se o Projeto de Lei no. 1.589 de 1.999 (de autoria do Deputado Luciano Pizzato), o qual dispõe sobre o comércio eletrônico de modo geral, compreendendo a questão relativa à validade jurídica do documento eletrônico e à da assinatura digital. E, também, o Projeto de Lei no. 4.906 de 2001, que surgiu em decorrência do apensamento dos Projetos de Lei no. 1.483 de 1.999 e o já citado 1.589 de 1.999.²⁸⁴

Quanto ao Projeto de Lei no. 1.589 de 1999, Lima Marques, já em 2004, afirmava que não havia esperança de que fosse aprovado.²⁸⁵ No entanto, é de se destacar que o referido Projeto “especificamente sobre o comércio eletrônico com consumidores impõe o diálogo com o Código de Defesa do Consumidor”.²⁸⁶

Lima Marques partilha a opinião de que é necessário o desenvolvimento de uma regulamentação legal própria para o comércio *online*. Tanto é que a autora chega a propor modificações específicas na legislação consumerista.²⁸⁷

Ao examinar as Diretivas europeias 97/7/CE (sobre contratação à distância) e 2000/31/CE (sobre comércio eletrônico), a autora reconhece, não obstante, que

aplicando o Código de Defesa do Consumidor e as linhas gerais de boa-fé aqui especificadas, em uma visão contratual renovada, parece-me que podemos impor os mesmos deveres de conduta de boa-fé aos fornecedores no mercado eletrônico brasileiro, mesmo antes da aprovação de lei específica.²⁸⁸

Todavia, rechaça-se a ideia de que “as categorias, conceitos e princípios teriam de ser todos refeitos”, repelindo-se, portanto, o entendimento de que um

²⁸³ MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico...*, p. 289.

²⁸⁴ Para uma melhor compreensão a respeito dos Projetos de Lei, em tramitação no Congresso Nacional, sobre o comércio eletrônico veja: LAWAND, José Jorge. *Teoria dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 62-63.

²⁸⁵ MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico...*, p. 257.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 149.

²⁸⁷ Para uma análise das alterações, no Código de Defesa do Consumidor, sugeridas pela autora, remete-se o leitor a *Ibidem*, p. 289-300.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 257. Partilhando desse entendimento, tem-se também: MATTOS, Analice Castor de. *Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 117.

Direito completamente novo e reformulado seria imprescindível para a devida regulação deste novo fenômeno sócio-jurídico.²⁸⁹

Destarte, considera-se mais apropriada a proposta de Cesar Santolim baseada na complementaridade entre duas abordagens de regulação do comércio eletrônico.

Uma de caráter propositivo, segundo a qual é conveniente uma reformulação legislativa mediante “a elaboração de novas regras, seja em diplomas legais já existentes (alterações nos Códigos já existentes, por exemplo), seja pela produção de leis específicas”, quanto ao comércio eletrônico em geral.²⁹⁰

E a outra, de cunho conservador, sustentando que “as normas já existentes, submetidas a correta hermenêutica, são suficientes para a construção de um ‘ piso mínimo ’ que suporte as demandas trazidas pela tecnologia da informação”.²⁹¹ Para o autor, não há dúvida quanto à possibilidade de integração dos dois enfoques:

Sem perder de vista a conveniência da produção de novas normas, até para acelerar a ruptura com certos padrões culturais, pode-se, com o uso de outros instrumentos, fornecer um quadro suficiente a dar segurança às pessoas que travam contato com as questões jurídicas decorrentes da implementação da tecnologia da informação.

Ademais, a complementaridade entre as duas abordagens justifica-se com base nas seguintes razões. Uma reformulação legislativa visando o estabelecimento de novas soluções normativas para o comércio eletrônico não significa, necessariamente, mais proteção e segurança para os *ciberconsumidores*. Isso por que, apesar de se reconhecer a relevância do estabelecimento de um conjunto normativo específico para as novas demandas sociais, “também não é possível ignorar a dificuldade de serem encontradas estas mesmas regras em áreas de intensa e dinâmica transição”.²⁹²

²⁸⁹ *Loc. cit.*

²⁹⁰ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no Direito brasileiro*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 12.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 55-56.

²⁹² *Ibidem*, p. 83.

É esse, justamente, o caso do comércio eletrônico em que as questões e desafios jurídicos se sucedem com a mesma celeridade percebida no desenvolvimento de novas tecnologias, ou seja, em velocidade exponencial.

De modo que, “[q]uando parece ter sido encontrada a fórmula para resolver um problema, surge outro, ou se repõe aquele, sob novo prisma, muitas vezes resultante de uma mudança tecnológica razoavelmente previsível”.²⁹³ Assim,

[q]uando se conjuga (a) a intensidade e (b) a velocidade do efeito da tecnologia da informação sobre o fenômeno jurídico com (c) a impossibilidade de se produzirem leis com a capacidade de tratar minudentemente destes avanços, (muitas vezes, quando um texto estiver sendo promulgado, a tecnologia adotada pode já ser outra) *evidencia-se a necessidade da utilização dos princípios*, como responsáveis pela manutenção da coesão do sistema jurídico, ainda que reconhecido como um ‘sistema aberto’ (grifou-se).

Nessa perspectiva, os princípios assumem o *status* de elementos essenciais à flexibilidade do sistema normativo, ganhando destacada importância na regulação do comércio eletrônico, em que há “forte dinamicidade sócio-econômica” e ausência de regulamentação legal específica.²⁹⁴

Acredita-se que, mediante a aplicação dos princípios jurídicos já consagrados no Direito Civil e no Direito do Consumidor, é possível encontrarem-se soluções para as novas demandas sociais e jurídicas advindas do desenvolvimento do consumo *online*.²⁹⁵

Conclui-se, pois, que a formulação de uma adequada regulamentação legal do comércio eletrônico – capaz de tutelar os legítimos interesses e expectativas dos consumidores – envolve a devida consideração dos princípios jurídicos, compreendidos como mandamentos de otimização que se caracterizam “por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.²⁹⁶ Santolim corrobora essa linha de entendimento defendendo que

²⁹³ *Loc. cit.*

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 56.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 57 e 69.

²⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

*a utilização de princípios instrumentais, como o da transparência e o da vulnerabilidade, ou finalísticos, como são a boa-fé e a autonomia privada, pode ser o melhor caminho para orientar a atuação dos aplicadores do Direito, mormente no exercício de competências administrativas e jurisdicionais, mas também como um referencial para os legisladores (grifou-se).*²⁹⁷

Dentre os princípios jurídicos aplicáveis ao direito contratual, o da boa-fé é o que mais efetivamente pode cumprir a função de suprir a falta de uma legislação disciplinadora do comércio eletrônico, como se vai mostrar a seguir.

A boa-fé tem origem no direito romano e, segundo Menezes Cordeiro, a *fides* constitui sua base lingüística e conceitual. Afirma o autor que o conhecimento da natureza primitiva e histórica desse princípio tem um interesse insofismável, porém reconhece que é tema árduo e ingrato.²⁹⁸ Some-se a isso o fato de que foge do escopo do presente trabalho incursionar pelo direito romano.

Dessa maneira, vai-se analisar o princípio tomando como ponto de partida a concepção dualista da boa-fé, presente desde o século XIX, segundo a qual esse instituto apresenta-se sob duas vertentes.

Em primeiro lugar, tem-se a vertente subjetiva, por intermédio da qual a boa-fé é entendida como um “estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, ou desconhecimento, e à intenção ou falta de intenção, de alguém”.²⁹⁹ Alguns autores, como Jorge Cesa Ferreira da Silva, relacionam essa concepção da boa-fé com o estado anímico do sujeito.³⁰⁰ Tal entendimento tem previsão em algumas hipóteses do Código Civil, como por exemplo: o casamento putativo (art. 1.561, CC), a conceituação da posse de boa-fé (arts. 1.201 e 1.202, CC) e a boa-fé como requisito para a configuração da usucapião (arts. 1.242 e 1.260, CC).

Bruno Lewicki, em seu *Panorama da boa fé objetiva*, lembra lição de Fernando Noronha, na qual este aponta Alípio Silveira como introdutor, no Brasil, de uma conceituação da *boa-fé subjetiva* como *boa-fé crença*, justamente por

²⁹⁷ SANTOLIM, Os princípios de proteção do consumidor..., p. 83.

²⁹⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v.1. Coimbra: Almedina, 1984, p. 53.

²⁹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, set/dez., 1992, p. 79.

³⁰⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

configurar a fusão entre o conceito de crença interna do sujeito com a noção de boa-fé subjetiva.³⁰¹

Por outro lado, na vertente objetiva a boa-fé se apresenta, de acordo com Miguel Reale, como um modelo de conduta³⁰² que irá “exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração com vistas a alcançar os fins perseguidos em cada relação obrigacional”.³⁰³

Nessa acepção, a boa-fé é visualizada como um modelo de comportamento juridicamente exigível, cujo conteúdo não pode, todavia, ser rigidamente fixado ou pré-determinado, dependendo sempre das circunstâncias do caso concreto.

Segundo Teresa Negreiros, “a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num *dever de conduta contratual ativo, e não em um estado psicológico* experimentado pela pessoa do contratante (grifou-se)”.³⁰⁴ Percebe-se, então, que para a configuração da boa-fé objetiva pouco importa o elemento volitivo ou subjetivo das partes.

Novamente de acordo com Bruno Lewicki³⁰⁵, Alípio Silveira propõe o conceito de *boa-fé objetiva* ou *boa-fé lealdade* como aquele que configura justamente o reverso, o contraponto da noção de boa-fé subjetiva ou boa-fé crença, pois a vertente objetiva traça justamente diretrizes de conduta que seriam inescusáveis ao *homo médio*, independentemente de seu estado de conhecimento ou ignorância.

Para sedimentar essas idéias, vale citar um critério de distinção entre as duas acepções da boa-fé sugerido por Teresa Negreiros: a antítese boa-fé/má-fé. Ressalta a autora que à boa-fé subjetiva se contrapõe a má-fé. Porém, tal contraposição não se verifica em relação à boa-fé objetiva: a não verificação de boa-fé objetiva não necessariamente implica numa conduta intencionalmente lesiva à outra parte.³⁰⁶ Ou seja, como bem sintetizado por Judith Martins-Costa, “antitética à

³⁰¹ LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 57.

³⁰² REALE, Miguel. *Boa-fé no Código Civil*. 2003. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2543>. Acesso em: 25 abr. 2008.

³⁰³ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32.

³⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 227.

³⁰⁵ LEWICKI, *op. cit.*, p. 57.

³⁰⁶ NEGREIROS, *O princípio da boa-fé...*, p. 227.

boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem”.³⁰⁷

3.2 O princípio da boa-fé no direito brasileiro

a) Códigos Comercial (o pioneiro), Civil de 1916 (o tímido) e de Defesa do Consumidor (o inovador)

O Código Comercial de 1850, revogado parcialmente pelo Código Civil de 2002, foi o primeiro diploma legal a fazer uma previsão expressa da boa-fé. No art. 131, I, do referido código, o legislador estabeleceu certas bases de interpretação dos contratos firmados sob sua égide, dentre elas a boa-fé. Eis a referida norma *in verbis*:

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

Esse pioneirismo deve-se ao fato de que, cedo, os homens do comércio perceberam que a conduta ética e leal era essencial para a criação e o desenvolvimento das empresas. Segundo Tavares Borba, “o gosto pela aventura e a vocação para o lucro não inibiram, antes acentuaram, a convicção do mercador, de que somente a palavra empenhada e a lisura no relacionamento propiciavam a formação de um ambiente favorável a proliferação dos negócios”.³⁰⁸

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

³⁰⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Temas de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 251.

O Código Civil de 1916 fazia uso da acepção subjetiva da boa-fé, como definida anteriormente, i. e., no sentido de um estado de crença (ou anímico) do sujeito. Como exemplo, tem-se o art. 490, que trata do possuidor de boa-fé, definindo-o como aquele que tendo a posse de um bem, “ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído”. Além desse exemplo, tem-se, entre outros, o art. 551 que dispõe sobre a usucapião de bem imóvel, estabelecendo a boa-fé subjetiva como requisito para aquisição do domínio do imóvel.

Da leitura do código, percebe-se que o legislador do diploma civil de 1916 foi acometido de certa timidez e não consagrou, expressamente, o princípio da boa-fé objetiva, assim como também não determinou qualquer outra limitação à liberdade de contratar.

Assim, no anterior Código Civil, o instituto da boa-fé era previsto apenas em sua vertente subjetiva. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber lembram que apesar de, até então, não haver previsão legislativa no CC, a concepção objetiva de boa-fé já era defendida no âmbito doutrinário pelo civilista Clóvis V. do Couto e Silva:

(...) a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.³⁰⁹

Foi o diploma consumerista que estabeleceu, de forma inovadora, a positivação do princípio da boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo. Mais precisamente, em seu art. 4º, *in verbis*:

Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo *tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a 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*

³⁰⁹ TEPEDINO e SCHREIBER, *op. cit.*, p. 32.

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* (grifou-se).

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) também utiliza o critério de boa-fé objetiva para declarar nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações incompatíveis com a boa-fé. *In verbis*:

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 equidade* (grifou-se).

Com tal normatização, o CDC conseguiu tornar presente a cláusula-geral de boa-fé em todas as relações jurídicas de consumo, mesmo que ela não esteja prevista expressamente no contrato.

Após essa inovação realizada pela legislação consumerista, apenas em 2003 – com a entrada em vigor do novo Código Civil – é que a concepção objetiva da boa-fé “passa a usufruir do *status* de um princípio fundante do regime *geral* de todos os contratos, indistintamente, paritários ou não”.³¹⁰

Importante mencionar que o princípio da boa-fé possui fundamentação constitucional implícita, tanto na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, quanto no artigo 3º, I, que prescreve a construção de uma sociedade justa e solidária como objetivo da República.³¹¹

A propósito, vale lembrar que, já há algum tempo, se vem consolidando no país um “processo de constitucionalização do direito contratual”, que pode ser resumido, nas palavras da professora Maria Celina Bodin de Moraes, em torno da substituição de seu centro valorativo: “em lugar da liberdade contratual, a solidariedade social”.³¹²

³¹⁰ NEGREIROS, “O princípio da boa fé...”, p. 222-223.

³¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio. *In*: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, s/p.

³¹² *Loc. cit.*

Sob essa ótica, o direito contratual assume um caráter tutelar voltado para a pessoa humana e, mais especificamente, à parte contratante mais fraca ou em posição de maior vulnerabilidade.³¹³

Nessa linha de evolução, o Código de Defesa do Consumidor é encarado como o “grande divisor de águas” da teoria contratual clássica para a teoria contratual contemporânea, passando ao posto de diploma legal “mais representativo deste novo caráter tutelar assumido pelo direito contratual constitucionalizado”.^{314, 315}

b) Positivização do princípio da boa-fé no Código Civil de 2002

Ao contrário do CDC, o Código Civil de 2002 não restringe a aplicação do princípio da boa-fé objetiva à seara das relações contratuais de consumo. O novo diploma ampliou seu escopo de aplicação, passando a prever sua incidência em todas as relações contratuais comuns, independentemente da verificação de uma relação de consumo ou da vulnerabilidade de uma das partes.

A consagração do princípio da boa-fé no Código Civil se deu por intermédio do art. 422. Este prevê que as relações contratuais se devem pautar pela lealdade e pela confiança – critérios objetivos de conduta – e não devem se reger apenas pelos princípios norteadores do paradigma do estado liberal, quais sejam: autonomia e liberdade. Pode-se verificar isso da leitura do próprio dispositivo: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (grifou-se)*”.

O princípio em tela também é previsto pelo art. 187, que utiliza o conceito de boa-fé, entre outros, como parâmetro para a aferição do abuso do direito.³¹⁶ Pode-se

³¹³ *Loc. cit.*

³¹⁴ *Loc. cit.*

³¹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, set./dez., 1992, p. 79. Segundo o autor, o Código de Defesa do Consumidor impôs uma “mudança de mentalidade” sentida na teoria contratual contemporânea.

³¹⁶ O art. 187 do Código Civil dispõe que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

até dizer, seguindo o já citado entendimento de Menezes Cordeiro, que esse artigo consagra a boa-fé objetiva como o mais relevante critério para a aferição do abuso, no que diz respeito às relações contratuais.

Ademais, o art. 113 – que se encontra inserido no capítulo I, que trata das disposições gerais do negócio jurídico – consagra a boa-fé como critério interpretativo dos negócios jurídicos. Com efeito, o *caput* desse artigo preceitua: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Como se pode verificar, o princípio da boa-fé objetiva foi, definitivamente, consagrado e inserido no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, atualmente, não mais se pode admitir a fuga de sua observação, tanto por parte dos integrantes de relações contratuais, quanto por parte dos juízes que são os responsáveis pela verdadeira consagração desse princípio, tão caro a expressiva parcela dos doutrinadores brasileiros.³¹⁷

3.3 Análise das funções do princípio da boa-fé

No que se refere às funções da boa-fé, a doutrina brasileira adota amplamente uma classificação que é originária da doutrina alemã, mais especificamente de Franz Wieacker.³¹⁸ Essa classificação tem, além de seu valor doutrinário, um valor prático, que é tentar definir ou limitar a aplicação da boa-fé, para que essa não seja utilizada como uma panacéia. A partir dessa classificação, tem-se o entendimento de que a boa-fé possui uma tríplice função, composta da seguinte maneira: (i) função de cânone hermenêutico e integrativo do contrato; (ii) função limitativa do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas; e (iii) função

³¹⁷ É válida a constatação de Teresa Negreiros com relação a não observação da boa-fé, tanto na esfera dos negócios particulares, como na esfera pública. Ressalva, ainda, que “Fato é que ao direito, como regra, é irrelevante o que as pessoas sentem”. Assinala, ainda, que tem muito mais relevância o aspecto objetivo e exterior da conduta humana, bem como seus reflexos sociais. Em vista disso, conclui a autora, se torna imperioso fazer com que desonestos e desleais ajam como se não o fossem, mesmo que tal objetivo somente seja alcançado por um aparato coercitivo capaz de ameaçá-los por intermédio de uma possível sanção. Cf. NEGREIROS, O princípio da boa fé..., p. 222.

³¹⁸ O autor alemão é citado em: TEPEDINO e SCHREIBER, *op. cit.*, p. 35.

criadora de deveres anexos ou instrumentais da prestação principal³¹⁹ – deveres esses que receberão especial atenção na subseção 3.3.1.

Cabe, desde logo, ressaltar que a *função hermêutico-integrativa* foi, como já se disse anteriormente, prevista no Código Civil de 2002, em seu art. 113. De acordo com essa função, espera-se que a interpretação das cláusulas contratuais seja feita sempre de modo a assegurar uma leal e honesta relação contratual. Fica proibida, portanto, qualquer interpretação tendente a prejudicar uma das partes em benefício exclusivo da outra. Funcionaria a boa-fé, também, como um instrumento hábil ao preenchimento de lacunas, visto que as relações contratuais compõem-se de eventos fático-jurídicos, que nem sempre podem ser plenamente previstos pelas partes contratantes.³²⁰

Vale ressaltar, nesse ponto, a importante observação feita, por Judith Martins-Costa (a partir de um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), de que em casos de dúvida – quanto ao entendimento ou interpretação de cláusula estipulada exclusivamente por uma das partes –, “a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu”. Fundamenta-se esse entendimento na regra *in dubio contra stipulatorem* que, segundo o magistrado gaúcho, ganha especial importância nos dias de hoje devida à ampla e difundida utilização de contratos padronizados e de adesão.³²¹

Cabe, ainda, dizer que essa função, de certa forma, confere aos magistrados um certo espaço para decidirem o conflito de acordo com as circunstâncias do caso concreto, levando-se em conta os usos, costumes e os *standards* de comportamento exigíveis para aquela determinada relação jurídica.

A par da função hermenêutico-integrativa, tem-se a *função limitativa do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas*, dentre as quais, os direitos contratuais ganham destaque. Essa função, também, possui previsão legal no diploma civil vigente que, no art. 187, positiva como ilicitude, ou melhor, *abusividade* o

³¹⁹ Judith Martins-Costa afirma que o CDC em seu art. 4º acolheu, incontestavelmente, essa tríplice função. Diz ainda que foi além, pois – ao conjugar a conduta segundo a boa fé com o equilíbrio das posições do pólo fornecedor e do pólo consumidor –, agregou-lhe, ainda, a *função corretora do desequilíbrio contratual*. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 640.

³²⁰ Cf. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito...*, p. 428.

³²¹ MARTINS-COSTA, *Mercado e solidariedade social...*, p. 656.

desrespeito aos critérios da boa-fé, da finalidade econômica e social e dos bons costumes.

Enfatize-se que essa função tem como primordial objetivo rechaçar qualquer conduta, por parte de um integrante de uma relação contratual, que contrarie os critérios objetivos de agir com lealdade e correção. Lembrando aqui que, “a abusividade contratual é a marca mais flamante do desequilíbrio, da desatenção aos interesses alheios, da ausência de solidariedade social”.³²²

Por último, tem-se a *função criadora de deveres jurídicos anexos* à prestação principal que, como será demonstrado a seguir, podem pré-existir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção.³²³

Essa função, apesar de não estar prevista expressamente no Código Civil, pode ser perfeitamente depreendida do art. 422, que preceitua que os contratantes são obrigados a observar, tanto na conclusão, como na execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé.

Tais deveres, exatamente por serem anexos ou instrumentais, muitas vezes não vêm previstos no contrato, fato este que não impede em nada sejam eles devidamente observados pelas partes contratantes, pois resultam necessários para o alcance do fim contratual.³²⁴

Antes de passar à análise dos deveres anexos, é oportuno lembrar o ensinamento de Teresa Negreiros, segundo a qual as funções da boa-fé nunca são postas em prática de forma isolada; pelo contrário, elas se complementam e, por isso mesmo, muitas vezes não se consegue definir em que função a boa-fé está sendo invocada. O que, normalmente, se observa são casos limítrofes em que se conjugam duas ou mais funções da boa-fé objetiva.³²⁵

³²² *Ibidem*, p. 652.

³²³ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223.

³²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 442.

³²⁵ NEGREIROS, “O Princípio da boa-fé...”, p. 232.

3.3.1 Função criadora de deveres anexos – os deveres decorrentes da boa-fé objetiva

Como deveres anexos da boa-fé podem-se considerar aqueles que decorrem do vínculo obrigacional, porém não possuem por escopo direto a realização da prestação principal.³²⁶ Eles também são chamados de deveres instrumentais, justamente pela característica de servirem como meio ou instrumento para o alcance do fim contratual – o adimplemento da prestação.

Judith Martins-Costa, em sua obra *A boa fé no direito privado*, refere-se a sete principais deveres criados pela incidência da boa-fé objetiva. São eles: (i) deveres de cuidado, previdência e segurança; (ii) *deveres de aviso e esclarecimento*; (iii) dever de informação, de grande relevância nas relações contratuais de consumo; (iv) dever de prestar contas; (v) deveres de colaboração e cooperação, visando ao adimplemento da prestação principal; (vi) deveres de proteção e cuidado; e (vii) “deveres de omissão e de sigilo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares”.³²⁷

De forma mais simples, Jorge Cesa Ferreira da Silva os classifica em três grandes grupos, de acordo com suas principais funções.³²⁸ Seguindo essa linha, ter-se-iam: *deveres de proteção*, *deveres de cooperação*, e *deveres de informação e esclarecimento*.

Vale sublinhar que tais deveres se dirigem a ambos os participantes da relação contratual: credor e devedor. Como já se disse, não são orientados diretamente ao cumprimento da obrigação principal, mas referem-se à satisfação dos interesses globais envolvidos, ou seja, desempenham uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte.³²⁹

³²⁶ Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 119-120.

³²⁷ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 439.

³²⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 120.

³²⁹ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 439-440.

São mais facilmente compreendidos a partir da visualização da relação obrigacional sob o ângulo da totalidade e numa perspectiva processual.³³⁰ Essa perspectiva é muito bem ilustrada por Vera Maria Jacob de Fradera:

O ponto de partida para a compreensão do dever anexo ou secundário é analisar a relação jurídica vista como uma “totalidade” e o vínculo jurídico que une os participantes da relação entre si, como “ordem de cooperação”, de que resulta uma unidade. Assim visualizada a relação obrigacional, credor e devedor deixam de ser antagonistas para se volverem em colaboradores na consecução do adimplemento, fim que polariza as atividades de ambos os sujeitos da relação.³³¹

Importante se afigura, também, ressaltar o âmbito temporal de existência desses deveres. De acordo com a doutrina majoritária, entende-se que eles devem ser observados na fase pré-contratual, ou seja, durante as tratativas acerca dos deveres de prestação; durante a própria execução dos deveres principais, por óbvio, e após a extinção da obrigação principal, sendo caracterizada, nesse caso, como *culpa post pactum finitum*.

Aqui vale trazer o Enunciado nº 170, da III Jornada do Conselho da Justiça Federal, evento patrocinado pelo STJ e constituído por vários civilistas, que tem por escopo tentar unificar entendimentos do Direito Civil. *In verbis*: “Enunciado 170 – CJF – Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Esses deveres traduzem o que se chama de responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. Esse entendimento não é apenas doutrinário, pelo contrário, sua influência tem sido sentida nos tribunais do país, com destaque para o vanguardista Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como se pode comprovar da seguinte ementa dele emanada:

Responsabilidade pré-contratual ou culpa *in contrahendo*. Tendo havido tratativas sérias referentes à locação de imóvel, rompidas pela requerida sem justificativa e sem

³³⁰ *Ibidem*, p. 445.

³³¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, n. 656, p. 63, jun. 1990.

observância dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, cabe indenização.³³²

No entanto, cabe mencionar aqui ressalva de Antonio Junqueira de Azevedo no sentido de que só há possibilidade de se obter indenização nos casos de ruptura das tratativas ou negociações preliminares se, e somente se, restar-se comprovada a prática do ato ilícito, por meio de comportamento desleal ou abusivo. Para o autor fora das hipóteses de ato ilícito, a ruptura ou o arrependimento são absolutamente livres, haja vista que isso faz parte do mundo dos negócios. Portanto, segundo essa linha de entendimento, se a ruptura se der sem a presença do elemento culpa, entende-se que não há qualquer responsabilidade pelos possíveis danos causados à outra parte.³³³

Por fim, cite-se Judith Martins-Costa, quando alude ao caráter “proteifórmico e transformista” dos deveres anexos. Tais deveres não constituem elementos da relação contratual existentes *ab initio* e enquadrados num quadro fechado, com conteúdo fixo. Sua concretização se dá, sempre, de acordo com a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto, os quais, “à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia”. Sua medida de intensidade também é determinada conforme as circunstâncias do caso e a finalidade contratual.³³⁴ O professor lusitano Carlos Alberto da Motta Pinto esclarece:

Daí que contratos, originando créditos e débitos perfeitamente iguais, possam gerar relações contratuais diversas: basta pensar numa venda de um objeto por certo preço a um leigo na sua utilização e na venda do mesmo objeto pelo mesmo preço a um conhecedor, com o surgimento, no primeiro caso, de deveres de esclarecimento e informação, eventualmente conducentes a um dever de indenizar.³³⁵

Analisados os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, passa-se ao estudo dos efeitos da função limitativa de prerrogativas jurídicas individuais.

³³² TJRS. 10ª Câmara Cível. Apel. n. 598209179. Rel. Des. Helena Cunha Vieira. Citada e comentada em: MARTINS-COSTA, Mercado e solidariedade social..., p. 635.

³³³ Entendimento presente em: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, set/dez., 1992, p. 80.

³³⁴ MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito*, p. 449.

³³⁵ MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 261.

3.3.2 Função limitativa do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas: figuras parcelares do princípio da boa-fé objetiva

O campo de incidência dessa função limitativa de prerrogativas jurídicas é vastíssimo e enseja, dentre outras, as seguintes figuras parcelares do princípio da boa-fé objetiva: (i) a teoria dos atos próprios – que compreende duas formulações, quais sejam: a regra do *tu quoque* e a máxima que proíbe *venire contra factum proprium*; (ii) o afastamento do poder extintivo de resolução, nos casos em que se verifique o adimplemento substancial da obrigação; (iii) a vedação da exigibilidade, quando se verificar o inadimplemento antecipado da obrigação ou a quebra antecipada do contrato (*surrectio*); e (iv) a inexigibilidade de um direito se o titular permaneceu inerte por longo tempo, chegando a criar-se na contraparte uma legítima expectativa de que o mesmo não mais seria exercido (*supressio*).³³⁶

As acima mencionadas cinco figuras parcelares do princípio da boa-fé são sumariadas a seguir.

a) Proibição da duplicidade da conduta contratual – *tu quoque*

Na hipótese designada pela expressão latina *tu quoque*, “a idéia básica é de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes (...)”.³³⁷

³³⁶ Cf MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 636-637.

³³⁷ Teresa Negreiros faz um exposição muito clara a respeito do *tu quoque* em: O princípio da boa-fé..., p. 235 et seq.

Como foi dito acima, *tu quoque* e *venire* são desdobramentos da teoria dos atos próprios.³³⁸ Razão essa que pode explicar o fato de esses dois princípios serem tão semelhantes, a começar pela idéia de contradição de condutas. Com base nas semelhanças, Menezes Cordeiro chega a suscitar a possibilidade de se classificar o *tu quoque* como uma subespécie ou subtipo de *venire contra factum proprium*.³³⁹

De acordo com o *tu quoque*, a boa-fé objetiva cumpre o papel de guardiã do sinalagma contratual, ou seja, impede que a parte que desrespeitou norma legal ou contratual exija da contraparte o fiel cumprimento do programa contratual.³⁴⁰ Em outras palavras, impossibilita a “utilização de dois pesos e duas medidas”, na relação contratual.³⁴¹

Pode-se, facilmente, constatar sua utilização prática no art. 476 do Código Civil, que preceitua a regra da exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* –, nos seguintes termos: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

b) Quebra antecipada do contrato ou inadimplemento antecipado da obrigação – *surrectio*

A boa-fé objetiva permite seja invocada a exceção relativamente a um inadimplemento que, embora não tenha ainda ocorrido, pode-se prever que, efetivamente, se verificará no futuro, podendo hoje ser considerado um fato certo, incontornável. Vale dizer, a exceção pode ser estendida para o caso de inadimplemento antecipado, isto é, para a chamada quebra antecipada do contrato (*surrectio*).

³³⁸ Cf. MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito...*, p. 461.

³³⁹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v. 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 843.

³⁴⁰ NEGREIROS, O princípio da boa fé..., p. 235.

³⁴¹ Conforme AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Apud* NEGREIROS, O princípio da boa-fé..., p. 239.

Fique claro, no entanto, que tal extensão só se pode dar diante de circunstâncias concretas que assegurem que, fatalmente, a prestação está fadada a não ser cumprida. Como bem ilustra Teresa Negreiros, por intermédio de decisão do Superior Tribunal de Justiça:

A boa-fé objetiva permite estender o princípio *do tu quoque* a ponto de se reconhecer, como já o fez o Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de invocar a exceção com base em um inadimplemento que, formalmente, só no futuro estaria configurado, contanto se trate de uma situação que no presente se sabe de antemão inevitável. É a chamada quebra antecipada do contrato (*anticipatory breach of contract*), de que trata esta importante decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Promessa de Compra e Venda. Resolução. Quebra antecipada do contrato. Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou. Recurso não conhecido (STJ, REsp. 309.626, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v. u., julg. 7.06.2001).³⁴²

Como se pode depreender do exposto acima, para Negreiros “há identidade de *ratio* entre a exceção do contrato não cumprido e o inadimplemento antecipado sempre que, diante das circunstâncias do caso concreto, a prestação futura estiver inequivocamente condenada a ser frustrada”.³⁴³

No entanto, a exceção do contrato não cumprido ou a do inadimplemento antecipado não podem ser objeto de uma utilização abusiva pois, dessa forma, iriam representar uma ameaça ao próprio princípio da boa-fé objetiva e, em tais circunstâncias, deixariam de ser antídoto e passariam a representar o próprio veneno.

c) Teoria do adimplemento substancial

Também decorre da função de limitar o exercício de prerrogativas individuais a chamada teoria do adimplemento substancial – representando uma ideia de

³⁴² NEGREIROS, O princípio da boa-fé..., p. 236.

³⁴³ *Loc. cit.*

contrapeso frente à desenvolvida na seção anterior. Segundo essa teoria, mesmo que a norma contratual ou legal preveja a rescisão do contrato, o fato de este ter sido substancialmente adimplido veda ao credor o exercício do direito de rescisão.³⁴⁴ Vale dizer que, de acordo com Anelise Becker, tem-se por substancialmente adimplido o contrato cuja fase de execução testemunhou um *quantum* de adimplemento bastante elevado, ou quase total, em comparação com o grau de descumprimento havido.³⁴⁵ Becker aduz ainda que:

O princípio da boa-fé objetiva aí atua de forma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (boa-fé eximente ou absolutória), como *causa de limitação ao exercício de um poder jurídico*, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de obrigação não cumprida. (grifou-se).³⁴⁶

Neste sentido, tem-se exemplar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que dispõe *in verbis*:

Ação de busca e apreensão. Alienação Fiduciária. Função de controle da boa-fé objetiva. *Adimplemento substancial*. Tendo o devedor cumprido substancialmente sua obrigação, imperiosa se revela a manutenção do contrato entabulado. Atentatório ao princípio da boa-fé objetiva almejar-se a reintegração de posse do bem alienado fiduciariamente quando o devedor *adimpliu a quase totalidade do débito (vinte e uma de vinte e quatro prestações)*, faltando apenas três parcelas a serem solvidas. Limitação do direito formativo extintivo do credor de resolução do contrato de financiamento pela incidência do *princípio da boa-fé objetiva em sua função de controle*. *Exercício abusivo do direito subjetivo* de resolução, máxime quando o veículo é utilizado como instrumento de trabalho para o agravante (transporte escolar). Agravo provido (destacou-se).³⁴⁷

Além de reconhecida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, essa teoria também é observada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode comprovar pela seguinte ementa:

Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão,

³⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 237.

³⁴⁵ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 9, nov. 1993, p. 60.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 70.

³⁴⁷ Decisão encontrada em MARTINS-COSTA, Mercado e solidariedade social..., p. 636.

em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. (...).³⁴⁸

d) Inexigibilidade de um direito pelo seu não exercício – *supressio*

Já no que concerne à *supressio*, trata-se de uma conjugação entre boa-fé e tempo que permite paralisar o exercício de um direito com o objetivo de retificar os prazos prescricionais formais, seja ampliando-os ou reduzindo-os. Em determinadas circunstâncias, o não exercício de um direito, que leva a parte a confiar que este não mais seria exercido, pode ocasionar uma *prescrição de fato*, mesmo durante a vigência de prazo prescricional pertinente. Vale ressaltar que essa hipótese só poderá ser suscitada em casos nos quais a tutela da boa-fé e da confiança seja mais relevante do que a segurança jurídica dos prazos prescricionais legais.

Como exemplo, tem-se excelente análise dessa figura no acórdão do TJRS na Ap. Civ. 70001376607, 2ª C. Civ., Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Sousa, julgado em 13.09.2000.³⁴⁹ De acordo com esse julgado, a *supressio* constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que *paralisa a pretensão* em razão do princípio da boa-fé objetiva. Em outras palavras, veda a exigibilidade de um direito quando se configura “(i) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido; e (ii) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor”.

O referido acórdão trata de um contrato de mútuo firmado entre um usuário e a concessionária de serviço público de energia elétrica. Segundo consta da ementa, o exercício do direito de exigir a restituição atualizada de quantia emprestada, após transcorrido mais de quinze anos, não caracterizaria conduta contrária à boa-fé, pois tal restituição não geraria desvantagem desproporcional ao devedor face ao benefício do credor. Como se verifica no julgado, o contrato de mútuo permitiu a

³⁴⁸ STJ. 4ª Turma. REsp. n. 272.739. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; v.u. Julg. em 01.03.2001 citado originalmente por NEGREIROS, O princípio da boa-fé..., p. 237-238.

³⁴⁹ Para uma análise integral do acórdão, ver MARTINS-COSTA, Mercado e solidariedade social..., p. 636-637.

expansão da rede de energia elétrica do concessionário, como também a auferição de receita por meio do recolhimento de tarifa.

No caso em tela, resta configurada apenas um dos requisitos essenciais para que se caracterize a *supressio* – o que diz respeito ao transcorrer de longo período de tempo, sem o exercício do direito dando indícios de que este não mais seria exercido. Ausente, portanto, estava aquela condição que diz respeito à verificação de um desproporcional desequilíbrio entre o benefício do credor frente ao prejuízo do devedor.

Não obstante, e apesar mesmo de o contrato de mútuo ter previsto que a quantia seria restituída sem correção monetária, entendeu o Tribunal que não há que se falar em paralisação do direito subjetivo, concluindo que o usuário teria o direito de receber o montante devidamente atualizado.

e) *Venire contra factum proprium*

Por fim, analisa-se a proibição de *venire contra factum proprium*, outra especificação da teoria dos atos próprios.³⁵⁰ Essa se caracteriza pela vedação da mudança repentina da maneira de agir que tem por consequência a quebra da confiança legítima gerada na contraparte. De acordo com Teresa Negreiros, proíbe-se o comportamento contraditório que importe quebra da confiança, revertendo dessa forma legítimas expectativas criadas na outra parte contratante.³⁵¹

Todavia, não serão todos os comportamentos contraditórios que serão objeto de vedação. Pois segundo Judith Martins-Costa, do contrário estar-se-ia diante de mais do que uma abstração e, sim, de um castigo, no qual enrijecer-se-ia todas as potencialidades do inesperado e do imprevisto na vida humana.³⁵²

³⁵⁰ O primeiro desdobramento da teoria dos atos próprios é analisado neste capítulo, na subseção 3.3.2, item a: Proibição da duplicidade da conduta contratual – *tu quoque*.

³⁵¹ NEGREIROS, O Princípio da boa-fé..., p. 238.

³⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 470

Portanto, para que se possa valer dessa teoria, deve estar presente não só o comportamento contraditório injustificável que mine a relação de confiança recíproca necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial, como também efetivos prejuízos causados à outra parte cuja confiança tenha sido traída.³⁵³

A propósito, é exemplar a lição de Anderson Schreiber na qual ele identifica os pressupostos que condicionam a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, com o intuito de se evitar uma desmensurada utilização dessa regra. São eles:

(i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da legítima confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.³⁵⁴

Antonio Junqueira de Azevedo informa que o princípio do *venire* possui manifestações explícitas no Código Civil, como por exemplo, o art. 174, que estabelece: “É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava”.³⁵⁵

Verifica-se também repercussões desse princípio nos mais diversos tribunais brasileiros. Como exemplo, examina-se um acórdão proferido, em 25 de abril de 2007, pelo Desembargador-relator Nagib Slaibi da 6ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que utiliza o princípio do *venire contra factum proprium* como fundamento decisório.³⁵⁶

No caso em questão, um laboratório pactuou com uma empresa a cessão de direitos de máquina fotocopadora com capacidade de até cinco mil cópias e mais manutenção mensal de R\$ 664,74 após as primeiras cinco mil cópias. Contudo, a máquina cedida tinha capacidade para até trinta mil cópias, o que obviamente fez com que o valor da manutenção se elevasse para R\$ 6.581,82. Em vista disso, o laboratório pretendia a nulidade da cláusula de manutenção da máquina.

³⁵³ NEGREIROS, O princípio da boa-fé..., p. 240.

³⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 132.

³⁵⁵ Apud NEGREIROS, O princípio..., p. 239.

³⁵⁶ TJRJ. 6ª Câmara Cível. Apel. n. 2007.001.06665. Rel. Des. Nagib Slaibi. Julg. em 25.04.07.

No entanto, o Desembargador afirma que, se a máquina entregue pela empresa era diferente da contratada, cabia própria e exclusivamente ao laboratório contatar a empresa comunicando o fato ocorrido. Porém, não há nos autos qualquer prova dessa comunicação. Daí conclui-se que o laboratório anuiu com a cessão feita pela empresa, beneficiando-se do aparelho mais potente. Aduz ainda o relator que, o que não é possível é o acolhimento de demanda com pretensão de não pagamento do custo da utilização e manutenção da máquina, tendo o laboratório dela se beneficiado.

Também é ressaltado, por Nagib Slaibi, que os artigos 113 e 422 do Código Civil de 2002 constituem a base positiva da boa-fé. Segundo tais disposições legais, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração – art. 113 –, e os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé – art. 422.

Com grande propriedade, Slaibi trata exatamente da questão objeto dessa seção, ao dizer que o princípio do *venire contra factum proprium* – fundamentado na teoria dos atos próprios – visa *impedir* que um contratante exerça um direito em contradição com uma sua conduta anterior.

Além do mais, o citado Desembargador também se vale do magistério de Anderson Schreiber para fundamentar o *decisium*. Cita que esse autor aponta alguns *artigos* do novo Código Civil que estabelecem a *repressão ao comportamento incoerente*, dentre eles o *art. 175*. Transcreve-se, na íntegra, tal citação:

O artigo 175 do Código Civil impede que o devedor impugne o negócio anulável que confirmou expressamente ou ao qual deu voluntária execução mesmo consciente do vício que o maculava:

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

A norma evita, como se vê, que a parte que desconsiderou a causa de anulabilidade do negócio jurídico, confirmando-o ou dando-lhe execução voluntária, se valha, posteriormente, desta causa para tentar anular o negócio, em seu próprio benefício. Veda, em uma expressão, a pretensão anulatória em contradição ao comportamento anterior. (*A proibição de comportamento contraditório – Tutela de confiança e venire contra factum proprium*. Ed. Renovar, 2005, p. 69).

3.4 O princípio da boa-fé objetiva e sua aptidão para regular o comércio eletrônico

De acordo com o exposto nas seções iniciais deste capítulo, o comércio e a contratação eletrônicos ainda constituem um desafio para o Direito, tanto no plano teórico quanto na esfera prática.

A maioria dos doutrinadores e as cortes judiciais vêm defendendo a aplicação das regras gerais dos contratos para solucionar suas peculiares falhas, problemas e abusos. Todavia, o emprego dos conceitos e normas disponíveis, por meio de analogia, não consegue abranger toda a complexidade própria dessa nova realidade da era digital, pois os desafios e a problemática dela surgidos compreendem um grande feixe de questões que ultrapassam as previsões constantes da atual normativa civil, comercial e consumerista.

Sendo assim, secunda-se a opinião doutrinária de Ricardo Lorenzetti de que a contratação e o comércio eletrônicos constituem “uma nova hipótese de fato que obriga à remodelação dos conceitos e normas existentes”.³⁵⁷

O consumidor, ao contratar pela Internet, conhece uma nova e maior vulnerabilidade, que já foi, nos capítulos anteriores, ilustrada mediante a exposição das disparidades, assimetrias e desequilíbrios existentes no mercado eletrônico de consumo.³⁵⁸

A especial vulnerabilidade do consumidor diante do meio virtual é capaz de ensejar, conforme visto no capítulo anterior, novas e peculiares formas de abusos, condutas contratuais desleais, práticas comerciais enganosas e abusivas. Entende-se que, na relação contratual de consumo via Internet, há tantas disparidades, e tão poucas formas de controle e garantias, que a parte consumidora se torna alvo fácil da ambição desmedida e, às vezes, da atuação inescrupulosa das empresas fornecedoras de serviços e produtos.

³⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Tradução Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.

³⁵⁸ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 1, n. 1, mar. 2003, p. 87.

Diante desse quadro fático, vem-se estabelecendo limitações à liberdade contratual, como já explicou Maria Celina Bodin de Moraes:

[o] princípio, tantas vezes repetido, segundo o qual “o que não é proibido, é permitido” há muito não corresponde aos valores que presidem as relações jurídicas de matriz privada. A liberdade dos privados mudou: encontra-se hoje circunscrita por todos os lados (...). Além disso, *limitam a vontade privada* institutos tais como o já aludido *abuso do direito*, a fraude à lei, os *princípios da boa-fé*, da *probidade bem como o da função social dos contratos*, dentre outros (grifou-se).³⁵⁹

Dentre os princípios da renovada teoria contratual, o princípio da boa-fé objetiva parece ser o merecedor de maior atenção quando se trata da proteção ao consumidor e do combate a práticas comerciais enganosas e desleais e condutas contratuais abusivas no meio virtual.

A estreita relação entre o princípio da boa-fé objetiva e o instituto do abuso do direito já foi destacada, há alguns anos, por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Para o autor português, a boa-fé possui vocação específica para intervir em relações obrigacionais e contratuais. Menezes Cordeiro chega a erigir a boa-fé como o mais importante critério para aferição do abuso do direito.^{360, 361}

Ademais, dada a aplicação maleável da boa-fé objetiva, quanto maiores as disparidades e a vulnerabilidade entre os sujeitos contratuais, tanto maior deve ser a observância e incidência desse princípio, que funciona como “instrumento de controle da vontade do contratante mais forte e conseqüente proteção do lado mais fraco da relação jurídica contratual”.³⁶² Corrobora esse entendimento Lorenzetti, afirmando que, no comércio eletrônico, “quanto menor for a objetividade da situação e menos generalizado o conhecimento sobre determinada prática, aumentam os deveres de informação”, que constituem um dos principais deveres anexos ou laterais derivados do princípio da boa-fé objetiva.³⁶³

³⁵⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 21, jan./mar. 2005, p. 101.

³⁶⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v. 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 901.

³⁶¹ Especificamente quanto a esta questão veja: MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 7, n. 7, jan./jun., 2010. Disponível em: <revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/>.

³⁶² LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos...*, p. 94-95.

³⁶³ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 284.

Judith Martins-Costa esclarece que os deveres impostos pela boa-fé e a medida da sua intensidade são variáveis conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto.³⁶⁴ Desse modo, é possível exigir uma maior observância desse princípio, nas relações contratuais eletrônicas de consumo, do que usualmente se exige nas relações de consumo realizadas sem a intermediação da Internet. Como breve exemplo – que será melhor desenvolvido adiante –, cite-se o dever de informação, um dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva. Sabe-se que a observância desse dever já é considerada imperativa nas relações contratuais paritárias e, com maior ênfase, nas relações de consumo. Entretanto, acredita-se que “na economia da informação e no mundo virtual ele se acentua (...), adquirindo características específicas”.³⁶⁵ Ressalte-se, ainda, que “a imposição deste dever é uma constante no direito comparado”.³⁶⁶

Defende-se, juntamente com Cláudia Lima Marques que, nas relações contratuais de consumo realizadas via Internet – em razão da especial vulnerabilidade de uma das partes –, despontam “deveres específicos de uma boa-fé atualizados às práticas (e perigos) do meio eletrônico ou virtual”. A título ilustrativo mencionam-se: deveres de perenização da oferta e do contrato e deveres de cooperação na comunicação, na execução e no pagamento à distância, acrescidos a cuidados especiais quanto aos perigos do meio virtual.³⁶⁷

Assim, sustenta-se a relevância do princípio da boa-fé objetiva nesse tipo peculiar de relação contratual. Para Sheila Leal, ele desponta como “princípio vital” da contratação eletrônica. Afirma, ainda, a autora que a ausência de regulamentação legal específica,³⁶⁸ sobre o comércio eletrônico, é mais um fator que robustece a essencialidade desse princípio, dada sua vocação para a “correção de abusos e injustiças”.³⁶⁹

³⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 449. Ricardo Lorenzetti, ao prever que os comerciantes têm um dever geral de agir de boa-fé que se aplica ao uso da tecnologia, também defende que esse princípio “como sinônimo de lealdade revela-se em deveres concretos, como, por exemplo, na vedação da utilização de atributos especiais da tecnologia para ocultar a identidade ou aspectos essenciais da prestação oferecida”.

Cf. LORENZETTI, *op. cit.*, p. 402.

³⁶⁵ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 398.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 397.

³⁶⁷ MARQUES, *Confiança no comércio...*, p. 263-264.

³⁶⁸ Ressalte-se que o projeto de lei nº 1.589 de 1999, de autoria do Deputado Luciano Pizzatto – que foi apensado ao projeto de lei nº 4.906-A de 2001 – faz referência expressa à “boa-fé das relações comerciais”, em seu art. 2º.

³⁶⁹ LEAL, *op. cit.*, p. 97.

Destaque-se que a boa-fé objetiva funciona tanto como critério para identificação do abuso do direito – conforme a cláusula geral do art. 187, CC –, quanto, também, como parâmetro para aferição de cláusulas abusivas, de acordo com o art. 51, IV, CDC.

Ainda no diploma consumerista, sua influência é sentida, segundo Cláudia Lima Marques, no art. 6º, IV – que “proíbe o abuso do direito e impõe transparência e boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos” – e, também no art. 4º, que dispõe sobre o princípio da transparência, compreendido este último como reflexo da boa-fé.³⁷⁰

Finalmente, saliente-se que há “um consenso no cenário internacional sobre a existência de um dever de boa-fé que deve ser observado pelas partes”³⁷¹ em todas as fases contratuais: desde as tratativas, durante a execução propriamente dita e no período pós-contratual.

Logo, ganha relevância o exame dos reflexos desse dever no âmbito da Internet, “já que a utilização de tecnologia por parte de quem a domina possibilita uma importante vantagem comparativa na negociação”, haja vista que nas relações eletrônicas de consumo desponta um desequilíbrio relacionado diretamente com o emprego de tecnologias e elementos virtuais.³⁷²

Dado o exposto, resta evidenciado que há, de fato, uma nova e especial vulnerabilidade experimentada pelos consumidores nessa contemporânea maneira de contratar. Vulnerabilidade que muitas das vezes não é levada em conta por fornecedores, que a aproveitam para auferir lucro enganando e abusando de consumidores leigos, mediante práticas comerciais desleais e condutas contratuais abusivas. Sendo assim, o princípio da boa-fé objetiva – dada sua versatilidade e sua ampla vocação para limitar condutas contratuais abusivas e desleais – exsurge como vetor fundamental a pautar esse tipo de contratação.

³⁷⁰ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R., *Manual de Direito do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 59.

³⁷¹ LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 402.

³⁷² *Loc. cit.*

3.5 O dever de informar na contratação eletrônica de consumo

Inicialmente, cumpre esclarecer que “o ordenamento jurídico pátrio eleva o direito à informação do consumidor ao *status* de direito fundamental”. Alcança-se esta conclusão a partir da conjugação de duas normas constitucionais: o artigo 5º, XIV, que prevê a tutela do acesso à informação de modo genérico e o artigo 5º, XXXII, que preceitua a defesa do consumidor como dever do Estado.³⁷³

Paralelamente ao direito do consumidor à informação, tem-se o dever do fornecedor de informar, oriundo do princípio da boa-fé, que é cada vez mais valorizado na contemporânea sociedade de riscos e da informação, em que a disparidade informacional intensifica ao máximo a vulnerabilidade do consumidor. Atualmente, o princípio da boa-fé é essencial para a concretização da dignidade do consumidor e para a transparência e harmonia das relações de consumo. Por intermédio dele, busca-se “preservar a liberdade de escolha, a igualdade e a vontade livre e racional do leigo-consumidor”.³⁷⁴

A divulgação apropriada de informação serve como instrumento de “reequilíbrio da relação de consumo, de compensação da vulnerabilidade informacional do consumidor, de seu ‘déficit informacional’ clássico”.³⁷⁵ Segundo Barbosa,

o dever de informar consiste num meio de proteção do consentimento, das expectativas geradas, da confiança empreendida, que *ganha ainda maior destaque nas contratações a distância, ‘globalizadas e desmaterializadas’*, tendo em vista a falta do contato pessoal, da comunicação ‘olho no olho’ (grifou-se).³⁷⁶

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, a base legal maior deste dever de informar encontra-se no artigo 6º, III, que confere à informação destacada importância na política de proteção do consumidor.³⁷⁷ Dessa forma, a informação é

³⁷³ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 85.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 10.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 18.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 94.

³⁷⁷ MARQUES, *Confiança...*, p. 774.

considerada requisito essencial para o devido desenvolvimento das relações consumeristas.

Na contratação eletrônica de consumo em que a assimetria informacional entre consumidor e fornecedor é exacerbada, o descumprimento do direito/dever de informar adequadamente significa uma séria falha de mercado. Lena Olsen justifica a importância da informação nas transações eletrônicas de consumo, com base em quatro argumentos. Primeiro, a autora alega que o anonimato característico da Internet torna essenciais as informações referentes ao fornecedor.

Em segundo lugar, discorre sobre as informações sobre o produto ou serviço em questão, destacando que os bens digitais – aqueles que são entregues *online* – merecem atenção especial, pois em muitos casos há necessidade de que haja compatibilidade entre o produto desejado e os programas, *softwares* e o próprio computador do consumidor.

Em terceiro lugar, a autora destaca a importância de informações precisas sobre todos os custos envolvidos na transação, bem como sobre o prazo de entrega do objeto contratual.

Por último, Olsen enfatiza a importância da maneira de apresentação de informações sobre as cláusulas contratuais e sobre as normas legais aplicáveis à transação, pois o desconhecimento do consumidor traduz-se em perda de direitos. Ressalta, ainda, que disposições sobre direito de arrependimento e prazo de reflexão – assim como a respeito de limitações de garantias e sobre o transporte utilizado para a entrega de bens materiais – devem ser devidamente delineadas pelo fornecedor.³⁷⁸

Constata-se que, no comércio eletrônico, os fornecedores – para efetivamente cumprirem o dever de informar – devem cuidar tanto do conteúdo das informações prestadas na oferta e nos termos contratuais, quanto da forma na qual tais informações são apresentadas ao consumidor.

Assim, adotando-se a *perspectiva do conteúdo*, acredita-se que as informações prestadas *online* devam fazer referência, necessariamente, aos seguintes aspectos: identidade do fornecedor; descrição detalhada das

³⁷⁸ OLSEN, Lena. *The information duty in connection with information society – the case of electronic contracting*. In: WILHELMSONS, Thomas; TUOMINEM, Salla and TUOMOLA, Heli (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer law international, 2001. p. 147-148.

características e atributos do produto ou serviço; termos e condições contratuais especialmente sobre preço, despesas de envio, obrigações aduaneiras e prazo; taxas e limitações geográficas de entrega; método e custos adicionais sobre a utilização de diferentes opções de pagamento; procedimentos de cancelamento e envio de reclamações para que o consumidor tenha conhecimento, previamente à conclusão do contrato, sobre a possibilidade de cancelar a transação, bem como de comunicar suas queixas; tratamento de dados pessoais – o consumidor deve ser cientificado se informações pessoais estão sendo coletadas e para qual finalidade.

Ademais, especial atenção deve ser conferida para que o consumidor tenha livre e fácil acesso às políticas sobre o uso de dados pessoais; e, acerca, do sistema de segurança de pagamento para que, dessa forma, possa saber se seus dados estão recebendo a devida proteção.³⁷⁹

Do *ponto de vista da forma*, a divulgação de informações no meio virtual deve ser feita mediante o uso de adequado modo de apresentação e disposição das mesmas no meio virtual. Explique-se: na rede mundial de computadores, a comunicação pode-se dar mediante várias formas, isto é, *hyperlinks*,³⁸⁰ *frames*,³⁸¹ *janelas pop-up*,³⁸² e *banners*³⁸³.

Assim, quando a oferta, a apresentação ou os termos contratuais não são expostos seguindo os ditames da boa-fé objetiva e uma diligência profissional adequada ao meio virtual, de modo que o canal de comunicação – entendido como “todo o suporte material que veicula uma mensagem”³⁸⁴ –, não assegure informações claras e ostensivas, considera-se que há uma grave falha do mercado

³⁷⁹ Nesse sentido, veja-se COTEANU, *op.cit.*, p. 117.

³⁸⁰ “Mais usualmente chamado de *link*, é uma conexão eletrônica em um documento HTML que conduz para outra localidade (*site*) da WWW, ou a outra localidade dentro do mesmo documento. É normalmente uma frase ou palavra (podendo ser também uma figura), sublinhada ou mostrada em uma cor diferente do texto que a envolve, que recebe cliques para efetuar a conexão”. Cf. MARTINS, *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 387.

³⁸¹ “Área emoldurada de uma página *web* que atua como uma janela independentemente de navegação, podendo ser definida ainda como uma subdivisão da janela principal do navegador (*browser*). Cada subdivisão funciona como uma pequena janela, exibindo conteúdos independentes. Os criadores de sites da *web* utilizam esse recurso quando é necessário exibir muitas informações de uma só vez” (grifou-se). Cf. *ibidem*, p. 386.

³⁸² “É uma peça publicitária que se destaca do navegador, invadindo o campo visual do usuário, sem permissão ou aviso. Praticamente “estoura, pula e se abre” na tela como pipoca, daí sua denominação”. Cf. ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 43.

³⁸³ “Trata-se de um pequeno anúncio digital que ocupa pequena porção da tela do navegador, geralmente apresentando recursos gráficos sofisticados, a fim de atrair a atenção do usuário. (...) Ao clicar no *banner*, pode-se obter mais informações sobre o produto ou serviço anunciado, adquiri-lo ou mesmo solicitar amostras grátis e registrar-se (fornecendo dados pessoais) para participar de concursos e concorrer a prêmios”. Cf. *ibidem*, p. 44.

³⁸⁴ BARBOSA, *op. cit.*, p. 39.

eletrônico, que representa intrincado desafio para a defesa dos direitos do consumidor.

Exemplo dessa falha pode ser vislumbrado quando o modo de apresentação da publicidade ou do contrato *online* não permite um rápido e direto acesso às informações necessárias para o livre exercício da autonomia da vontade do consumidor, mediante a tomada de decisões de compra racionais e refletidas. Quando o fornecedor não estimula o potencial cliente a buscar os subsídios indispensáveis à emissão de vontade negocial consciente, há o descumprimento do dever de informar, pois este demanda uma conduta proativa do fornecedor, que vise preservar o consentimento esclarecido do consumidor. Dessa forma, fica evidente que, nas relações eletrônicas de consumo, o cumprimento do dever de informar depende tanto do conteúdo das informações prestadas quanto da forma em que elas são anunciadas e transmitidas.³⁸⁵

Vale buscar delinear parâmetros norteados, pelo princípio da boa-fé objetiva, que sirvam para orientar uma conduta profissional diligente mediante um efetivo e leal cumprimento do dever de informar no âmbito do comércio eletrônico de consumo.

Com esse intuito, pode-se considerar como modelo paradigmático o adotado pela *Federal Trade Commission*, espécie de agência reguladora de comércio dos Estados Unidos, no documento intitulado *Guidelines on Internet Advertising*, que estabelece as linhas diretrizes para a divulgação de informações na publicidade *online*³⁸⁶.

Tomando em conta alguns dos critérios apresentados nessas diretrizes e com base no princípio da boa-fé negocial, acredita-se que para avaliar o devido cumprimento do dever de informar – no contexto do comércio eletrônico –, deve-se, em primeiro plano, considerar o modo de distribuição e a *localização* das informações no contexto da *Webpage*.

Assim, para garantir que a emissão de vontade negocial do consumidor seja consciente e informada, as informações essenciais à conclusão do negócio devem

³⁸⁵ Confira COTEANU, *op. cit.*, p. 124, em que se lê: "in the electronic marketplace, the failure of information depends not only on the content but also on the form in which it is presented".

³⁸⁶ Cf. Dot com disclosures: information about online advertising.

Disponível em: <<http://www.ftc.gov/opa/2000/05/dotcom.shtm>>. Acesso em: 5 mar. 2010.

ser dispostas, preferencialmente, na mesma tela em que se oferecem o produto ou serviço.

Todavia, isso nem sempre é possível, haja vista que, em alguns casos, as informações relevantes compõem longos textos que não podem ser inseridos na mesma página em que o objeto contratual é apresentado. Nessas hipóteses, o fornecedor deve inserir *hyperlinks* próximos à apresentação do produto ou serviço de modo que eles sejam facilmente identificáveis.

Ademais, deve-se indicar o tipo de informação que os consumidores irão encontrar, ao serem direcionados para outras páginas da *Web*. Indicações vagas como “termos e condições”, que direcionem o consumidor para importantes restrições ou qualificações não são suficientes, pois não atendem aos requisitos de uma diligência profissional adequada ao meio virtual e conforme os ditames da boa-fé objetiva.³⁸⁷

Prática do comércio *online* considerada abusiva e desleal em virtude do não cumprimento do dever instrumental de informar é verificada em hipóteses nas quais o objeto do contrato é anunciado como “grátis”, apesar de haver custos para o consumidor, que são divulgados por meio de notas de rodapé apresentadas em letras extremamente miúdas como, por exemplo, fonte de tamanho quatro ou seis. Ressalte-se, todavia, que, em determinados casos, notas de rodapé podem ser aceitáveis quando imprescindíveis para esclarecer alguma informação contida em uma oferta e desde que sua apresentação observe o mesmo tamanho de fonte utilizado no restante do anúncio.³⁸⁸

Especial atenção também deve ser conferida para as hipóteses de oferta que utilizam recursos audiovisuais como videocliques e animações, pois nesses casos a divulgação de informações pode não ser observada, lida ou entendida. Caso as próprias informações necessárias para uma manifestação de vontade livre sejam apresentadas por meio de elementos audiovisuais dinâmicos, como os citados acima, o fornecedor deve assegurar que a apresentação das informações tenha uma duração suficiente para que o consumidor consiga observá-la e tenha tempo para bem compreendê-la. Isso por que uma divulgação de informações diligente e eficaz

³⁸⁷ Veja COTEANU, *op. cit.* p. 124: Nos termos da autora: “Vague labels like ‘terms and conditions are not enough to direct consumers to important restrictions or qualifications”.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 126.

é essencial para a prevenção de enganos, que possam resultar em manifestação de vontades distorcidas.³⁸⁹

Neste ponto, observe-se que, na era da informação, a divulgação de informações custa cada vez menos, ao passo que pode ser cada vez mais efetiva ao dispor de diversas técnicas e recursos de comunicação interativos disponíveis no ciberespaço.³⁹⁰

É Interessante lembrar que a assimetria de informação pode ser intensificada pela disparidade tecnológica no meio virtual. Assim, é possível que o *ciberconsumidor* não disponha de recursos tecnológicos adequados como alto-falantes ou mesmo *softwares* necessários para a exibição dessas formas de comunicação que combinam som e imagem. Razão por que a divulgação de informações nas *Webpages* nunca se deve limitar à exibição de vídeos.³⁹¹

Demais disso, visando observar os deveres instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva como os de cuidado, de aviso e esclarecimento e de cooperação, as informações mais relevantes para um consentimento esclarecido devem ser repetidas de modo que seja assegurado ao consumidor o seu conhecimento e sua compreensão. Seguindo essa linha de cuidado com a contraparte mais vulnerável, deve-se buscar diminuir a assimetria informacional típica do meio virtual com a adoção de uma linguagem sempre clara, precisa e que evite o emprego de jargão técnico ou jurídico.

A aferição do cumprimento do dever de informar – pautado pelos parâmetros delineados acima – não leva em conta a intenção ou o sentimento da parte que fornece a informação, ou seja, a boa-fé subjetiva do fornecedor ou do anunciante fica em segundo plano,³⁹² ganhando destaque “o aspecto objetivo e exterior da conduta humana, e também seus reflexos sociais”.³⁹³

³⁸⁹ Cf. SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 78.

³⁹⁰ Conforme explica COTEANU, *op. cit.* p. 129-130: “In the information age, disclosure is cheaper than ever and could be more effective, too, using the interactive, vivid communication that is possible online”.

³⁹¹ Como é sugerido por COTEANU, *loc. cit.*

³⁹² Nessa linha: COTEANU, *op. cit.* p. 126: “Compliance with the criteria described above *are not influenced by the defendant's intent* of detrimental effect on the consumer's behavior, *it depends on how a consumer actually understand disclosures* within the context of the entire advertisement” (grifou-se).

³⁹³ NEGREIROS, Teresa. *O princípio da boa-fé contratual*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 222. Acrescenta ainda a autora: “Se estão ou não vendedor e comprador genuinamente motivados pelos valores da confiança e da lealdade pouco importa, e é mesmo provável que, dada a inerente contraposição de interesses em jogo, cada um busque à custa da contraparte contratual benefícios pessoais”.

Assim, relembre-se que “a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do outro contratante”.³⁹⁴ Com base na vertente objetiva, delinea-se um padrão de conduta que impõe a adoção de determinados “comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação”, sempre visando o alcance do fim contratual.³⁹⁵

De todo o exposto, acredita-se que o princípio da boa-fé objetiva será considerado atendido nas relações contratuais eletrônicas de consumo – no que se refere especificamente ao dever de informar – desde que os critérios e parâmetros delineados acima sejam devidamente observados pelos fornecedores virtuais.

3.6 Propostas para regulação do comércio eletrônico global

A relevância dos princípios jurídicos em geral e a acentuada importância da boa-fé objetiva – como instrumento para uma devida regulação do globalizado mercado eletrônico de consumo e uma eficaz tutela dos *ciberconsumidores* – não são apenas identificadas na doutrina nacional, mas são, igualmente, reconhecidas pela doutrina estrangeira.

Cristina Coteanu ao reconhecer a dificuldade de se encontrar uma solução global harmônica para a proteção dos consumidores no ciberespaço sugere que “the consecration of the *fair trading principle* would be able to provide a global solution for the protection of consumers in the electronic marketplace” (grifou-se).³⁹⁶

De acordo com a proposta de Coteanu, o estabelecimento do *fair trading principle* como uma espécie de norma universal para a regulação das relações de consumo na Internet permitiria a formulação de *standards* ou padrões legais

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 227.

³⁹⁵ MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 281.

³⁹⁶ COTEANU, *op. cit.*, p.155.

mínimos indispensáveis à proteção dos *ciberconsumidores*, o que acabaria possibilitando maximizar a eficiência do mercado eletrônico como um todo.³⁹⁷

A autora afirma que, apesar de o *fair trading principle* ser reconhecido como elemento essencial em diversos ordenamentos jurídicos, ele não tem uma denominação uniforme, que seja a transposição literal, para as outras línguas, da referida expressão em inglês. Em realidade, nos sistemas legais de tradição romano-germânica, o *fair trading principle* – expressão adotada nos sistemas de origem anglo-saxônica – traduz-se, *rectius*, corresponde ao princípio da boa-fé objetiva.

A despeito da disparidade entre as denominações, o que importa é que os conceitos a que elas se referem denotam conteúdos essencialmente equivalentes. Interpretação essa que é assim confirmada por Coteanu:

the principle of ‘good faith’ means the observance of commercial standards of fair dealing. The similarity between good faith and fair dealing is outlined in the common law system by Lord Bingham in *Interfoto Library Ltd v. Stiletto Ltd* for whom good faith is ‘in essence a principle of fair and open dealing.’³⁹⁸

Não bastasse isso, no texto a seguir pode-se ver que a própria autora estabelece a equivalência entre o *fair trading principle* e o germânico princípio da boa-fé. Constate o leitor: “[a]ccording to the German Law, the fair trading principle relating to the legislative disposition dealing with *good faith performance* can be found in Section 242 of the German Civil code – the *Treu und Glauben* (Good Faith) provision” (grifo original).³⁹⁹

Segundo a autora, a preferência pelo princípio da boa-fé objetiva como norma para regular o comércio eletrônico global justifica-se, em primeiro lugar pelo fato de ser ele adotado por vários ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo.⁴⁰⁰

Como exemplo, cite-se o artigo 1.375 do Código Civil italiano que prevê que “[i]l contratto deve essere eseguito secondo *buona fede*” (grifou-se). Recorde-se,

³⁹⁷ *Ibidem*, p.155-156.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 181. Desse modo, daqui pra frente vai-se referir, no presente trabalho, ao *fair trading principle* como princípio da boa-fé objetiva.

³⁹⁹ COTEANU, *op. cit.*, p.156-157.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 156.

também, o já citado § 242 do Código Civil alemão, o qual preceitua que o devedor deve cumprir a prestação de acordo com os ditames da boa-fé e os costumes do tráfego social – tradução livre de “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

Interessante observar que Coteanu, ao desenvolver sua proposição, enfatiza características e funções da boa-fé objetiva já exploradas no início deste capítulo. Afirma, por exemplo, que nas transações de consumo *online*, o escopo central do princípio em tela é proteger os consumidores contra práticas comerciais abusivas, enganosas e desleais, durante as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.⁴⁰¹

Em segundo lugar, Coteanu aponta como justificativa de sua preferência pelo princípio da boa-fé o fato de ser uma norma⁴⁰² legal flexível e aberta, pelo que é valorada positivamente, haja vista que sua aplicação se dá de acordo com as circunstâncias factuais. Ademais, seu alto grau de abstração é conveniente para o desenvolvimento do que vem sendo chamado de “direito negocial”, o qual se apresenta como “nova alternativa de proteção do consumidor no comércio eletrônico”.⁴⁰³

Revele-se duas formas de direito negocial nas quais a boa-fé pode servir como importante princípio norteador para a busca de soluções práticas que atentem ao dinamismo próprio do mercado eletrônico de consumo.

A primeira é a auto-regulação – que consiste na elaboração e determinação de códigos de conduta por parte dos próprios interessados na regulação de determinada atividade econômica ou segmento profissional –, a qual vem sendo aproveitada e estimulada por diversos governos, empresas, entidades de proteção ao consumidor e, também, por organismos internacionais como a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos (OCDE), que preceitua na seção VI, b de suas *Linhas Diretrizes* para a proteção dos consumidores no contexto do comércio eletrônico que:

⁴⁰¹ *Loc. cit.*

⁴⁰² Para um maior aprofundamento sobre a dogmática dos princípios jurídicos remete-se à ALEXY, *op. cit.*, p. 87 *et seq.* Segundo o autor, “[t]anto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”.

⁴⁰³ CANUT, *op. cit.*, p. 187-188.

[a]s empresas, os representantes dos consumidores e os governos devem trabalhar em conjunto para continuar a utilizar e a implementar políticas e procedimentos de auto-regulação justos, efectivos e transparentes, bem como outras políticas e procedimentos, incluindo mecanismos alternativos de resolução de litígios, para dar resposta a reclamações dos consumidores e resolver conflitos resultantes do comércio eletrónico entre empresas e consumidores, tendo especial atenção as transacções transfronteiriças. (grifou-se).⁴⁰⁴

A segunda consiste nas leis modelo – espécie de *soft laws* elaboradas por organismos internacionais ou supranacionais – que, “por meio das diretrizes gerais que traçam, têm o intuito de harmonizar as leis nacionais, com base nas realidades que vão surgindo no cenário internacional”. Note-se que se tratam apenas de meras recomendações destituídas de força obrigatória.⁴⁰⁵ Citam-se, como exemplos, a *Lei Modelo* sobre o comércio eletrónico da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) e as *Linhas Diretrizes* para a proteção dos consumidores no contexto do comércio eletrónico da OCDE.⁴⁰⁶

Prosseguindo-se no exame da proposta de solução global ora em tela, ressalte-se que Coteanu comunga o entendimento, já exposto no presente capítulo, de que uma aplicação bem sucedida do princípio da boa-fé objetiva deve assegurar que os fornecedores *online* respondam aos legítimos interesses e expectativas dos consumidores, atenuando-se, assim, as disparidades de informação entre os contratantes e, também, evitando-se práticas comerciais desleais comuns no mercado eletrónico.⁴⁰⁷

No contexto europeu, o princípio da boa-fé já possui expressa previsão na Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais, a qual se aplica ao comércio eletrónico de consumo.^{408, 409} Alude-se ao princípio no artigo 2º, alínea h, que define “diligência profissional” como

⁴⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS – OCDE. *Recomendação ao Conselho relativa às linhas directrizes que regem a protecção dos consumidores no contexto do comércio electrónico*. Disponível em: <<http://www.ocde.org>> Acesso em: 7 fev. 2010.

⁴⁰⁵ CANUT, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁰⁶ Cf. CANUT, *op. cit.*, p. 190. Destaque-se que se segue aqui a compreensão delineada pela autora quando argumenta que, apesar das leis modelo serem enquadradas como auto-regulamentação por parcela da doutrina, não é este o melhor entendimento. Acrescente-se que, como a auto-regulamentação encontra-se em estágio inicial de desenvolvimento, ainda não há uniformidade quanto à sua definição. Cf. *Ibidem*, p. 196.

⁴⁰⁷ COTEANU, *op. cit.*, p.159-160.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 175.

o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o *princípio geral da boa-fé* no âmbito da actividade do profissional (grifou-se).⁴¹⁰

Assim sendo, afirma-se que o princípio da boa-fé parece entrar em uma nova era de revitalização⁴¹¹, a qual parece coincidir com o surgimento do novo paradigma da sociedade da informação em que a tecnologia, ao proporcionar novas formas de relações sociais e comerciais, requer soluções jurídicas igualmente originais para uma devida e eficaz regulação desse novo mercado de consumo.

Antonio Junqueira de Azevedo – já no ano 2000 – ao examinar as “deficiências e a desatualização” do projeto que deu origem ao Código Civil de 2002 no tocante ao princípio da boa-fé objetiva, fez interessante análise das mudanças de paradigma ocorridas no Direito.⁴¹²

Segundo o autor, o paradigma do século 19 (posterior à Revolução Francesa) da lei e do juiz autômato, que não tinha função alguma, foi superado pelo denominado paradigma do juiz – no qual o Estado era intervencionista e o juiz exercia papel relevante –, que “trouxe mudanças no tipo de solução”.⁴¹³ Este está, atualmente, em crise; portanto, vive-se uma época de transição paradigmática rumo ao paradigma da “solução rápida do caso concreto”.⁴¹⁴

Ainda de acordo com ele, “[h]oje, estamos fugindo do juiz” e, nesse sentido, aponta a Lei de Arbitragem (nº. 9.307 de 1996) e instituições como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Conselho de Medicina, entre outras, nas quais as controvérsias, os pleitos e os processos são solucionados no âmbito extra-judicial e, muitas das vezes, com base em códigos deontológicos e de ética.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 181-182: “[The] Directive attempts to fashion a standard of ‘good faith’ based on professional diligence. Its approach represents a step further in the development of the principle of ‘good faith’ performance by its incorporation as a standard of professional diligence and its extension to unfair commercial practices”.

⁴¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [11 maio 2005]. Disponível em: <http://europa.eu/index_pt.htm>. Acesso em: 12 dez. 2009.

⁴¹¹ COTEANU, *op. cit.*, p.174.

⁴¹² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 1, jan./mar. 2000, p. 9-11.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 10.

⁴¹⁴ *Loc. cit.*

Neste ponto, para ilustrar o momento atual de transição paradigmática e confirmar o movimento de afastamento de determinadas questões do judiciário vale transcrever, na íntegra, a declaração de Junqueira:

Fiquei perplexo quando tive de tratar de um assunto acadêmico – uma tese sobre a bolsa de mercadorias e futuros – e verifiquei que todos os dias há milhões de reais que se transferem entre pessoas que negociam nessa Bolsa de Mercadorias e Futuros e que *nenhum caso, nenhum caso da Bolsa de Mercadorias e Futuros, está no Poder Judiciário! As escolhas, hoje, consistem em tipos mais expedidos de solução (grifou-se)*.⁴¹⁵

Seguindo na tentativa de encontrar uma solução global e harmônica para a proteção dos *ciberconsumidores*, Coteanu também parece seguir a linha de raciocínio desenvolvida por Junqueira de Azevedo. Assim, parte da análise da auto-regulação profissional dos médicos e dos advogados para sugerir a criação de um código deontológico voltado para a regulação da atividade comercial – que determinasse diretrizes, responsabilidades e deveres profissionais segundo o princípio da boa-fé objetiva –, visando ao bom funcionamento do mercado e à proteção da parte contratual mais fraca: o consumidor.⁴¹⁶

Reconhecem alguns autores que estabelecer um código de conduta nos moldes acima delineados não seria uma tarefa fácil. Pode-se questionar, principalmente, a respeito de sua limitada eficácia regulatória, previsível tendo em vista que, até o presente momento, não há meios seguros de se garantir a observância e as devidas responsabilidades por eventuais descumprimentos de códigos de conduta, dado o caráter transnacional que muitas vezes assume a relação de consumo via Internet.⁴¹⁷

Guilherme Martins chega a considerar que a substituição do direito estatal pela auto-regulamentação poder ser até mesmo perigosa, pois ela pode ser colocada a serviço dos interesses dos grandes grupos econômicos que,

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 10-11.

⁴¹⁶ COTEANU, *op. cit.*, p. 192.

⁴¹⁷ Cf. *Ibidem*, p. 193.

previsivelmente, liderarão a elaboração de códigos de conduta que os beneficie em detrimento dos consumidores.⁴¹⁸

Visão mais otimista revela Leticia Canut, que, apesar de reconhecer que os instrumentos de auto-regulação necessitam de aperfeiçoamento – tendo em vista que se encontram em um estágio incipiente de desenvolvimento –, sustenta que “os questionamentos que surgem em torno deles *não trazem obstáculos intransponíveis*, sendo que as respostas serão dadas no tempo devido, desde que se proponha a encontrá-las” (grifou-se).⁴¹⁹

Acrescenta, ainda, a autora que “os códigos de conduta, como base da auto-regulamentação, têm dado até agora um retorno positivo no cenário do consumo eletrônico, inclusive como *instrumentos de prevenção de conflitos de consumo*” (grifou-se). Assim sendo, afirma-se que os *ciberconsumidores* são os grandes beneficiados por essas iniciativas, “uma vez que passam a poder escolher com quem contratar com maior confiança e tranquilidade”.⁴²⁰

Partilhando dessa linha propositiva, Coteanu menciona um modelo de auto-regulamentação bem-sucedido. Trata-se do *Internet Chamber of Commerce (ICC) Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet* (1998), que estabelece orientações aplicáveis a todas as atividades de marketing e publicidade na Internet para a promoção de qualquer forma de bens ou serviços.⁴²¹

Mediante a fixação dessas orientações, busca-se estabelecer os mais altos padrões de conduta ética que devem ser observados por todos os envolvidos com as atividades de marketing, publicidade e serviços na Internet.⁴²²

Sustenta-se que os profissionais de marketing devem reconhecer que a observância de diretrizes de auto-regulamentação – especificamente concebidas para a publicidade e o marketing online – reverte em benefício para eles próprios.⁴²³

⁴¹⁸ MARTINS, *Formação dos contratos...*, p. 46-47.

⁴¹⁹ CANUT, *op. cit.*, p. 191.

⁴²⁰ *Loc. cit.*

⁴²¹ *Internet Chamber of Commerce*. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/>>. Acesso em: 15 abr. 2010. Trata-se do principal elaborador do mundo de códigos de auto-regulamentação para a publicidade e as práticas de marketing.

⁴²² Cf. *Internet Chamber of Commerce Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/bcp/icpw/comments/iccguidelines.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

⁴²³ *Loc. cit.*

Ademais, ainda de acordo com as orientações da ICC, os anunciantes e profissionais de marketing devem esforçar-se para criar um ambiente de comércio eletrônico onde os consumidores de todo o mundo possam confiar plenamente.⁴²⁴

Segundo a análise de Coteanu, o advento do mercado eletrônico alterou a visão tradicional sobre o papel do princípio da boa-fé objetiva.⁴²⁵

Para a autora, o atual contexto jurídico, caracterizado pelo que ela chama de “natureza caótica das regras” e pelo conflito de soberanias nacionais, cria a necessidade de se estabelecer um marco regulatório internacional claro para a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que proporcione confiança e segurança para o consumidor nas transações *online*.⁴²⁶

Cumpre, ainda, ressaltar que as novas alternativas e formas de regulação do mercado eletrônico global ganham ainda mais importância diante do fato de que a maioria das transações *online* é de pequeno valor, fazendo com que uma eventual demanda internacional seja desarrazoada em razão, sobretudo, de seus altos custos. Leve-se em conta, ainda, que um processo judicial no âmbito internacional é, por razões óbvias, mais lento e dispendioso e de difícil acompanhamento.⁴²⁷

Assim sendo, contendas judiciais oriundas de transações eletrônicas de consumo raramente chegam às cortes de justiça. Para Zheng Sofia Tang essa ausência de casos judiciais explica-se basicamente por duas razões. A primeira delas reside nos elevados custos processuais.

Já a segunda, encontra-se na inadequação das normas de Direito Internacional Privado, as quais obstam o acesso à justiça do *ciberconsumidor* – o que, segundo a autora, indica a necessidade de atualização mediante a implementação de reformas legislativas.

Na busca por soluções mais apropriadas às peculiaridades do mercado eletrônico global, Coteanu mantém sua ousadia propositiva e chega a sugerir a criação de uma “agência do consumidor” independente dotada de competências necessárias para monitorar e restringir práticas comerciais desleais no mercado

⁴²⁴ Cf. *loc. cit.*

⁴²⁵ COTEANU, *op. cit.*, p. 196.

⁴²⁶ *Loc. cit.*

⁴²⁷ Cf. TANG, Zheng Sophia. *Electronic consumer contracts in the conflicts of law*. Oxford: Hart, 2009, p. 149. Nesse mesmo sentido: DICKIE, John. *Producers and consumers in EU e-commerce law*. Portland: Hart Publishing, 2005, p. 29 e DE NAYER, Benoît. *The consumer in electronic commerce: beyond confidence*. In: WILHELMSON, TUOMINEM and TUOMOLA (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer law international, 2001, p. 124.

eletrônico global. Segundo a autora, uma tal agência possibilitaria uma interpretação harmônica quanto às questões jurídicas próprias do consumo eletrônico, proporcionando uma maior previsibilidade e mais celeridade na resolução de conflitos originários do comércio *online* global.⁴²⁸

⁴²⁸ COTEANU, *op. cit.*, p. 197.

4 CONCLUSÃO

Atualmente, se presencia, no mundo globalizado, um período de transição paradigmática. Supera-se o paradigma da sociedade industrial, inaugurando-se o da sociedade digital ou da informação.

As transformações tecnológicas, econômicas e sociais repercutem, necessariamente, no Direito, pois este é um fenômeno histórico-social mutável ao longo do tempo.

A *revolução da tecnologia da informação* – que vem provocando profundas mudanças no plano das relações econômicas e sociais –, implicará, inevitavelmente, em uma renovação do Direito neste início de século.

Nessa atual revolução tecnológica, sobressai a Internet como revolucionário veículo de comunicação, destacando-se, sobretudo, como uma plataforma para negócios, uma ferramenta para a difusão do conhecimento e um novo ambiente para o lazer e a diversão.

A Internet caracteriza-se como um meio de comunicação ímpar e diferenciado de todos os que o precederam. Consequência imediata desse fato é que o comércio realizado via rede mundial de computadores possui uma *natureza particular*, que o distingue do comércio em geral e, também, faz com que se torne um dos grandes desafios do mundo contemporâneo, principalmente, tendo-se em conta suas implicações no âmbito das relações de consumo.

Em vista de o comércio eletrônico de consumo ser efetivamente complexo e diferente do comércio tradicional o *ciberconsumidor* experimenta uma acentuada vulnerabilidade ao contratar via Internet.

Vulnerabilidade que se explica pela complexidade, particularidades e desafios advindos da contratação eletrônica de consumo, os quais foram objeto de detida análise no segundo capítulo.

Dentre esses, ressaltam-se a despersonalização extrema do contrato, as assimetrias informacional e técnica, a desmaterialização do meio de realização do acordo, do instrumento, do objeto (em alguns casos) e dos vícios contratuais, a desterritorialização e a internacionalidade eventual da contratação eletrônica e, por fim, a ausência de regulamentação legal própria à defesa dos consumidores.

Dadas essas circunstâncias, compreende-se que o desequilíbrio usualmente identificado nas relações de consumo tradicionais ganha novos contornos, assumindo características muito peculiares, merecendo ser objeto de especial atenção por parte da doutrina e dos operadores do direito.

Há, no mercado eletrônico uma exacerbada assimetria informacional e um desequilíbrio de conhecimentos tecnológicos entre as partes contratantes, que implicam em um desigual poder de barganha, realçando a vulnerabilidade do *ciberconsumidor*.

Assim, o fornecedor dotado de maiores conhecimentos e habilidades técnicas é capaz de controlar o fornecimento e o acesso do consumidor à informação, bem como influenciar, em seu próprio proveito, as decisões de compra do consumidor.

A utilização da Internet como meio para a realização de negócios importa no surgimento de novas e específicas práticas comerciais desleais, enganosas e abusivas.

Designadamente no âmbito da contratação *online*, verificam-se – de maneira bastante uniforme ao redor do mundo – os seguintes problemas e condutas abusivas e desleais no atendimento ao *ciberconsumidor*: não entrega do bem ou serviço; não cumprimento do prazo de entrega e falta de sanção por seu descumprimento; não-conformidade da mercadoria ou do serviço adquirido com a descrição ou com as fotos constantes da loja virtual; falta de informações sobre eventuais taxas de correio ou custos associados ao envio do produto; não reembolso de mercadorias devolvidas ou com defeito; violação da política de privacidade do *site*; falha na segurança com informações e dados confidenciais do consumidor como o número de seu cartão de crédito; falha na cobrança do cartão de crédito mediante cobrança extra ou indevida; impossibilidade de executar o direito de arrependimento nos casos de produto aberto ou *software* já enviado ou recusa de seu exercício; venda casada ou recusa de venda.

Ademais, a publicidade enganosa e a abusiva na Internet destacam-se como uma das práticas comerciais mais prejudiciais aos *ciberconsumidores*. Com base em pesquisas analisadas nesta dissertação, demonstrou-se que a denominada *web-publicidade* é uma ferramenta extremamente eficiente, chegando alguns autores a afirmar que esta possui efeito altamente mais agressivo frente à publicidade veiculada por meios tradicionais.

Para explicitar o caráter agressivo e invasivo da *web-publicidade*, examinou-se, dentre outras, o *spam* ou *spamming*, que se caracteriza como o envio massificado aos consumidores de *e-mails* não solicitados, contendo comunicações comerciais e publicitárias. Mediante esta prática publicitária abusiva, o consumidor torna-se alvo de uma enxurrada de mensagens e dados – nos mais variados formatos, como imagens, sons, ícones virtuais, textos interativos, hiperlinks etc – em geral direcionados, especificamente, para o seu perfil de consumo.

As características peculiares da internet, a complexidade e os riscos próprios da contratação eletrônica, acima delineados, somados à ausência de regulamentação legal própria criam, no mercado eletrônico de consumo, um quadro de insegurança jurídica no qual os problemas e os desafios são particulares e originais.

Desse modo, a rede mundial de computadores constitui um *sistema especialista*, que, até o presente momento, é obscuro e indestrinchável para a maioria dos consumidores. Assim sendo, compreende-se que o *ciberconsumidor* experimenta exacerbada desconfiança ao contratar via Internet, atuando e tomando suas decisões com base em um *conhecimento indutivo débil*, que é formado a partir de breves buscas sobre informações.

No Brasil, dado o cenário atual em que se verifica um descompasso entre as novas práticas comerciais, sociais e jurídicas – surgidas com o mercado eletrônico – e a realidade legislativa vigente, considerável parcela da doutrina brasileira defende a necessidade de elaboração de legislação específica para regular o comércio eletrônico.

Todavia, rechaça-se a ideia de que as categorias, os conceitos e os princípios jurídicos teriam de ser todos refeitos, repelindo-se, portanto, o entendimento de que um Direito completamente novo e reformulado seria imprescindível para a devida regulação desse novo fenômeno sócio-jurídico.

Mais apropriada seria a conjugação de uma abordagem de caráter propositivo, fundamentada na elaboração de novas regras e leis específicas, com uma outra de cunho conservador, que possibilite o estabelecimento de um padrão mínimo de segurança jurídica a partir de uma correta hermenêutica das normas e princípios jurídicos já existentes.

Nessa perspectiva, os princípios assumem o *status* de elementos essenciais à manutenção da flexibilidade do sistema normativo, ganhando destacada importância

na regulação do comércio eletrônico, em que há intensa dinamicidade sócio-econômica e ausência de regulamentação legal específica.

Seguindo essa linha de entendimento, evidenciou-se que, dentre os princípios jurídicos aplicáveis ao direito contratual, o da boa-fé objetiva é o que mais efetivamente pode cumprir a função de suprir a falta de uma legislação disciplinadora do comércio eletrônico.

Em vista disso, realizou-se no terceiro capítulo uma detida apreciação do princípio da boa-fé, distinguindo-se suas vertentes objetiva e subjetiva e, fundamentalmente, delineando-se suas principais funções.

Função hermêutico-integrativa (prevista no artigo 113 do CC), a qual preceitua que a interpretação das cláusulas contratuais seja feita sempre de modo a assegurar uma leal e honesta relação contratual.

Função limitativa ao exercício abusivo de prerrogativas jurídicas (com previsão legal no artigo 187 do CC), que tem como primordial objetivo rechaçar qualquer conduta, por parte de um integrante de uma relação contratual, que contrarie os critérios objetivos de agir com lealdade e correção.

Função criadora de deveres jurídicos anexos à prestação principal (depreendida do artigo 422 do CC), dentre os quais ressaltam-se os seguintes: *deveres de proteção, deveres de cooperação e deveres de informação e esclarecimento.*

Demonstrou-se, ainda, que o princípio da boa-fé objetiva – dada sua versatilidade e sua ampla vocação para limitar condutas contratuais abusivas e desleais – exsurge como vetor fundamental a pautar a contratação eletrônica de consumo.

Além disso, a aplicação maleável da boa-fé objetiva permite que sua concretização se dê segundo as circunstâncias concretas da situação. Por conseguinte, é possível exigir uma maior observância desse princípio, nas relações contratuais eletrônicas de consumo, do que usualmente se exige nas relações de consumo realizadas sem a intermediação da internet.

Na prática, verifica-se o dito acima no que se refere ao dever de informação, um dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva. A observância desse dever já é considerada imperativa nas relações contratuais paritárias e, com maior ênfase, nas relações de consumo. Entretanto, sustenta-se que, na contratação eletrônica de

consumo, ele ganha especial relevância, assumindo características específicas, em razão do evidente desequilíbrio informacional experimentado pelo *ciberconsumidor*.

A destacada importância da boa-fé objetiva como instrumento para uma devida regulação do globalizado mercado eletrônico de consumo e uma eficaz tutela dos *ciberconsumidores* não é apenas identificada na doutrina nacional, mas é, igualmente, reconhecida pela doutrina estrangeira, haja vista que o princípio em tela é adotado como elemento essencial por vários ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo.

Constatou-se que o princípio da boa-fé entra em uma era de revitalização, a qual coincide com o surgimento do paradigma da sociedade da informação em que a tecnologia, ao proporcionar novas formas de relações sociais e comerciais, requer soluções jurídicas igualmente originais para uma devida e eficaz regulação desse inédito mercado de consumo.

Nessa linha de raciocínio, sublinha-se que o fato de a boa-fé ser uma norma legal flexível, aberta e dotada de alto grau de abstração permite o seu pleno emprego no desenvolvimento de propostas de solução para os desafios do mercado eletrônico de consumo.

Alternativas de regulação são vislumbradas a partir do que vem sendo chamado de *direito negocial*, ilustrado aqui por intermédio de duas modalidades. A primeira é a auto-regulação, que consiste na elaboração e determinação de códigos de conduta por parte dos próprios interessados na regulação de determinada atividade, segmento profissional ou na tutela de determinados direitos e na resolução de controvérsias referentes àqueles.

A segunda modalidade consiste nas leis modelo – espécie de *soft laws* elaboradas por organismos internacionais ou supranacionais – que, estabelecem diretrizes gerais visando harmonizar as leis nacionais, aplicáveis às relações eletrônicas no mercado eletrônico global.

Há propostas ainda mais ousadas como, por exemplo, a de criação de uma espécie de *agência do consumidor* independente, dotada de competências necessárias para monitorar e restringir práticas comerciais desleais. Uma tal agência possibilitaria uma interpretação harmônica das soluções jurídicas aplicáveis ao consumo eletrônico, proporcionando uma maior previsibilidade e mais celeridade na resolução de conflitos originários do comércio *online* global.

Resta evidenciado, assim, que se presencia, no Direito, uma transição do paradigma do juiz – no qual o Estado era intervencionista e o juiz exercia papel relevante – para o paradigma da solução rápida e especializada do caso concreto.

Conforme verificado, apesar do crescimento exponencial do comércio eletrônico, nos últimos anos, ele ainda suscita muitos desafios e questionamentos, principalmente, no que diz respeito à proteção do *ciberconsumidor*.

Todavia, deixou-se claro, no presente trabalho, que a problemática específica desse novo modo de comércio não representa obstáculo intransponível para o seu desenvolvimento, podendo ser contornada a partir uma maior utilização de princípios jurídicos já consagrados nos sistemas normativos, com especial destaque para o da boa-fé objetiva.

No Brasil, o tema objeto desta dissertação, apenas recentemente, vem sendo objeto de pesquisas doutrinárias, as quais ensejam variados entendimentos em que se identificam muitas dúvidas, várias propostas e pouca convergência.

Sendo assim, a práxis do comércio eletrônico de consumo e seu atual panorama doutrinário revelam que há muito o que se desenvolver em termos de pesquisas, estudos, debates e, até mesmo, que há lugar para o exercício de utopias mediante propostas consideradas, atualmente, ousadas, pois, como se percebe, vive-se em um tempo de profundas, aceleradas e irreversíveis transformações – resultantes da revolução tecnológica digital –, que implicam, necessariamente, em um repensar da ordem econômico-social e, designadamente, também do ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008

ANDERSON, Ross. *Cryptography and competition policy* – Issues with “trusted computing”. Disponível em:

<http://www.cpppe.umd.edu/rhsmith3/papers/Final_session1_anderson.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2010.

ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho Privado de Internet*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 3, set./ dez. 1992.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 9, nov. 1993.

BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo: disposições contratuais abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, jul./set. 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, N. e PASQUINO, G. Tradução de FERREIRA, J. (Coord.). 11. ed. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

CANUT, Leticia. *Proteção do consumidor no comércio eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide V. Majer. (A era da informação: economia, sociedade e cultura. v.1). São Paulo: Paz e Terra, 1999. 21,

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v. 2. Coimbra: Almedina, 1984.

_____. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007 (3. reimp.).

COTEANU, Cristina. *Cyber consumer law and unfair trading practices*. Aldershot: Ashgate, 2005.

DE NAYER, Benoît. *The consumer in electronic commerce: beyond confidence*. In: WILHELMSONS, Thomas; TUOMINEM, Salla; and TUOMOLA, Heli (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer law international, 2001.

DICKIE, John. *Producers and consumers in EU e-commerce law*. Portland: Hart Publishing, 2005.

Direitos do consumidor em HQ. O Globo. Rio de Janeiro, 21 mar. 2010.

EKLUND, Per. Electronic marketing from a consumer law perspective. In: WILHELMSONS, Thomas; TUOMINEM, Salla; and TUOMOLA, Heli (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer law international, 2001.

É clicar e levar. O Globo. Rio de Janeiro, 24 jan. 2010. Revista O Globo.

ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*, n. 656, jun. 1990.

GALLIANO, A. Guilherme. *Introdução à sociologia*. São Paulo: Harbra, 1986 (?).

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOWELLS, Gary. Series editor's introduction. In: COTEANU, Cristina. *Cyber consumer law and unfair trading practices*. Aldershot:: Ashgate, 2005.

Importação de dor de cabeça 'made in China'. O Globo. Rio de Janeiro, 27 jun. 2010.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 1, n. 1, mar. 2003, p. 87.

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

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informática. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 61, jan./mar. 2007.

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

_____. Informática, *Cyberlaw, e-commerce*. *In: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*. S. Paulo: Edipro, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 32, out./dez. 1999,

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 57, jan./mar. 2006.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. *Internet e direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A defesa do consumidor como Direito Fundamental na ordem constitucional. *In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.) Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 64, out./dez. 2007.

_____. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo na internet*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

MATTOS, Analice Castor de. *Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2009.

MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 7, n. 7, jan./jun., 2010. Disponível em: <revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/>.

_____. Função social dos contratos: questões polêmicas na doutrina e na jurisprudência do STJ. *Revista Trimestral de Direito do Civil*. Rio de Janeiro, v. 39, jul./set. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 21, jan./mar. 2005.

_____. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORENO, Rocío de Rosselló. *El comercio electrónico y la protección de los consumidores*. Barcelona: Cedecs Editorial, 2001.

MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O exemplo lá do norte. *O Globo*. Rio de Janeiro, 22 mar. 2010. Revista Digital.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. Coimbra: Almedina, 2002.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OCDE. *Electronic commerce: opportunities and challenges for government*. Paris, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998-1999.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Publicidade em jogo. *O Globo*. Rio de Janeiro, 09 abr. 2010.

RAMSAY, Iain. Consumer protection in the era of informational capitalism. *In*: WILHELMSONS, Thomas; TUOMINEM, Salla and TUOMOLA, Heli (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer law international, 2001. .

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Boa-fé no código civil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2543>. Acesso em: 25 abr. 2008.

RIDOLFO, José Olinto de Toledo. Aspectos da valoração do estabelecimento comercial de empresas da nova economia. *In*: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROTHCHILD, John. Co-regulating the internet. *In*: WILHELMSSON, Thomas (ed.). *Consumer law in the information society*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 55, jul./set. 2005.

_____. *Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no Direito brasileiro*. 2004. 126 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

SANTOS, Manoel e ROSSI, Mariza. Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 36, jan./mar. 2000.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TANG, Zheng Sophia. *Electronic consumer contracts in the conflicts of law*. Oxford: Hart, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999,

_____. e SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Uma nova publicidade na internet. *O Globo*. Rio de Janeiro, 07 mar. 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Uma iniciativa para o comércio electrónico europeu. *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões*. Bruxelas, 15 abr. 1997. Disponível em: <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2010.

_____. Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [20 maio 1997]. Disponível em: <http://europa.eu/index_pt.htm>. Acesso em: 22 jul. 2009.

_____. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [8 jun. 2000]. Disponível em: <http://europa.eu/index_pt.htm>. Acesso em: 8 ago. 2009.

_____. Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho [11 maio 2005]. Disponível em: <http://europa.eu/index_pt.htm>. Acesso em: 12 dez. 2009.

VERBIEST, Thilbault. *La protection juridique du cyber-consummateur*. Paris: Litec, 2002.

WALD, Arnaldo. Um novo direito para uma nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. *In*: GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade da informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WEBSHOPPERS. 21. ed. Disponível em: <<http://www.webshoppers.com.br/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

ZANELLATO, Marco Antônio. Condutas ilícitas na sociedade digital. *In Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 44, out./dez. 2002.

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](#)